



LUMIAR
REVISTA DO PROGRAMA
DE PÓS-GRADUAÇÃO
DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO



Ano 5 | Número Especial | 2023 | ISSN 2237-9339

LUMIAR

**REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO MARANHÃO**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

EDUARDO JORGE HILUY NICOLAU

Procurador-Geral de Justiça

DANILO JOSÉ DE CASTRO FERREIRA

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

REGINA MARIA DA COSTA LEITE

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

THEMIS MARIA PACHECO DE CARVALHO

Corregedora-Geral do Ministério Público

SELENE COELHO DE LACERDA

Subcorregedora-Geral do Ministério Público

SANDRA LÚCIA MENDES ALVES ELOUF

Ouvidora do Ministério Público

KARLA ADRIANA HOLANDA FARIAS VIEIRA

Diretora da Escola Superior do Ministério Público

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO TITULARES (2023-2025)

EDUARDO JORGE HILUY NICOLAU

Procurador-Geral de Justiça

THEMIS MARIA PACHECO DE CARVALHO

Corregedora-Geral do Ministério Público

RITA DE CASSIA MAIA BAPTISTA

Conselheira

JOAQUIM HENRIQUE DE CARVALHO LOBATO

Conselheiro

REGINA MARIA DA COSTA LEITE

Conselheira

FRANCISCO DAS CHAGAS BARROS DE SOUSA

Conselheiro

MARIA DE FÁTIMA RODRIGUES TRAVASSOS CORDEIRO

Conselheira

MARILÉA CAMPOS DOS SANTOS COSTA

Suplente

DOMINGAS DE JESUS FRÓZ GOMES

Suplente

MARCO ANTONIO ANCHIETA GUERREIRO

Suplente

LIZE DE MARIA BRANDÃO DE SÁ COSTA

Suplente

SELENE DE COELHO LACERDA

Suplente

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

Presidente

José Antonio Oliveira Bents

Regina Lúcia de Almeida Rocha

Inacy Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lídia de Mello e Silva Moraes

Lígia Maria da Silva Cavalcanti

Krishnamurti Lopes Mendes França

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

Selene Coelho de Lacerda

José Henrique Marques Moreira

Domingas de Jesus Fróz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Anchieta Guerreiro

Regina Maria da Costa Leite

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Rita de Cássia Maia Baptista

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro

Sâmara Ascar Sauaia

Themis Maria Pacheco de Carvalho

Maria Luíza Ribeiro Martins

Mariléa Campos dos Santos Costa

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato

Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf

Eduardo Daniel Pereira Filho

Carlos Jorge Avelar Silva

Lize de Maria Brandão de Sá Costa

Daniilo José de Castro Ferreira

José Ribamar Sanches Prazeres

ISSN 2237-9339

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
ESCOLA SUPERIOR

LUMIAR

**REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO MARANHÃO**

LUMIAR, São Luís, ano 5, número especial, 2023

CONSELHO EDITORIAL

KARLA ADRIANA HOLANDA FARIAS VIEIRA
Diretora da ESMP

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO
Coordenadora do Programa de
Pós-Graduação da ESMP

MARÍA ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO
Professora da Universidad de Salamanca

EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI
Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

JOSÉ ANTONIO OLIVEIRA BENTS
Procurador de Justiça

LENA CLÁUDIA RIPARDO PAUXIS
Promotora de Justiça

ANA TERESA SILVA DE FREITAS
Promotora de Justiça

CLÁUDIO LUIZ FRAZÃO RIBEIRO
Promotor de Justiça

SANDRO CARVALHO LOBATO DE CARVALHO
Promotor de Justiça

TATIANA ALVES DE PAULA
Coordenadora de Orçamento e Finanças

CLAUNÍSIO AMORIM CARVALHO
Servidor da ESMP

Coordenação:

*Karla Adriana Holanda Farias Vieira
Ana Luiza Almeida Ferro*

Normalização:

Maria Alaíde Natali

Revisão:

*Ana Luiza Almeida Ferro
Claunísio Amorim Carvalho*

Capa:

Concepção de *Karla Adriana Holanda Farias Vieira*
e *Ana Luiza Almeida Ferro* e arte de *Wemerson
Duarte Macedo* e *Marcus Theodoro Lima Mendes*

Fotografia da capa:

Meirelles Jr.

Foto de Clóvis Beviláqua na capa:

Fonte: *Academia Notarial Brasileira*

Diagramação:

Nonato Penha - Coordenadoria de Comunicação
do MPMA

Impressão:

Empresa M. Mendonça Gráfica e Editora ME
(*Gráfica Gênesis*)

Tiragem:

500 exemplares

PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Sede
Av. Prof. Carlos Cunha n.º 3261, Calhau,
São Luís-MA.CEP: 65076-820
Fones: (98) 3219-1600 / (98) 3219-1624
Homepage: www.mpma.mp.br

Centro Cultural e Administrativo do
Ministério Público do Maranhão
Rua Osvaldo Cruz,1396 - Centro,
São Luís-MA CEP: 65020-910
Fones: (98) 3219-1804 / (98) 3219-1998

© 2022 by Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão
As ideias e opiniões emitidas em artigos ou notas explicativas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Lumiar: Revista do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão / Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. - Ano 5, número especial, 2023 - . - São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2011-.

v. : il. color.

Anual

ISSN 2237-9339

1. Direito – Periódicos. I. Maranhão. Ministério Público. Escola Superior

CDU 34(05)

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

“A força do direito deve superar o direito da força”.

Rui Barbosa

PREFÁCIO

A presente edição da *Revista Lumiar* foi inicialmente concebida como o tomo segundo da quarta edição deste periódico. Todavia, o seu conteúdo justifica largamente o seu caráter especial. Além de apresentar novos artigos de autoria de professores, alunos e colaboradores desta Escola Superior, sendo vários produzidos originalmente como trabalhos conclusivos da Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção, esta edição ratifica, mais uma vez, a *Lumiar* como espaço de divulgação da boa doutrina jurídica.

Se em dezembro de 2022, no prefácio da *Revista Lumiar*, Ano 4, Nº 4, falávamos da satisfação do lançamento de uma revista científica, voltada para a pós-graduação, em tempos de conhecimentos líquidos, agora o sentimento que nos envolve, com a publicação desta nova edição, é a de satisfação dupla.

Satisfação, primeiramente, por dar prosseguimento ao esforço de divulgação da produção acadêmica oriunda da fonte virtuosa do Programa de Pós-Graduação desta Escola Superior, cujo feito mais recente é a Especialização acima citada, já concluída com inédito número de especialistas. Trata-se da disponibilização, de forma regular e constante, de uma publicação de Escola Institucional do Ministério Público, em época em que as bibliotecas diminuem, as livrarias desaparecem e as obras mínguam nas estantes.

Satisfação, finalmente, por, mais uma vez, aliar essa divulgação à homenagem a um Promotor Público de comarca maranhense, que se tornou símbolo de código civil: Clóvis Beviláqua. Desta feita, compõe a revista a transcrição do evento 15ª ESMP Literária: “As virtualidades da mora na visão de Clóvis Beviláqua”, realizado no dia 17 de outubro de 2022, tendo como palestrante o Desembargador Paulo Velten, Presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão, debatedora a advogada e professora universitária Maria da Glória Aquino e mediadora a Promotora de Justiça e escritora Ana Luiza Almeida Ferro. Destacaram-se, durante o evento, as excepcionais contribuições de Clóvis Beviláqua para o direito brasileiro, especialmente na seara civil.

Com isso, a *Lumiar* mantém o seu papel de ser uma ferramenta de resistência à erosão da memória institucional, deterioração esta, na visão do angolano José Eduardo Agualusa, simbolizada pela “Teoria geral do esquecimento”. Nessa linha, a revista homenageou, seguidamente, desde a edição de 2021, Dunshee de Abranches e o próprio Clóvis Beviláqua, vultos da história do *parquet* maranhense.

Por fim, cumpre informar que a *Lumiar*, somando-se a grande número de instituições de cunho cultural e educacional, Brasil afora, preparará homenagem, na próxima edição (a edição regular de 2023), ao poeta maranhense Gonçalves Dias

(1823-1864), mais expressivo nome da poesia indianista brasileira, por ocasião do seu bicentenário de nascimento. A temática do indígena, abordada na poesia gonçalvina no contexto do século XIX, volta constantemente aos debates públicos, agora, de modo especial, sob a ótica dos direitos humanos, encontrando no Ministério Público uma instituição da linha de frente na proteção constitucional de tais direitos.

Que nomes como Clóvis Beviláqua e Gonçalves Dias, e todo o brilhantismo de suas produções intelectuais, nos estimulem a prosseguir avante!

Boa leitura!

Karla Adriana Holanda Farias Vieira
Diretora da Escola Superior
do Ministério Público do Maranhão

SUMÁRIO

HOMENAGEM A CLÓVIS BEVILÁQUA (1859 - 1944)	11
TRANSCRIÇÃO DA 15ª ESMP LITERÁRIA “A VIRTUALIDADES DA MORA NA VISÃO DE CLÓVIS BEVILÁQUA”	13
<i>Palestrante: Paulo Sérgio Velten Pereira</i>	
<i>Debatedora: Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino</i>	
<i>Mediadoras: Ana Luiza Almeida Ferro Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	

ARTIGOS

OS ASPECTOS PENAIS DA LEI BRASILEIRA DOS CRIPTOATIVOS	37
<i>Vladimir Aras</i>	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA TESTEMUNHAL À LUZ DA PSICOLOGIA JURÍDICA	73
<i>Ana Luiza Almeida Ferro</i>	
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS	87
<i>Adriano Rodrigues dos Santos</i>	
O CONTROLE SOCIAL DA CORRUPÇÃO NO BRASIL E O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE FORTALECIMENTO DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL ANTICORRUPÇÃO	105
<i>Alessandro Brandão Marques</i>	
JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DA “NOVA POLÍTICA CRIMINAL” BRASILEIRA	123
<i>Anderson Silva Pereira</i>	

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS DELITOS FISCAIS E A CONDIÇÃO APROFÓBICA DA REPARAÇÃO DO DANO	139
<i>Artur Guedes da Fonseca Mello</i>	
INVISIBILIDADE DA MULHER CRIMINOSA: CAUSAS E EFEITOS SOCIAIS SUBJACENTES	157
<i>Gabriele Gadelha Barboza de Almeida</i>	
O USO DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NOS PROCESSOS DE COMPRAS PÚBLICAS	177
<i>Joanilce Gusmão Mota Lima</i>	
A INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR: INCOMPATIBILIDADE SISTEMÁTICA	193
<i>Lia Raquel da Cruz Batista da Hora</i>	
VISÃO E ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL	213
<i>Paula Brito da Silva</i>	
O RECONHECIMENTO DOS “DIREITOS DAS VÍTIMAS” EM CRIMES DE CORRUPÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	233
<i>Rayssa de Carvalho Reis Freire</i>	
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE ACERCA DE SUA EFETIVIDADE PERANTE A 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO LUÍS-MA	253
<i>Rejane Vieira Santos</i>	
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO AMBIENTE VIRTUAL: REFLEXÕES E POSSIBILIDADES ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DO §1º, ART. 1º DA LEI Nº 12.850/2013	273
<i>Sara Ravena Camelo Coelho</i>	



**HOMENAGEM A
CLÓVIS BEVILÁQUA (1859 - 1944)**



15º ESMP LITERÁRIA

AS VIRTUALIDADES DA MORA NA VISÃO DE CLÓVIS BEVILÁQUA



PALESTRANTE - PAULO VELTEN

Presidente do TJMA, professor da UFMA e membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas



DEBATEDORA - MARIA DA GLÓRIA AQUINO

Vice-Presidente do TED OAB/MA, professora da UFMA e membro da Academia Maranhense de Cultura Jurídica, Social e Política

MEDIADORA - ANA LUIZA ALMEIDA FERRO

Promotora de Justiça, escritora e membro da Academia Brasileira de Direito, da AML e da AMLJ

DIA 17 DE OUTUBRO (SEGUNDA-FEIRA) ÀS 10H
no Auditório do Centro Cultural do MPMA

Público-Alvo: Membros, servidores do MPMA e público externo



TRANSCRIÇÃO DA 15ª ESMP LITERÁRIA “A VIRTUALIDADES DA MORA NA VISÃO DE CLÓVIS BEVILÁQUA”

Exposição da palestra do Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira

Bom dia a todas e a todos. Início cumprimentando essa amiga querida, que é a Ana Luiza Ferro, amiga já de muito tempo, e eu coloco na conta dessa amizade essa expectativa cruel que ela criou e aumentou muito a minha responsabilidade aqui agora. Cumprimento também a Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, que tive a honra de integrar no passado, ainda memorável, Glória Aquino. Cumprimento aqui a Karla Vieira, diretora da nossa Escola Superior do Ministério Público, aos amigos todos aqui, queridos, sintam-se cumprimentados.

Eu vejo aqui muitos deles, o Procurador Danilo, o nosso presidente da Academia; Elyjeane, minha colega de turma; aqui o Lindonjonson também, colegas de bancos da Universidade Federal do Maranhão; Sérgio Tamer e todos aqui. Eu não vou aqui falar o nome de todos e de todas que corro sempre o risco de esquecer de mencionar alguém, mas eu estou aqui muito à vontade, viu Karla, obrigado pelo convite, a você e a Ana Luiza Ferro, porque me sinto entre amigos. A gente tem um certo estranhamento de fato quando escuta esse anúncio de que eu sou fluminense, porque nasci no Rio de Janeiro, embora seja flamenguista e torço para o Sampaio, mas, na verdade, eu quero dizer que eu renego um pouco isso daí. Eu sou mesmo é maranhense.

Eu, na verdade, fui concebido no Maranhão, fui cuspidado lá no Rio de Janeiro, me largaram lá durante um tempo, mas, como eu sou insistente, queria ser filho do Maranhão e logo que eu criei condições, eu voltei para cá e já estou há muitos anos aqui. Então, eu me considero mesmo é maranhense e digo isso não como uma maneira de me ufanar, é porque sinto mesmo isso, não tenho, além dos vínculos de parentesco que são minha mãe, irmãos e alguns parentes, outros vínculos no Rio de Janeiro, mas eu me sinto em casa e à vontade é aqui no Maranhão. Então, eu sou maranhense e falo isso com muito orgulho. Gosto muito daqui, aqui que eu me casei, já duas vezes, aqui que eu tenho meus filhos, então eu sou mesmo maranhense. Só sinto um desconforto maior de estar falando agora aqui sentado nesse sofá confortável, que foge um pouquinho do padrão habitual que a gente tem de fala, mas a gente tem que se modernizar, largar um pouquinho essa coisa antiga e de fato enveredar por novos caminhos.

Bom, quando fui convidado aqui pelas nossas amigas queridas, a Karla e a Ana Luiza Ferro, eu fiquei pensando no que é que eu vou falar. Quando a gente vai

falar da história do Clóvis Beviláqua, tem que sempre lembrar que a gente está fazendo um estudo de uma biografia. Esse gênero literário, na verdade, é um daqueles que mais me agradam. Estudar biografia é sempre uma forma que nós temos de enaltecer figuras ilustres e que servem de exemplo, de inspiração para as novas gerações, isso é muito importante. A gente tem que cultuar, de fato, as grandes personalidades da nossa história, mas é também uma forma de render homenagens, Sérgio, para nossas instituições, e aqui, o Ministério Público, a gente tem como instituição de referência para todos nós. Essa é mais uma razão também de eu ter, de imediato, aceito esse convite.

As instituições, nós sabemos, estão acima das pessoas, e a gente falar de instituições, sobretudo nos tempos atuais, é sempre muito importante, já que elas continuam sendo testadas quase que diariamente. Mas nós não podemos esquecer que as instituições são feitas por pessoas, então quando você vai ver a importância, o significado histórico, o papel de determinada instituição, você pode procurar lá, você vai aprofundar o estudo, você vai encontrar personagens importantes, que muitas vezes, em sacrifício da própria vida, marcaram a construção ou a solidificação de determinada instituição. O Clóvis Beviláqua é um pouco isso. Não há como você estudar o direito civil, de forma séria, sem você conhecer o que representou Clóvis Beviláqua para o direito privado, o direito privado tal qual nós conhecemos hoje.

Já há algum tempo, eu me recordo, em uma das nossas aulas, ainda no período de mestrado, já vão aí mais de 20 anos, eu ouvi um grande professor da PUC, professor Fernando Lotufo, já falecido, ele dizia: “Olha, o Clóvis, lá na década de 30, já falava sobre o direito civil na perspectiva constitucional”. Um aluno do programa encontrou um trabalho do Clóvis, escrito em 1932, já falando da visão do código civil na perspectiva de compreensão daquele código com conceitos largos e móveis, inspirados no que foi o BGB alemão, e que hoje o próprio Miguel Reale, no nosso atual código civil, vai encontrar também o fundamento dentro daquela escola que se convencionou chamar de escola culturalista. O Miguel Reale, tanto quanto o Clóvis, era culturalista, não há como ir buscar entender a história do Clóvis sem saber o que ele fez e de onde veio todo o pensamento dele.

Eu fui, a partir dessa primeira descoberta, me programar para ir ao Tribunal de Justiça do Ceará, que tem lá uma memória, um acervo sobre o Clóvis Beviláqua, e tem uma grande obra, que é a do Silvio Meira, já mencionado aqui, professor já falecido da Universidade do Pará, que conta a história do Clóvis. Mas lá nesse centro, que é um local de homenagem ao Clóvis, você vai ver muitos documentos e passagens interessantíssimas da vida do Clóvis Beviláqua e, de fato, nós estamos aqui diante de uma figura invulgar. Então, para gente começar a semana, Glória, eu fico muito feliz de estar aqui, falando um pouquinho, com todo cuidado de não passar do tempo, da vida do Clóvis e falar também em que perspectiva que entra a grande

contribuição que ele deixou para o direito civil, no que tange ao direito das obrigações. Mas isso é falar assim uma minudência do Clóvis Beviláqua.

O Clóvis foi muito mais do que um grande civilista. O Clóvis foi, antes de tudo, uma figura humana singular. Aqui já se registrou aquilo que ele, ainda lá no século XIX, mostrando ser um homem à frente do seu tempo, já fazia. Enaltecendo a importância desse olhar para o feminino, para a mulher, quando ele rompeu, rompeu mesmo, foi um rompimento definitivo, com a Academia Brasileira de Letras, que ele ajudou a fundar, ajudou a criar. Porque a Academia de fato recusou a inscrição – veja, a academia não deixou de votar e escolher –, ela recusou a inscrição da sua esposa Amélia de Freitas, pelo simples fato de ela ser mulher. Isso é verdade, ele achou aquilo o fim da picada, porque ela, de fato, era uma escritora preparada, tanto quanto ele. Na mesma hora, ele disse: “Olha, então, se essa academia não está preparada sequer para aceitar a inscrição da Amélia de Freitas, eu também me recuso a fazer parte dessa academia também”. Então, veja, ele fez isso aí num contexto, numa época em que não se cogitava. Porque é muito fácil a gente fazer julgamento hoje, aquele julgamento anacronista. A gente faz o julgamento do que aconteceu lá no século passado ou no século retrasado com os elementos que nós temos hoje, e aí fica difícil de você compreender. Aí vai dar: “Mas isso que o Clóvis fez qualquer outro cidadão faria!” Não, naquela época não, porque aquilo era comum, aquilo era o que determinava o senso comum. Então, ele já indo além de tudo isso, para além do senso comum, já achava um absurdo aquilo e, portanto, já registrou, vamos dizer, àquela altura dos acontecimentos, uma posição contrária a essa visão retrógrada de desrespeito à emancipação feminina. Mas isso aí é só um detalhe da história da obra de Clóvis. Clóvis teve muitos mais feitos interessantes e gloriosos tanto quanto esse.

Conta-se que o Clóvis, aqui para trazer de memória alguns episódios, ele também adorava os animais. Era um homem sensível e amigo dos animais, sobretudo dos pássaros. Já eu tenho horror a pássaros, normalmente não me dou bem. A minha mulher diz que eu, lá no passado, em vidas anteriores, eu era caçador, e os pássaros, hoje, se vingam de mim. Onde tem pássaro, vai dar um jeito de me dar uma bicada; eu já ganhei corrida de galinha, de galo, de tudo quanto é pássaro. Mas o Clóvis não, ele era aquele camarada que sempre teve um apreço especial pela espécie animal. Conta a história que ele, já com a sua maturidade avançada, era parecerista; não foi um político, recusou a vida política, recusou a magistratura. O Clóvis, muita gente não sabe, foi indicado duas vezes para assumir uma cadeira na suprema corte do país, duas vezes, e ele recusou as duas nomeações. E as pessoas perguntavam, inclusive, para ele: “Mas Clóvis, por que isso?” Ele dizia: “Eu me sinto mais à vontade naqueles cargos menos importantes, é assim que eu sinto que eu posso dar uma contribuição verdadeira”. Então, essa lição de humildade, de espírito lano, de franqueza, essas qualidades do espírito, que hoje é raro de você identificar, já estavam presentes em Clóvis. E Clóvis, então, sendo procurado por um dos próceres da República, que

foi lá buscar parecer jurídico, encomendado pelo Barão do Rio Branco, do qual ele era amigo, ele, então, disse para o sujeito: “Olha, você vai ter que aguardar um pouquinho, porque o nosso gato está dormindo em cima do parecer, das folhas lá onde estão o parecer”. E aí, você tinha homens importantes da República sentados na sala de visitas do Clóvis Beviláqua aguardando o gato acordar, para o sujeito poder tirar o parecer para entregar. Isso é uma coisa que quando você escuta hoje é algo que você não consegue entender o que passava na cabeça desse homem, mas você vê que é um homem que não é comum. Ele dá importância para aquilo que efetivamente tem importância, o respeito às demais espécies animais. Essa é uma demonstração muito clara do que foi, do que representou o Clóvis Beviláqua, mas há outras tantas passagens gloriosas do Clóvis Beviláqua.

Clóvis, ao que todo mundo já sabe, eu acho que já foi até lembrado, é cearense, conterrâneo da Karla e do Carlos, nasceu em Viçosa e ele tem uma passagem muito rica em vários estados. Ele, na verdade, tentou, logo que se formou, isso em 1882... Ele se formou na Faculdade do Recife, no curso de Direito, da antiga Faculdade de Recife, e ali que está a base da formação dos Clóvis. Ele sofreu influência muito grande de dois grandes escritores nacionais, um na área de direito, que foi o Tobias Barreto, o Tobias Barreto teve uma influência muito grande na formação jurídica do Clóvis, que só se descobriu jurista depois que terminou o curso de Direito. Ele não gostava do Direito, ele era historiador, na verdade. Ele só vai gostar do Direito depois que ele se forma por influência do Tobias Barreto. Na literatura, ele foi também adepto de Sílvio Romero, que era outro grande escritor da época e que também influenciou muito esse pensamento culturalista do Clóvis Beviláqua. Ele vai ser durante um tempo adepto do positivismo comtiano. Ele vai conhecer toda a obra de Auguste Comte, depois ele abandona essa leitura e vai caminhar pela literatura de Spencer, se torna evolucionista, e isso está lá também nos registros da vida dele.

Foi quando, então, ele tenta, pela primeira vez, por uma necessidade econômica, observem, por uma necessidade econômica ela precisava se manter e já sofria o problema daqueles recém-formados, que precisam se manter, então, ele tenta uma nomeação para o Ministério Público do Ceará. E ele não consegue, porque o Clóvis, naquela época, já participava de associações que eram republicanas e lá estavam de pé. Então, ele encontrou uma resistência muito grande para isso. Apontou, na época, que o promotor que exercia a função do *mínus* em determinada cidade não era formado em Direito. E ele, como era formado em Direito, tinha o direito de se inscrever. Era assim que funcionava na época, não havia concurso. Ele se inscrevia, postulava a vaga e, de acordo com os predicados que ele tinha, a qualificação dele, era ou não nomeado. E ele não conseguiu. Foi, então, que ele, já tendo conhecido o irmão da sua esposa, portanto, o seu cunhado, João de Freitas, filho do desembargador piauiense – a família da esposa é toda do Piauí –, José Manoel de Freitas, que era o presidente da província do Maranhão, na época, conseguiu, então, nomeá-lo

para Alcântara. Ele de fato, como aqui já foi lembrado, foi promotor de justiça em Alcântara por um período muito curto, não chegou a ser nem de um ano. Ele foi nomeado em março de 1883 e ficou até fevereiro de 1884, quando estava ali perto de completar um ano, ele saiu. Ele pediu demissão da função para acompanhar a família da esposa que já estava indo para a cidade de Recife.

O Clóvis Beviláqua, contam as histórias, que ele não era um promotor muito assíduo. Viu, Marco Aurélio. Ele vivia, na verdade, pedindo licenças e licenças sucessivas quando foi promotor, membro do Ministério Público em Alcântara, e também não era muito produtivo. Há ainda aquelas anedotas que contam que ele, uma vez, estava no fórum de Alcântara com um processo na mão, folheando o processo durante horas. Aí, os advogados com o escrivão olhavam aquilo, e ele já era uma pessoa respeitada, disseram: “Olha, o genial Clóvis Beviláqua já está há mais de hora olhando para esse processo. Outro, no lugar dele, já tinha lançado há muito tempo ‘nada a opor’”. E foi quando ele escutou e: “Oh, obrigado! Era o que estava querendo”. Aí ele botou lá o “nada a opor”.

A vida dele, embora represente, sem dúvida nenhuma, uma passagem importante para o próprio Ministério Público e para a história institucional do Ministério Público, mas ele não foi, de fato, esse promotor assíduo, produtivo. Ele vivia em sucessivas licenças e pedidos para tratamento médico. Ele vinha também muito a serviço em São Luís e foi aqui, em São Luís, pouca gente sabe disso, que ele se casou na verdade com a esposa dele, Amélia de Freitas, na Igreja de Santo Antônio. Mas ficou pouco tempo, depois que o sogro deixou de ser presidente da província, foi para Pernambuco, ele não conseguia se imaginar longe da mulher pela qual era apaixonado, então, largou o Ministério Público, pediu demissão do Ministério Público para acompanhá-la e foi ser bibliotecário, ganhando muito menos do que ele ganhava como membro do Ministério Público.

Ele foi bibliotecário por cinco anos na Universidade Federal, na época, antigo curso de Direito da Universidade de Recife, e foi um bibliotecário absolutamente feliz. Dizem que esse foi o período mais profícuo da vida do Clóvis Beviláqua. Foi quando ele, na verdade, foi escrever. Ele produziu muito, pesquisou muito em todas as áreas do conhecimento. E aqui que é importante, nós estávamos diante de um homem que, além de ter o domínio do vernáculo, falava francês, italiano, alemão e espanhol e escrevia em todas essas línguas. Então, era um sujeito extraordinário, isso não pode deixar de ser registrado. E ele, nesse período em que foi bibliotecário, foi muito feliz porque ali ele fazia o que finalmente gostava. Isso aqui talvez seja uma homenagem aos bibliotecários também, e não é só ao Ministério Público. Ele estava feliz como pinto no lixo, estava entre livros entrando horas e mais horas estudando, lia sempre muito, até que ele finalmente fez o concurso para a Universidade Federal e foi ser professor de Filosofia do Direito. Mais adiante, a universidade abriu uma vaga para o professor do Direito Comparado e ele foi ser professor do Direito Comparado.

Ele escrevia sobre Direito Internacional público e privado. Ele conheceu o Direito Administrativo. O Clóvis Beviláqua, embora muita gente não saiba, tem obra de Criminologia. Então, ele não é apenas um civilista; na verdade, é um jurista completo. Tipo aquele artista do passado, porque hoje o artista não é mais assim; quando se fala que o cara é artista, é aquele que canta, dança e interpreta. Ele era esse artista completo. Ele fazia tudo.

Quando, então, ele veio para o Piauí, vejam só, vocês, ele foi convidado para ser secretário de governo no Piauí, exercendo vários cargos importantes. Depois, foi deputado constituinte do Ceará. Foi dele praticamente a redação da constituição do estado do Ceará, pouca gente sabe disso também. Era também um constitucionalista, até do Direito Constitucional ele sabia. Ele, inclusive, foi convidado, vejam só, caríssimos, de quem a gente está falando, ele foi convidado para ser governador, senador, deputado federal pelo Ceará, e ele recusou solenemente todas essas indicações. Inclusive, se desencantou com a política. Na época, o Ceará vivia um período difícilíssimo, no governo do Marechal Floriano Peixoto, Marechal de Ferro. Tinha lá realmente convulsões sociais terríveis no estado, e ele não quis saber nem de continuar sendo deputado constituinte. Ele renunciou ao mandato de deputado e voltou para Pernambuco onde continuou o trabalho dele como professor do curso de Direito da Faculdade de Recife, até que, já no final do século XIX, em 1899, foi então convidado por Epitácio Pessoa, que era Ministro da Justiça de Campos Sales, para redigir o projeto do Código Civil brasileiro. E observem em que cenário que isso acontece, no cenário político conturbado.

Ele, por ter sido convidado, provocou, Lindonjonson, a ira de dois grandes juristas da época. Um foi Rui Barbosa. Barbosa foi implacável com o Clóvis Beviláqua. Ele dizia abertamente, Danilo, que o Clóvis Beviláqua era um jurista imaturo, que ele não teria condições de escrever uma obra para substituir as ordenações do reino, que ainda vigoravam, as Ordenações Filipinas do século XVI. O Brasil era um dos poucos países que não tinham ainda um código civil. Nós tínhamos as Ordenações Filipinas, do rei Felipe de Espanha, que vigoravam no país junto com uma série de outras legislações esparsas, entre elas o famoso Regulamento 737. Mas nós não tínhamos um código, e veja, inúmeras tentativas aconteceram antes dele. Vamos lembrar do *Esboço* de Teixeira de Freitas. Teixeira de Freitas, assim registra, que ele levou mais de doze anos para fazer um esboço, que já estava com mais de quatro mil artigos. E era uma dedicação tão extrema, que dizem que ele entrou em uma estafa tão grande, sendo pressionado para terminar o código civil, que terminou louco. Ele não conseguiu concluir, embora tenha feito um grande trabalho, que serviu de inspiração para os códigos civis da Argentina e do Uruguai. O código de Vélez Sarsfield da Argentina é todo ele inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas. Depois veio uma nova tentativa com Nabuco de Araújo, que também não conseguiu fazer um código que fosse aceito na época, porque se dizia que aquele código de Nabuco de Araújo

não atendia às tradições jurídicas brasileiras. Depois, Felício dos Santos, já na passagem do império para a república, não consegue também apresentar o código civil satisfatório, até que chega Clóvis Beviláqua. Então ele provocou a ira desses personagens que eram fortíssimos e respeitadíssimos, o Rui Barbosa foi um deles.

O período que esse código passou tramitando no Congresso, que vai aí de 1899 e, detalhe, caríssimos, aqui tem que ser lembrado também em homenagem ao Clóvis, ele levou oito meses para redigir o Código Civil. Nunca se viu isso. Ele chegou ao Rio de Janeiro, onde ele escreveu o código. Ele foi com a família, isso em abril de 1899 e em novembro o código já estava pronto. Ele já entregou o código pronto. Então, o cara era maluco, era dedicado ao extremo, inteligentíssimo. E ele fez isso sozinho, uma obra de uma pessoa só, estudando o direito alemão e o direito francês. Dizem que, inclusive, ele foi conhecer o direito alemão de perto logo no início do século passado, quando estava em vigor o BGB – Código Civil alemão. E ele foi lá, e aí que nós vamos entrar na grande contribuição que o Código de 16 deixou para o estudo de desenvolvimento do direito das obrigações do país. Mas é curiosíssimo ver esse trabalho duro, hercúleo e genial que o Clóvis Beviláqua fez e, como eu falava, esse período em que o código passou, só foi lá adiante promulgado, já com Venceslau Braz, Carlos Maximiliano, Ministro da Justiça, em 1916. Então, esse período todinho, de 1899 até 1916, foi só o período em que o código passou no Congresso e sofrendo uma resistência ferina do Rui Barbosa.

Rui Barbosa, que também tem um registro histórico, lá no final se reconciliou com ele. De fato, tirou o chapéu e respeitou o Clóvis no evento que teve no Teatro Municipal do Rio, quando ele ia falar em homenagem a Teixeira de Freitas, e ele foi apresentado por ninguém mais, ninguém menos que o Rui Barbosa, que se encontrava na presidência dos trabalhos. E o Rui Barbosa, então, nesse momento: “Vou me reconciliar com esse cara agora”. Então, ele disse: “Passo a palavra para o maior de todos os civilistas vivos para falar sobre o maior de todos os civilistas mortos”. Aí, aquilo ali, dizem que o Teatro Municipal veio abaixo, todo mundo batendo palma e tal. E ele, Clóvis, olha que interessante isso, sem entender aquilo, bateu palmas, porque achava que todo mundo estivesse batendo palmas para o Rui Barbosa. Ele reverenciou o Rui Barbosa, e todo mundo: “Não, rapaz, isso é para você, o Brasil reconhece o seu trabalho, a sua capacidade intelectual”.

Então, o Clóvis foi essa figura, trabalhou até a morte. Morreu em julho de 1944. Dizem, isso eu ouvi lá no Tribunal de Justiça do Ceará, que ele acordava todos os dias – tinha uma disciplina ferrenha –, às cinco da manhã, preparava o próprio café e já ia para sala de trabalho dele para estudar e escrever. E a filha dele foi lá levar o café para ele por volta das seis da manhã, ele estava no chão. Morreu escrevendo um parecer que ainda hoje tem lá o parecer com a marca da caneta caindo... quando ele foi ao chão e bateu com a cabeça na soleira da mesa. A filha dele encontrou ele lá morto, foi aquela tristeza geral, a esposa... Logo, logo, a casa dele recebendo muita

gente. Mas o Clóvis Beviláqua é exatamente isso, esse espírito desprendido, invulgar, sem vaidade, desprovido totalmente de vaidade, de apego a cargos públicos e que fez essa obra se projetando, mais ou menos, como Napoleão Tupiniquim. Napoleão dizia, o grande general francês, que nenhuma obra dele, nenhuma guerra, nenhuma batalha iria ser lembrada, e, de fato, foi, que está lá até hoje o Código Civil francês é o Código de Napoleão, embora tenha sido atualizado, ainda têm esse culto e esse respeito ao direito civil, assim como os alemães.

Bom, o que é que, então, o Clóvis faz? Indo já agora para o ponto que era, na verdade, o ponto central, porque não tem como... , quando vamos falar do Clóvis – nós somos apaixonados pelo Clóvis –, a gente vai lembrar sempre dessa história do Clóvis que está ligada também a tudo que ele fazia. O Clóvis vai estudar o direito alemão quando então, está preparando o projeto do código civil, ele observa um problema na área do incumprimento. O incumprimento ou o descumprimento das obrigações, isso é clássico, assim foi estudado no direito alemão, todos os projetos que poscederam ao BGB também vão pela mesma linha. Ele trabalha com aquela ideia de que você tem duas grandes espécies de inadimplemento ou de descumprimento. É o inadimplemento relativo, ou a mora, que está ligado ao fator temporal – o não cumprimento da obrigação na data prevista – e que, portanto, se for do interesse objetivo do credor na prestação, a mora pode ser purgada, ela pode ser emendada. E tem o inadimplemento absoluto, quando não é mais possível atender ao interesse objetivo do credor da prestação. Então, você contrata, vamos imaginar, um buffet para fazer uma festa de casamento. Na data da festa de casamento, o buffet não é entregue, ali não tem como mais cumprir a obrigação; ali, portanto, há inadimplemento absoluto. Mas você contrata uma certa obrigação para pagamento no dia tal, você não pagou naquele dia, mas você ainda pode atender ao interesse objetivo do credor da prestação fazendo, portanto, o pagamento purgando a mora. Mas em toda família romano-germânica, a mora sempre foi associada ao fator temporal, é retardo no cumprimento da obrigação. Você fala de tempo, prazo, data de vencimento da obrigação. Toda família romano-germânica vai trabalhar com isso. Portanto, nós tínhamos aí uma visão de duas espécies de incumprimento, a mora e o inadimplemento absoluto, sendo que ambas as espécies estavam sempre relacionadas a uma falta de atuação do devedor. É o devedor que não paga na data prevista, o devedor que não cumpre a obrigação de forma definitiva. Está sempre ligada a essa ideia.

Isso aqui entra já um evento transversal muito curioso que vem agora da inteligência de um grande advogado berlinense, logo que o Código Civil alemão entrou em vigor, ainda do comecinho do século XX, por volta de 1902. Eles tinham uma dificuldade imensa de lidar com aquela ideia do adimplemento imperfeito, e esse advogado, de nome Hermann Staub, veja, ele não era professor, isso que é legal, ele não era acadêmico, ele era um prático, ele precisava resolver o problema que estava vivenciando na Alemanha. Ele então desenvolve a chamada violação positiva

no contrato. O que é que ele diz? “Nós temos aqui a mora que está relacionada ao aspecto temporal do cumprimento da obrigação e o inadimplemento absoluto, ambas são hipóteses de violações negativas da obrigação. Mas, e quando a obrigação, embora cumprida no prazo, não é cumprida de forma adequada? É o adimplemento imperfeito, mas que ainda é possível que o devedor retome o programa de adimplemento atendendo ao interesse objetivo do credor da prestação”. Aí ele vai lá e desenvolve a tese da violação positiva do contrato. Então, por exemplo, se determinado fornecedor entregasse em Fortaleza uma mercadoria que era para ter sido entregue em São Luís. Olha, ele entregou na data certa, mas entregou fora do lugar. Aí seria uma hipótese de violação positiva. Ele não deixou de cumprir, ele cumpriu, mas não cumpriu de forma perfeita. Bom, era para entregar um equipamento em madeira, ele entrega em ferro, em metal, mais uma vez, houve o cumprimento da obrigação, mas não houve o adimplemento perfeito. Então não foi cumprida a obrigação na forma adequada.

E Hermann Staub resolve esse problema durante algum tempo, criando essa terceira espécie de incumprimento. Ao lado da mora e do inadimplemento absoluto, ele colocou a violação positiva do contrato, que nós, no Brasil, vamos ouvir falar desse instituto por meio de um outro grande jurista, nordestino como Clóvis, que foi o nosso Pontes de Miranda, que vai também desenvolver o estudo sobre a violação positiva. E Miguel Reale, já no Código Civil de 2002, quando vai trabalhar com a ideia dos deveres laterais ou anexos de conduta, aquilo que os alemães chamam de perturbação das prestações. Agora esse problema se arrastou na Alemanha por quase todo o século XX. Isso não era pacífico. Essa história de violação positiva do contrato, que trazia para o suporte fático do inadimplemento algo novidadeiro e que, durante muito tempo, foi objeto de debate. O Clóvis Beviláqua, e aqui é um problema das fontes, já tinha resolvido esse problema no direito brasileiro, no projeto do Código Civil. O que ele fez? Sem saber dos estudos de Staub, veja, o que o Staub faz já é em 1902, e o projeto do Clóvis é de 1899, portanto, ele é anterior. Ele viu uma forma de ampliar o suporte fático da mora, e desde o Código de 1916 que a mora vem sendo compreendida como descumprimento da obrigação no tempo, na forma e no lugar, como os alemães vislumbraram. É o que está no nosso Código Civil até hoje, mesmo no Código de Miguel Reale, culturalista tanto quanto o Clóvis Beviláqua. Então, vejam a capacidade do Clóvis de também enxergar antigos problemas com uma visão diferente. Ele mexeu na legislação brasileira ampliando o suporte fático da mora, e nós não tivemos essa discussão no Brasil durante muitos e muitos anos. Durante todo o século XX, essa discussão só era conhecida nas obras de Pontes de Miranda, e de outro Clóvis, o Clóvis do Couto e Silva – um grande doutrinador também, do Rio Grande do Sul, mas que para gente só vai aparecer como teoria agora já na obra de Miguel Reale, que vai trabalhar com a ideia que nós temos no contrato deveres de prestação e os chamados deveres laterais ou anexos de conduta, que decorrem da incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Quando a gente olha isso, tem um grande professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que é meu amigo, o professor Jorge César Ferreira da Silva, que foi apresentar essa teoria na nossa pós-graduação. Mas como é que a gente não conhecia isso aqui? E ele: “Olha, eu estou trabalhando na perspectiva do descumprimento dos deveres laterais ou anexos de comportamento”. Veja, é a chamada boa-fé objetiva. Não basta apenas você cumprir o contrato, você tem que cumprir o contrato de forma adequada, e cumprir o contrato de forma adequada, isso também remete para o cumprimento do contrato observando os deveres de lealdade, deveres de correção, dever de cuidado, dever de informação, dever de esclarecimento. Tudo isso daí está no contexto dos deveres lá atrás, ou anexos de conduta, que quando não obedecidos... e hoje o Código Civil de Reale dá a saída, representam também a hipótese de violação positiva do contrato. Mas o Clóvis já via isso lá na perspectiva do Código Civil. Então, não há dúvida que essa foi a grande contribuição que ele deixou para o direito das obrigações, ampliando o suporte fático da mora e trazendo, para o direito privado nacional, uma estabilidade não só na fonte formal, a legislação, mas também inúmeros modelos dogmáticos que foram produzidos a partir daí, até chegarmos hoje em autores como Judith Martins-Costa e Washington de Barros Monteiro, isso para ficar nos mais clássicos. Todos beberam da mesma água que o Clóvis Beviláqua bebeu.

Nós estamos falando, sem dúvida nenhuma, de um sujeito, para usar a expressão mais moderna que a gente conhece, diferenciado. Um camarada que tinha, de fato, uma visão muito rica, dizem que era um espírito conservador. Não tinha, era o que diziam, grande originalidade, mas isso é sempre aquilo que se coloca na conta dos críticos. Outro grande crítico dele também, que era terrível e era respeitadíssimo, era o Inglês de Sousa, que era jurista importantíssimo, naquela época, de direito privado, que também não ficou com a tarefa de redação do projeto do Código Civil. Então, ficou aquela disputa de vaidade acadêmica, e isso atrapalhou muito o trabalho do Clóvis, mas ninguém pode ter dúvida que o Clóvis, de fato, era essa personalidade muito rica, um homem simples, um homem do seu tempo. Essa foi apenas uma delas aqui mencionada, mas trouxe inúmeras outras contribuições para o direito nacional e, portanto, é muito justo e adequado que a gente renda essa homenagem à memória dele e a tudo que ele deixou, inclusive, o nome do nosso Tribunal de Justiça.

Eu acho que era isso que eu tinha para falar, muito obrigado pela atenção e estou à disposição de todos vocês.

Exposição da mediadora Promotora de Justiça Ana Luiza Almeida Ferro

Eu quero parabenizar aqui o nosso palestrante pela viagem que nos proporcionou pelos mares antes navegados por Clóvis Beviláqua e hoje navegados por nós.

E sem mais delongas, eu passo agora a palavra para a nossa debatedora, a Professora Maria da Glória Aquino. Muito obrigada, desembargador.

Exposição da debatedora Professora Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino

Bom dia a todos. Inicialmente, irei começar os cumprimentos protocolares. Cumprimentando o Dr. Danilo, Procurador-Geral de Justiça aqui representando o Dr. Eduardo Nicolau. Cumprimento igualmente a minha querida confreira Karla Farias Vieira, confreira da Academia Maranhense de Cultura Jurídica, Social e Política, e ambas que tão gentilmente abriram as portas, a casa, do Ministério Público, que também é a casa de Clóvis Beviláqua, para incitar os grandes debates doutrinários e acadêmicos entre academias, nos dias atuais, em que esses debates são tão esparsos ou tão frágeis por decorrência do próprio tempo exíguo que nós temos para promover esses diálogos interinstitucionais e também doutrinários. Cumprimento a todos os demais aqui presentes, profissionais e autoridades que já foram repetidamente mencionados os nomes. Então, por uma questão de igualdade, não farei menção, mas tão somente personificarei na pessoa da minha querida amiga Ana Luiza Almeida Ferro, que, bebendo das sebatas de Padre Antônio Vitória juntamente comigo, né, Ana Luiza, para quem não sabe, eu e Ana Luiza gostamos de peregrinar na cidade dourada onde se localiza a Universidade de Salamanca, e Padre Antônio Vitória tem uma fala muito interessante, a qual você aplicou de forma muito sutil, que a mera ordem da natureza é privilegiar os seus. E eu agradeço gentilmente a minha querida amiga Ana Luiza por ter me formulado o convite juntamente com a minha confreira Karla Vieira para estar agora cumprindo uma grande missão.

Bem, mas antes de iniciar o debate com o presidente do Tribunal de Justiça, o professor Paulo Velten, eu gostaria de destacar que hoje é o dia 17 de outubro, e para quem não sabe, é o dia em que se comemora a cultura popular brasileira, o dia do nascimento de Chiquinha Gonzaga, e aqui farei a devida remissão à fala de Chiquinha Gonzaga, ou melhor, a uma canção de Chiquinha Gonzaga: “Ô abre alas, que eu quero passar. Peço licença para poder protestar”. Faça isso figurativamente nas três grandes missões que me foram delegadas hoje.

A primeira delas, substituir a desembargadora Sonia Amaral, que não pôde estar conosco presente.

A segunda grande missão que eu tenho hoje é que, infelizmente, passados oito dias do falecimento do sócio fundador da Academia Maranhense de Cultura Jurídica, Social e Política, professor João Batista Ericeira; faleceu há apenas oito dias e, não raro, com a sua visão de águia e me permite, professor Paulo Velten, que eu sei que o senhor não é muito afeto às águias, mas o olhar do professor Ericeira foi

fundamental na formação da nossa academia e que, de pronto, ele, de forma muito humilde, visualizou quem seriam os próximos mortais que iriam representar a nossa academia e dar vida a ela. Então, hoje, eu me sinto uma mera serva missionária de estar aqui apresentando a Academia Maranhense de Cultura Jurídica, Social e Política, após o falecimento do professor João Batista Ericeira. Uma missão deveras desafiadora, porque o professor Ericeira, com sua humildade inerente e com a sua mansidão dos sábios, conseguiu, de forma muito pontual, identificar aqueles jovens que iriam substituir aqueles que já estão imortalizados. Então, de fato, eu presto e rendo as minhas homenagens ao professor João Batista Ericeira.

A minha terceira missão, que me deram hoje, é de debater com o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que não é uma missão, digamos, muito fácil, dada à própria posição a quem carinhosamente chamarei de Professor Paulo Velten, dada a nossa proximidade e divisão de cátedra na academia do Bacanga.

Professor Paulo Velten, é uma grande honra estar aqui consigo na função de debatedora. Se o Winston Churchill estivesse aqui, ao meu lado, sussurrando no meu ouvido, provavelmente me diria: “Se passa pelo inferno, olhe para frente, siga em frente, não pare!”, porque as três missões que me foram delegadas no dia de hoje são extremamente árduas.

Bem, mas o professor Paulo Velten, em que pese ter mencionado aqui a trilha historiográfica do grande jurista Clóvis Beviláqua e que também foi pontuado aqui o seu comportamento de resistência à Academia, talvez se ele não tivesse, lá em 1930, se comportado de uma forma tão resistente, não estaríamos aqui entre mortais dialogando, conversando e, até mesmo, debatendo.

Isso só demonstra uma visão de tempos. Há uma mudança nesse tempo, mudança essa necessária, mas ainda assim, a que se faz importante destacar, em que pese esse debate acerca do papel desenvolvido pela mulher nas academias, ainda hoje, infelizmente, primamos por igualdade. Igualdade essa que está sendo colocada na própria agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e que prima por uma igualdade não só de nós mulheres, mas também das meninas. O que demonstra a que, passado tanto tempo, ainda ocupamos tão poucos espaços de poder, e aqui fica o meu registro da importância do papel de Clóvis Beviláqua como um comportamento, como disse, de resistência, de olhar para a mulher de forma igual, de olhar para a mulher, professor Paulo Velten, como uma profissional que também adquire os seus conhecimentos, como fez com a sua esposa Amélia Carolina Beviláqua e que reconheceu o trabalho por ela desenvolvido.

Bem, além da larga trajetória do jurista, que também foi colocada pelo Professor Paulo Velten, falaram tanto de Clóvis Beviláqua, mas tem um ponto específico do trabalho desenvolvido de Clóvis Beviláqua que me chamou atenção ao proceder a leitura das obras e do grande legado que ele deixou, mas que aqui não foi pontuado.

É que ele escreveu o Código Civil, que entrou em vigor em 1916, manualmente no prazo de seis meses. Se fôssemos aqui ressaltar, para qualquer estudante que se fizesse presente que um código, qualquer que seja, tivesse sido escrito de forma manual, à mão, com a caneta, e aí o professor Paulo Velten destacou que ele faleceu exatamente exercendo seu ofício maior, o de escritor, e em linhas largas foi desfalecendo, assim como nós estamos aqui, operadores do direito, técnicos do direito, que dedicamos uma vida e falecemos deixando a marca da nossa trajetória.

É assim que eu vejo Clóvis Beviláqua, uma grande marca na história do direito brasileiro, mas não só no direito brasileiro, porque ele dialogou também com diversos escritores e juristas portugueses. Não raro, o Código Civil de 1916, mas que foi escrito, como o Professor Paulo Velten mencionou, no final do século XIX e início do século XX, em que Chiquinha Gonzaga, Clóvis Beviláqua e, posso dizer, meu patrono Fran Paxeco, vivenciaram a efervescência do século XX, a efervescência do pensamento, esse pensamento que tão hoje estudamos, mas não nos apropriamos de uma forma devida, porque o tempo urge.

E durante a fala do professor Paulo Velten, porque estou na função de debatedora hoje, fez-me remeter às fundações do direito civil, passeando [...] até ao diálogo com direito Romano denominado *Corpus Iuris Civilis*, ou então em uma terceira fundação do direito civil, em que, podemos, aí sim, já vivenciado pelo jurista que estamos aqui mencionando, já no início do século XX, essa terceira fundação questionava exatamente a separação do Estado para as necessidades pessoais dos indivíduos, para as necessidades individuais, a tripartição de poderes. Então, foi nessa efervescência cultural legislativa que Clóvis Beviláqua redigiu, em meros 6 meses, o Código Civil de 1916.

Mas, não raro, professor Paulo Velten, estamos hoje a vivenciar uma quarta ou uma outra fundação do direito civil. Essa fundação é regida nos avanços tecnológicos, na necessidade de proteção dos direitos ambientais, também na necessidade de conjugar um código normativo nas bases principiológicas da nossa Constituição. Um diálogo nem sempre muito fácil de se estabelecer e não tão fácil, que atualmente os nossos tribunais superiores adotam a teoria do adimplemento substancial, e é nesse caminho que irei na indagação, Professor Paulo Velten, porque a teoria do adimplemento substancial dos nossos tribunais superiores, notadamente dada pela Súmula nº 72, que exige o cumprimento da mora, mas que leva em consideração não somente a comprovação dessa mora, mas a possibilidade dela ser cumprida por outros meios, no verdadeiro diálogo principiológico partindo da premissa, que estamos aqui a falar, como o senhor bem mencionou, do princípio da boa-fé objetiva e da própria função social dos contratos.

Então, como o senhor vê esse diálogo principiológico de observância de outras formas de cumprimento ou de adimplemento substancial, que é, digamos, um

instituto trazido lá do direito costumeiro inglês? E, não raro, estamos a discutir aqui sistemas jurídicos. E eu faço uma crítica, e tenho feito pontualmente, inclusive, com relação ao nosso Código de Processo Civil, porque eu identifico determinadas fissuras nos códigos, que aqueles que foram erigidos dentro de um sistema rígido, como o da *Civil Law*, e não podemos negar que o Clóvis Beviláqua tinha essa sua formação positivista. E como, hoje em dia, podemos dialogar partindo dessa nova fundação do direito civil com a teoria do adimplemento substancial que foi trazido como instituto do *Common Law*?

Essas são as minhas considerações, espero ter contribuído, com muito gosto que estou aqui consigo. E antes de terminar minha fala, a bem da verdade, eu irei chutar a bola para o Professor Paulo Velten, porque ele, como bom flamenguista, com certeza matará a bola no peito e talvez, quem sabe, vamos torcer para que o nosso Flamengo saia da terceira colocação no Brasileirão e possa chegar na primeira colocação. Muito obrigada!

Exposição do Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira

Na situação atual, prefiro acreditar que o Flamengo terá uma boa performance, uma substancial performance.

Professora Maria da Glória Aquino, agradeço a intervenção muito profunda. O Clóvis, tem que fazer a conexão com o Clóvis, né, é muito importante a gente lembrar que todo trabalho dele se assenta na Escola do Recife. A Escola do Recife e do Rio Grande do Sul foram as duas únicas escolas de Direito no Brasil que foram estudar o Direito alemão. Elas tinham uma vocação muito mais voltada para essa configuração romano-germânica do que nos outros estados. Todos os demais estados tiveram os seus cursos de Direito desde a fundação, inclusive, nós aqui do Maranhão. Nós, sobretudo, que fomos fundados por franceses, a escola da exegese francesa; aquela ideia de que o juiz era a boca da lei, o “*bouche de la loi*”.

Isso era um problema sério para a gente, porque: o que ensinava a escola da exegese? O juiz tinha que tentar desvendar o conteúdo da norma, mas com uma margem muito estreita de interpretação. Isso foi uma tragédia para o código de Beviláqua, porque o código de Beviláqua foi na linha da Escola do Recife e do Rio Grande do Sul, todo ele inspirado na escola germânica da pandectística alemã. Então, o que era exatamente o código com conceitos vagos, cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função, esses elementos que muito tempo depois nós vamos identificar como sendo elementos do pós-positivismo jurídico. Mas o Clóvis pensou o Código de 1916 dentro da doutrina da pandectística alemã. Então, é curioso a gente ver, o Miguel Reale, quando foi formar a comissão de juristas notáveis para elaborar o projeto do Código de 2002, que entrou em vigor em 2003, esse período de *vacatio legis* é próprio desse tipo de legislação, vai mencio-

nar isso, inclusive. “Olha, nós temos que manter, em boa parte, o conteúdo”. Quem nunca ouviu isso: que o código civil de Clóvis Beviláqua era um grande gênero literário para você aprender a falar e escrever bem o português? Porque, de fato, era uma obra importante, e o cuidado de Reale de aproveitar isso. O grande problema, e ele fala isso na exposição de motivos, é que ele vai dizer: mas esse código tem inspiração germânica. Ele teve o cuidado, o Miguel Reale, de não cometer a mesma falha do Clóvis. O Clóvis não colocou isso claramente na exposição de motivos. Então, veja, deixou que nós juristas formados pela escola da exegese francesa interpretássemos o código dele com a visão restrita. Isso era o grande problema para o direito privado nacional durante muito tempo e que foi, inclusive, a razão pela qual começaram a aparecer os diversos microssistemas, porque o sistema do código civil já não era mais produtor de modelos jurisdicionais, de modelos dogmáticos.

Então, esse foi o problema sério que o próprio Clóvis chegou a denunciar nesse artigo a que eu me referi lá no começo, na década de 30. Ele diz: “Calma lá! Vocês estão interpretando errado, está tudo aí”. Os conceitos básicos já estavam no Código de 1916, mas a gente não era capaz de entender. Então veja, o Clóvis, como já tinha essa formação da Escola do Recife, já buscava no mercado das ideias as melhores ideias, e ele já trabalhava com a ideia não da substancial performance, que vai surgir depois do direito inglês, da forma já bem elaborada, mas ele já trabalhava com a ideia de inadimplemento de pouca relevância. O que ele já projetava? “Olha, nós já temos os pontos de partida que nós não podemos negar, é aquilo que a filosofia do direito chama de inegabilidade dos pontos de partida. O direito, nós não podemos esquecer, é uma ciência dogmática, então ele também tem que ter atenção com os dogmas. Nós temos pontos de partida que nós não podemos negar. E um desses pontos de partida, que é fundamental no direito das obrigações, é que quem contrata, contrata para cumprir contrato. Você não tem como negar isso. Qualquer pensamento que contraria essa lógica, você já parte de um ponto de partida errado e você não vai formular modelos dogmáticos, você vai formar pitacos. Hoje, você vê essas coisas, esse excesso de publicações, que, às vezes, o sujeito defendeu o contrato, ele tem por pressuposto reduzir as desigualdades sociais, em jornais. Eu escrevi até isso aí, isso não tem nada que ver com o contrato. São políticas públicas importantes, necessárias, não têm nada que ver com o contrato. O contrato é um instrumento de formalização jurídica de uma operação econômica; ele visa trazer a certeza para o cumprimento do negócio.

Então, o Clóvis já trabalhava com essa compreensão de que, se o contrato é feito para ser cumprido, quem contrata, contrata para cumprir contratos. Então, todo o manancial de regras acerca do adimplemento, que é hoje o que chamamos de teoria do adimplemento, está voltado para isso.

Nós, enquanto intérprete do direito, não podemos jamais buscar uma solução que privilegie, de forma primária, o descumprimento do contrato, a anulação

do contrato, a rescisão do contrato. Não. Todo o esforço do intérprete deve ser sempre no sentido da retomada do programa do adimplemento contratual. Agostinho Alvim, que foi o relator do Livro I da parte especial do código de Reale – que foi também um outro grande jurista –, deixava isso muito claro: “Olha, tudo o que se estuda hoje sobre inadimplemento (vamos dizer assim, a parte patológica do direito das obrigações) tem como base o cumprimento do contrato”. A substancial performance não é outra coisa. Você tem que considerar qual foi a performance que o devedor teve no cumprimento da obrigação. Isso você não pode desprezar, ou seja, ele embora não tenha conseguido o adimplemento total do contrato, adimplemento absoluto, mas ele chegou muito perto disso. Ele teve uma boa performance, isso não pode ser desprezado pelo intérprete. Ele tem que levar isso em conta para eventualmente reduzir o valor da multa, da cláusula penal, ampliar o prazo de cumprimento do contrato, entender que há uma situação de purgação da mora quando há intenção clara de retomada do contrato e, sobretudo, quando a parte contratante atua com a boa-fé. A boa-fé, hoje, é o elemento que vitaliza as relações obrigacionais. Então, eu não conheço nenhum trabalho do Clóvis voltado para essa área específica, mas ele já mencionava a questão do inadimplemento de pouca relevância. Aquilo que hoje o projeto de código europeu dos contratos que vai reunir, no modelo dogmático, elementos tanto do *Civil Law* como do *Common Law*, que vai se buscar hoje..., hoje é difícil até, Glória, da gente falar..., eu conversei muito isso com a turma lá no mestrado, de você falar nessa ideia de que nós hoje somos vinculados à escola da família *Civil Law*. Hoje, está um pouco perdido. Hoje, o que nós verificamos é que há uma grande convergência entre esses dois grandes modelos jurídicos do mundo ocidental – o *Civil Law* e o *Common Law*. O nosso código de processo, por exemplo, está repleto de elementos do *Common Law*, então, o que interessa hoje é a gente buscar realmente, no mercado das ideias, aquelas regras que são as mais adequadas.

A gente fala hoje, por exemplo, no direito privado, em abordagem relacional que é algo que vai surgir no direito japonês. Os estudiosos do *Common Law*, pegaram, na verdade, isso foi uma das obras de conquistas dos ingleses na Segunda Guerra, foram conhecer o direito japonês. Existia lá uma expressão que era o “GIRI”, que é essa abordagem relacional que traz para gente hoje aquilo que no direito brasileiro nós chamamos de dever de negociação.

Olha que coisa interessante, eu me lembro, só para não me estender muito, mas não vou deixar passar essa questão, uma vez que eu fui procurado quando eu ainda era advogado, isso é uma das poucas coisas que eu lembro da época da advocacia, o resto tudo já esqueci, viu Sálvio, eu fui procurado por uma senhora que estava indignada. Observem isso, isso lá em 2001 ou 2002 mais ou menos. Ela foi me procurar indignada, Ednarg, com o fato de que tinha uma dívida com um fornecedor de muitos anos dela. Ela era representante comercial dele, e ele da noite para o dia resolveu rescindir o contrato sem conversar. E ela foi me procurar e falou isso: “eu queria

que ele viesse aqui no seu escritório, na presença do juiz. Ele tinha que conversar, tem que me ouvir, saber das minhas razões, tenho interesse de permanecer vinculada com esse contrato. Tenho uma vida dedicada a esse contrato, e o senhor tem que tomar uma providência”. “Mas qual? A gente vai notificar o cara, vai constituí-lo em mora, se ele não cumprir a parte dele na avença, nós vamos rescindir o contrato”. “Não, mas eu não quero isso aí”, ela dizia para mim, “não quero rescindir o contrato, eu não quero multa, não quero indenização, não quero nada dele; eu quero que ele venha conversar e negociar aqui os termos do contrato”. Eu disse: “Mas isso não existe, não tem aqui nada disso...”. “O senhor não estudou esse negócio?” Eu disse: “Minha amiga, do jeito que você está falando, fiquei até preocupado e eu vou pedir um tempo para estudar isso”. Mas eu não encontrava saída, aquilo era dramático, e não teve saída, o sujeito rescindiu o contrato.

Até que, já em 2005, quando nós estávamos participando de um debate na USP com o Professor Antônio Junqueira de Azevedo, o grande Antônio Junqueira, ele vai contar a história da abordagem relacional japonesa, que chega no *Common Law* e que, para a gente, chega com o chamado dever de renegociação. Olha, quando eu ouvi essa fala do professor Antônio Junqueira de Azevedo, Sálvio, eu saí dali naquele dia da aula, já com fome, lembro-me, deprimidinho, porque eu só pensava nessa senhora. “Tem um negócio! Eu desconhecia”. Aquela famosa lacuna de conhecimento. “Eu desconhecia. Meu Deus do céu! Tem um negócio!”

Os japoneses já trabalhavam com isso antes da guerra, os ingleses se apoderaram disso depois da guerra. Isso já estava, portanto, existindo ali no direito europeu, e que nós do *Civil Law* não conhecíamos, mas que hoje já se consegue trabalhar dentro desse campo de abertura dada pela boa-fé objetiva, que é o dever de renegociação. Se hoje tem, é um direito subjetivo. Você pode invocar e, inclusive, dizer: “Olha, espere aí, você não quer escutar?”. O contrato é um processo, já dizia Clóvis do Couto e Silva. Há doutrinadores que negam. A grande professora Judith Martins-Costa não quer nem ouvir falar desse negócio de dever de renegociação, mas vários outros, o Renan, o Junqueira, o Giovanni Ettore Nanni, têm obras escritas sobre isso.

Então, você tem a possibilidade de chamar o sujeito, e isso está dentro desta ideia de performance, e dizer: “olha, eu cumpri até onde deu. Você tem que sentar comigo e conversar”. Isso pode ser, inclusive, objeto de tutela jurídica. Então, o direito é dinâmico, sobretudo o direito das obrigações. Ele vive da dinâmica, ele vai acompanhar o dever social. Essa talvez tenha sido uma outra grande mensagem deixada pelo Clóvis.

O Clóvis escreveu para o seu tempo, com a visão do seu tempo, mas projetando o futuro, porque ele dizia claramente: “O jurista tem que ser o homem do seu tempo”, ou seja, uma mensagem clara que ele dá para a necessidade de nós evoluirmos. Ele trabalhou com as ferramentas que ele tinha e que foram grandes ferramentas. Nós tivemos um código por muitos anos.

Eu vejo assim, a grande beleza dessa mensagem do trabalho do Clóvis está nisso daí. Ele construiu fontes – para usar a teoria das fontes do professor Miguel Reale – que propiciaram a projeção de modelos jurídicos produzidos a partir daquilo que acontece no mundo da vida, que os alemães chamam de *Lebenswelt*, o mundo da vida. O mundo da vida é que vai fazer que a gente pense e encontre as soluções para os problemas do nosso tempo e não os problemas do tempo passado.

O Clóvis deixa também um registro, que aqui já foi dito mais de uma vez, mas a gente tem sempre que pensar e registrar, da simplicidade. O Clóvis sinaliza claramente que a inteligência não requer muita sofisticação, às vezes. Ela pede a simplicidade, um olhar mais simples para aquilo que está muitas vezes ali do nosso lado e a gente não tem condições de identificar, porque a gente não olha com um novo olhar.

Eu me lembro que lá nesse espaço do Clóvis, que eu fui visitar pouco antes de pegar fogo. O prédio do Tribunal de Justiça do Ceará pegou fogo e o fogo foi justamente em uma parte do museu Clóvis Beviláqua. Mas eu quero aqui dizer para vocês que entrei na réplica que fizeram do quarto dele, onde ele escrevia. O Clóvis Beviláqua, assim como eu, é nascido no dia 4 de outubro, isso só me aproxima mais ainda dele. Eu fui olhar esse quarto do Clóvis Beviláqua, e eu confesso para vocês, que ali eu senti uma coisa estranha. Sabe aquela força estranha? Pintou um clima! (risos) Eu senti que ali tinha alguma coisa que chamava a atenção para a gente lembrar de quem foi o Clóvis.

O quarto onde o Clóvis escreveu o Código Civil, nesse período de oito meses, era um quarto que tinha um armário de madeira de duas folhas simples, uma cama de solteiro – não sei como ele se virava com a esposa, mas era uma cama de solteiro – com colchão de palha e um travesseirinho muito simples também, de algodão, e a escrivaninha dele bem simplesinha que só dava o espaço para ele abrir o local onde escreveu o código civil à mão, como bem lembrou a professora Maria da Glória, à caneta tinteiro, molhava a pena e ia escrevendo o código. Isso está lá. Quem quiser conhecer... Quando você entra nesse lugar, você pensa: “aqui tem um cara diferente”. Trabalhou num espaço sem nenhum tipo de conforto. Tinha ali o mínimo do mínimo para ele sentar e trabalhar.

Então, nós estamos, sem dúvida nenhuma, minha amiga Luiza Ferro, diante de uma alma sobrecomum, privilegiada. Eu tenho certeza que ele está aqui entre nós nesse momento dessa homenagem. Muito obrigado, caríssimos.

Exposição da mediadora Promotora de Justiça Ana Luiza Almeida Ferro

Eu tenho certeza que ele está aqui e que ele está orgulhoso. E com certeza, hoje não sofreremos de lacuna de conhecimento. Não, isso não ocorrerá conosco,

porque a viagem foi completa. A viagem que nós fizemos pela história de Clóvis Beviláqua e pela contribuição dele ao direito das obrigações, ampliando o suporte fático da mora.

E eu gostaria também de lembrar que ele foi um grande positivista na época, e é uma lembrança importante, porque estamos comemorando o bicentenário da Independência. E o positivismo, a despeito das críticas, vindo com os olhos daquela época e de hoje, deu enorme contribuição à história do conhecimento da filosofia ocidental e do pensamento brasileiro, especialmente no século XIX. E ele era um filósofo do positivismo científico, ele se opunha, nesse ponto, ao Raimundo Teixeira Mendes, meu patrono na cadeira que ocupo na Academia Brasileira de Filosofia, o qual pregava aquela parte mais ligada à religião positivista de Comte, mas é muito importante também essa lembrança desse homem multifacetado – um homem que dialoga com Hayek, um homem que dialoga com os autores alemães, com autores franceses e com o positivismo de Comte. É um homem que não só pensava no seu tempo, como bem enfatizou o Desembargador Paulo Velten, mas com um olhar para o futuro. Então, essa é a importância de Clóvis Beviláqua.

É uma grande honra para o Ministério Público do Maranhão tê-lo tido em seus quadros, ainda que por um breve período, mesmo com licenças...

Gostaria igualmente de parabenizar a professora Maria da Glória pela sua brilhante contribuição, que apenas somou à nossa viagem. Nós continuamos em voo de cruzeiro. Creio que agora já podemos desfivelar os cintos. Eu pergunto, antes de aterrissarmos, se ainda teríamos alguma pergunta da plateia dirigida ao nosso palestrante ou à nossa debatedora. Haveria alguma pergunta a ser feita? Alguma curiosidade?

Dra. Karla, por favor, o encerramento é seu. E mais uma vez, de minha parte, gostaria de agradecer imensamente ao Desembargador Paulo Velten, querido amigo; também à estimada amiga professora Maria da Glória; agradecer por terem aceito o convite da Escola Superior do Ministério Público e também o apoio da Dra. Karla Adriana, que é sempre uma entusiasta dessa interação entre o Direito e a literatura.

Exposição da Diretora da ESMP Karla Adriana Holanda Farias Vieira

Eu é que agradeço, a possibilidade de ter uma mestra de cerimônias como Ana Luiza, o que é maravilhoso. Obrigada, Ana, por ter decolado e ter pousado com muita tranquilidade. Agradeço imensamente ao Dr. Paulo Velten, por ter registrado toda essa história, por ter nos contextualizado na história de Clóvis Beviláqua, à Glória Aquino, por ter trazido esse olhar de professora que é, e de mulher também. Eu

agradeço muito, porque pra mim é um momento muito afetivo também fazer essa homenagem a Clóvis Beviláqua.

É verdade que Clóvis Beviláqua ficou um ano como Promotor de Justiça do Maranhão. Sem dúvida, a palavra que mais escutamos nesta manhã foi simplicidade e austeridade. Clóvis Beviláqua é mais um dos cearenses filhos de padre, como o escritor José de Alencar. O pai de Clóvis Beviláqua chegou à província do Ceará, vindo da Itália, trazido pelo seu irmão, também padre. Eram os irmãos Beviláqua, ambos de grande cultura. Na formação da sua família, Clóvis Beviláqua teve ainda outro irmão, presenciou a sua mãe viver escondida da sociedade em uma casinha atrás do palácio episcopal, em Viçosa, Ceará, e teve ali uma educação muito rígida, com correções severas por parte do seu pai. Essa situação, depois, vai refletir na maneira pela qual ele desenvolverá o tratamento à mulher no âmbito do casamento civil no projeto de lei do código civil, defendendo uma situação mais igualitária para ela.

Para começar, chama os cônjuges de consortes, no sentido de que eles vão compartilhar a mesma sorte e a dividirão de forma igual, ele chama essa construção de sociedade conjugal igualitária. O texto do Código Civil de 1916 sofre muitas mudanças, até ser sancionado, mas no projeto inicial ele homenageia as mulheres, talvez, em parte, porque ele viu a vida duríssima que teve a sua mãe lá na antiga capital do Ceará. Em Viçosa, até hoje, pode-se ver essa casinha onde a mãe do civilista, uma jovem que, a partir dos 14 e 15 anos, ficou escondida e afastada da sociedade durante uma vida inteira.

Clóvis Beviláqua, mais adiante, vem a ser Promotor Público no Maranhão, exercendo seu encargo durante um ano em Alcântara.

Nesse ano, pode-se intuir que a vivência em Alcântara, em meio à simplicidade do lugar e das pessoas, tenha colaborado na construção do olhar humanitário que Clóvis Beviláqua, grande observador que era, levou para sua obra, especialmente para seu projeto de Código Civil.

Ele colocou no Código Civil a história da vida real, por isso que o código foi redigido em uma linguagem a mais simples possível, para ser acessível e para que todos entendessem, sendo um dos estatutos mais longevos da história normativa brasileira. Então, é por isso que nós entendemos que a passagem de Beviláqua pelo Ministério Público do Maranhão, pelos bancos de Promotor Público em Alcântara, teve um significado imenso, e de humanidade na letra do Código Civil. É por isso que nós queremos que Vossa Excelência compartilhe conosco a foto [de Clóvis Beviláqua, que se encontra no Fórum de Alcântara], Dr Paulo Sérgio Velten.

São esses registros e essa memória que nós estamos buscando recuperar com o ato de hoje.

Nestes dias tão difíceis que nós estamos vivendo, é bom começar a semana falando de fraternidade, simplicidade e de austeridade.

Muito obrigada aos senhores por esta manhã maravilhosa.



ARTIGOS

OS ASPECTOS PENAIS DA LEI BRASILEIRA DOS CRIPTOATIVOS

CRIMINAL ASPECTS OF THE BRAZILIAN ACT ON CRYPTO ASSETS

*Vladimir Aras*¹

Resumo: Este artigo discute os aspectos criminais da Lei de Criptoativos brasileira, também conhecida como “Lei do Bitcoin” ou “Marco Jurídico das Criptomonedas”, que foi sancionada sem vetos em 2022. A lei fornece um quadro regulatório para a criptoeconomia no Brasil e preenche uma lacuna no campo criminal, alterando o Código Penal, a Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e a Lei de Lavagem de Dinheiro para regular certos aspectos da criptodelinquência. O artigo explica os conceitos legais de ativos virtuais e prestadores de serviços de ativos virtuais e também trata do novo crime do art. 171-A do CP e da competência para seu julgamento. O artigo conclui que a Lei 14.478/2020 é essencial para a inovação e a segurança jurídica no setor e contribui para a luta contra a lavagem de dinheiro e a criminalidade econômico-financeira.²

Palavras-chave: ativos virtuais; lavagem de dinheiro; crimes financeiros.

Abstract: This article discusses the criminal aspects of the Brazilian Act on Crypto Assets, also known as the “Bitcoin Law” or “Crypto Assets Framework”, which was signed without vetoes in 2022. The law provides a regulatory framework for the crypto economy in Brazil and fills a gap in the criminal field, altering the

1 Professor Assistente de Processo Penal da UFBA, Professor do MBA em Lavagem de Dinheiro do IDP, Especialista MBA em Gestão Pública (FGV), Mestre em Direito Público (UFPE), Doutorando em Direito (UniCeub), membro do Ministério Público brasileiro desde 1993, atualmente no cargo de Procurador Regional da República em Brasília, editor do site jurídico www.vladimiraras.blog, membro fundador do Instituto de Direito e Inovação (ID-i). E-mail: vladimiraras@mpf.mp.br.

2 Este resumo e o *abstract* foram redigidos com o apoio da inteligência artificial *ChatGPT* em 03/03/2023, com *prompt* de comando simples (“prepare um resumo a partir do texto abaixo”), tendo por *input* o artigo por mim escrito. Todos os demais elementos são de exclusiva autoria humana.

Penal Code, the Law on Crimes against the National Financial System, and the Anti-Money Laundering Act to regulate some aspects of crypto criminality. The article explains the legal concepts of virtual assets and virtual asset service providers and discusses the new criminal provision of Article 171-A of the Penal Code and the competence for its judgment. The article concludes that the Federal Law 14478, of 2022, is essential for innovation and legal certainty in the digital market and contributes to the fight against money laundering and financial crimes.

Keywords: virtual assets; money laundering; financial crimes.

1 INTRODUÇÃO

Em 30 de novembro de 2022, a Câmara dos Deputados aprovou a versão final do Projeto de Lei nº 4401/2021 (antigo PL 2303/2015) (BRASIL, 2021). Apelidado de “Lei do Bitcoin”, de “Lei dos Criptoativos” ou de “Marco Jurídico das Criptomonedas”, o projeto de lei foi sancionado pelo presidente da República, sem vetos, instituindo o marco regulatório para a criptoconomia no Brasil, um quadro jurídico essencial para a inovação e a segurança jurídica no setor e para a prevenção à lavagem de capitais por meio de ativos virtuais.

A Lei dos Criptoativos também preenche lacunas no campo penal, pois altera o Código Penal (CP), a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986) e a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), para regular certos aspectos da criptodelinquência. Cria, porém, alguns problemas adicionais, sobretudo quanto ao novo crime do art. 171-A do CP, cuja objetividade jurídica e competência são controvertidas.

2 VIGÊNCIA DA LEI Nº 14.478/2022

Publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 14 de dezembro de 2022, a vigência da Lei nº 14.478/2022 ocorreu em 20 de junho de 2023, ao fim da *vacatio legis* de 180 dias. Segue-se a regra de contagem prevista no art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/1998, que ordena que se inclua o dia do começo (o dia da publicação) e o dia do fim (o último dia do prazo), para que se tenha como o termo inicial da vigência da lei o dia seguinte ao final do prazo de *vacatio legis*. Assim chegamos a 20 de junho de 2023.

Porém, para os prestadores de serviços de ativos virtuais que já funcionavam na data da publicação da Lei nº 14.478/2022, seu art. 9º previu um prazo de graça,

válido durante o período de transição entre a fase desregulada e a etapa regulada da criptoeconomia no Brasil. Assim, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, como entidades reguladoras, ficaram obrigados a estipular “condições e prazos, não inferiores a 6 (seis) meses, para adequação das prestadoras de serviços de ativos virtuais” que estavam em atividade às disposições da Lei nº 14.478/2022 e às normas por eles estabelecidas.

Esse prazo foi criticado por Costa (2022):

[...] a lei não produzirá nenhum efeito prático relevante na realidade do mercado cripto brasileiro por algo entre 12 meses (cenário otimista), 18 meses (cenário conservador) e 24 meses (cenário pessimista). E, nesse período, que pode ser considerado uma eternidade no mercado cripto, as empresas poderão continuar a ter controles internos fracos, dispor livremente de recursos de seus clientes, deixar de constituir sede no Brasil, fazer vista grossa à manipulação de mercado, uso indevido de informação privilegiada e lavagem de dinheiro.

3 OS CONCEITOS LEGAIS DE ATIVOS VIRTUAIS E PRESTADORES DE SERVIÇOS DE ATIVOS VIRTUAIS

Antes ainda da vigência do Marco Jurídico da Criptoeconomia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se defrontava com o problema da conceituação dos ativos virtuais. Em 2021, o Tribunal assinalou na ementa de um julgado os contornos técnicos desses ativos:

As criptomoedas utilizam a tecnologia *blockchain*,³ a qual é baseada na confiança na rede e viabiliza, de forma inovadora, a realização de transações *online* sem a necessidade de um intermediário. O funcionamento das criptomoedas é

3 Uma *blockchain* é um grande livro-razão, de natureza pública, mantido em meio digital, que recebe registros de operações de forma distribuída, a partir de qualquer ponto do planeta. Baseia-se nas tecnologias do tipo *Distributed Ledger Technologies* (DLT). Segundo a IOSCO, um “distributed ledger is a decentralized database accessible and collectively controlled by multiple users. These users are referred to as the ‘nodes’ of the decentralized database network. Users participating in the network as ‘full nodes’ have the ability to enforce all the rules of the decentralized database network. Other users participating in the network as ‘lightweight nodes’ are passive participants in the network.109 Any update of the data is validated by full nodes who come to an agreement about the state of the ledger through a specific consensus mechanism” (INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. IOSCO, 2017, p. 47).

complexo e, entre outros mecanismos, envolve algoritmos e criptografia de ponta a ponta. O acesso à carteira de *bitcoins*, para a consulta das moedas virtuais e realização de operações, somente pode ser realizado mediante a utilização de senha específica (chave privada), de modo que não deve ser revelada pelo usuário (STJ, RESP 1.885.201/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23/11/2021).

Vejamos a seguir os conceitos jurídicos de ativos virtuais e de prestadores de serviços de ativos virtuais, assim como quem são seus reguladores.

3.1 O conceito de ativos virtuais

Segundo o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), com sede em Paris, um ativo virtual é:

[...] a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. Virtual assets do not include digital representations of fiat currencies, securities and other financial assets that are already covered elsewhere in the FATF Recommendations (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2022, p. 132).

Seguindo a distinção entre *payment tokens*, *utility tokens* e *security tokens*, apontada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (2018), sob a sigla OCDE, Gonzalez explica que há uma diferença entre criptoativos e ativos digitais.

A designação “ativos digitais” abrange qualquer ativo representado digitalmente, independentemente da tecnologia subjacente. Já os criptoativos são ativos digitais baseados em DLT e costumam ser classificados conforme a função que desempenham como (i) as criptomoedas (ou *payment tokens*), que buscam emular as funções de moeda; (ii) os *tokens* de utilidade (*utility tokens*), que representam direitos de aquisição de produtos e serviços; e, por fim, (iii) os valores mobiliários criptográficos (*security tokens*), que representam direitos de participação em resultados de um empreendimento ou mesmo direitos de voto. Importada da língua inglesa, a expressão “*token*” designa a representação do ativo digital. Em uma tradução livre, pode ser compreendida como sendo

um “cupom digital” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2020b, p. 4-5)⁴.

A Instrução Normativa nº 1.888/2019, da Receita Federal do Brasil (RFB), foi o primeiro ato legislativo, ainda que infralegal, a conceituar “criptoativos” no Brasil. No contexto tributário, os ativos virtuais são a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, abrangendo *tokens*⁵ diversos, como *Bitcoin* (BTC), *Ethereum* (ETH), *Cardano* (ADA), *USD Coin* (USDC), *Polygon* (MATIC), *Polkadot* (DOT) etc. O preço desses ativos virtuais pode ser expresso em moeda soberana local (reais) ou estrangeira (dólares, euros etc), transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia assimétrica e tecnologias de registros distribuídos (*blockchain*). Tais criptoativos podem ser utilizados como forma de investimento, como instrumento de transferência de valores ou para acesso a serviços, não sendo, porém, moedas de curso legal (moeda soberana ou fiduciária).

Apesar do pioneirismo da RFB, a definição legal de criptoativos só veio em 2023, quando entrou em vigor o art. 3º da Lei nº 14.478/2022. Considera-se ativo virtual “a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento”. Não se incluem nesse conceito a moeda nacional e as moedas estrangeiras; a moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865/2013; os instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; nem as representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

É essa a definição que deve ser levada em conta para a determinação do conteúdo do crime do art. 171-A do Código Penal; da causa de aumento de pena do art. 1º, §4º, da Lei 9.613/1998; das obrigações de *compliance* PLD/FTP dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998; e o alcance da expressão “instituição financeira por equiparação”, ampliado pela inserção do inciso I-A no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492/1986.

4 Diz respeito ao caso Iconic, sobre a Iconic Intermediação de Negócios e Serviços Ltda, do Rio Grande do Sul, que fez uma oferta pública da moeda *Iconic* (NIC). Em fevereiro de 2023, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) manteve a decisão da CVM.

5 *Tokens* são chaves eletrônicas que representam um ativo de natureza material ou imaterial, que será então *tokenizado*. Os *tokens* podem ser fungíveis ou infungíveis. Assim, um *token* nada mais é do que a representação digital de um ativo qualquer, com registro numa *blockchain*. Conforme a Organização Internacional de Valores Mobiliários (IOSCO), “tokenização” é o procedimento de formação de um token. Já um *token* é a representação digital de um ativo ou da propriedade de um ativo (INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. IOSCO, 2017, p. 51).

3.2 Ativos virtuais são sempre valores mobiliários?

Operações com *ativos virtuais*, quando assumem a qualidade de ativos financeiros em sentido amplo, estão sujeitos a regulação, monitoramento, fiscalização e responsabilização pelo BACEN.

Contudo, os criptoativos podem, eventualmente, enquadrar-se como valores mobiliários, se passarem pelo “filtro de Howey”, instituído pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1946 (ESTADOS UNIDOS, 1946). Naquele julgado, deu-se ênfase ao caráter econômico da operação que fora questionada e a um conjunto de premissas que têm de ser observadas (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2019) para que um ativo qualquer seja considerado um valor mobiliário (*securities*). No contexto brasileiro, se atender aos requisitos do chamado *Howey test*, qualquer transação pode ser inserida no art. 2º da Lei nº 6.385/1976, especificamente no seu inciso IX,⁶ que diz respeito a contratos de investimentos coletivos (CIC) (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2020a). A inclusão desse dispositivo na legislação brasileira em 1998 fez superar a concepção de que os valores mobiliários do art. 2º eram *numerus clausus*, constantes de um rol fechado (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2003, p. 5).

Diz o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.478/2022 que este diploma “não se aplica aos ativos representativos de valores mobiliários sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e não altera nenhuma competência da Comissão de Valores Mobiliários”.

Em seus processos administrativos sancionadores, a CVM já se manifestou mais de uma vez sobre a caracterização de certos ativos como valores mobiliários, quando se tem um CIC, análise que põe à mostra o bem jurídico protegido, inclusive para fins penais, nesse tipo de atividade:

Pode haver contrato de investimento coletivo mesmo quando a totalidade dos recursos captados é aplicada em outro país na criação, desenvolvimento ou aquisição de ativos ou atividades que não estão sujeitos à disciplina da CVM. Afinal de contas, o conceito tem natureza instrumental e o regime mobiliário não busca proteger laranjas, quartos de hotéis, bois ou criptoativos, mas a poupança brasileira (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2020c, p. 11).

⁶ Inciso incluído na Lei nº 6.385/1976 pela Lei nº 10.303/2001. Antes disso, a Medida Provisória nº 1.637/1998, que se converteu na Lei nº 10.198/2001, já dizia: “Art. 1º. Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.”

Em julgamento de 2019, a CVM determinou que “a caracterização de determinado produto como um contrato de investimento coletivo não depende de prévia manifestação da CVM, mas da sua subsunção aos requisitos do chamado *Howey Test*” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2019, p. 3). Esse raciocínio se aplica inteiramente aos ativos virtuais quando oferecidos no bojo de um CIC, cuja existência depende de cinco elementos. Neste tipo de contrato, no âmbito de uma oferta pública (1), há o aporte de recursos em dinheiro ou outro ativo (2), para investimento num empreendimento coletivo (3), em qualquer setor de negócios, envolvendo uma comunhão de interesses com expectativa de lucros (4), cujos rendimentos resultam “preponderantemente do esforço do empreendedor ou de terceiros” (5) (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2020a).

Assim, um contrato de investimento em criptoativos pode ser caracterizado como valor mobiliário, cuja oferta estará sujeita a registro, se preencher os requisitos indicados no inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/1976. De fato, no PAS CVM nº 19957.007994/2018-5125, a Comissão de Valores Mobiliários (2020b, p. 6):

[...] firmou o entendimento de que (i) um criptoativo pode, a depender das suas características, configurar um contrato de investimento coletivo, cuja oferta pública no Brasil, por consequência, está sujeita a registro ou à dispensa de registro na CVM e, ainda, que (ii) oportunidades de investimento em criptoativos que não são valores mobiliários podem, a depender de suas características, consistir em contratos de investimento coletivo. As manifestações da CVM, vale dizer, estão em linha com aquela feita pela IOSCO de que os criptoativos podem representar “uma moeda soberana, uma mercadoria ou um valor mobiliário ou, ainda, um derivativo.”

3.3 O conceito de prestador de serviços de ativos virtuais

Serviços sobre ativos virtuais envolvem sua negociação, emissão, custódia, transferência, entre outras transações.

O art. 5º da Lei nº 14.478/2022 define os prestadores de serviços de ativos virtuais de forma muito semelhante à que consta do Glossário das 40 Recomendações do GAFI. Um *Virtual Asset Service Provider* (VASP)⁷ é qualquer pessoa natural

7 FATF General Glossary: “Virtual asset service provider means any natural or legal person who is not covered elsewhere under the Recommendations, and as a business conducts one or more of the following activities or operations for or on behalf of another natural or legal person: i. exchange between virtual assets and fiat currencies; ii. exchange between one or more forms

ou jurídica que não esteja abrangida noutra parte das 40 Recomendações e que, como empresa, conduz uma ou mais das seguintes atividades ou operações para outra pessoa física ou jurídica ou em seu nome, a saber: a) troca entre ativos virtuais e moedas fiduciárias; b) troca entre uma ou mais formas de ativos virtuais; c) transferência de ativos virtuais; d) custódia e/ou administração de ativos virtuais ou instrumentos que permitam o controle de ativos virtuais; e e) participação em serviços financeiros ou prestação de serviços financeiros relacionados à oferta de um emissor e/ou à venda de um ativo virtual (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2022, p. 132).

O conceito de VASP abrange as *exchanges*, que foram definidas pela primeira vez no Brasil no âmbito infralegal em 2019. Conforme o art. 5º, inciso II, da Instrução Normativa RFB nº 1.888/2019, *exchange* é “a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.”

Segundo a Norma de Autorregulação de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento ao Terrorismo da Associação Brasileira de Criptoconomia (AB-Cripto), em vigor desde 14 de agosto de 2020, uma *exchange* é

[...] a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos, em conformidade com o disposto na Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CRIPTOECONOMIA, 2020).

3.4 Qual a entidade supervisora ou reguladora do mercado de criptoativos?

A Lei dos Criptoativos não identifica o regulador da criptoconomia. Contudo, como o novo inciso I-A do art. 1º da Lei nº 7.492/1986 determina que os VASPs são instituições financeiras para fins penais, é fácil perceber que seu regulador principal é o Banco Central do Brasil (BACEN).

O art. 6º da Lei nº 14.478/2022 determinou que um ato do Poder Executivo atribua “a um ou mais órgãos ou entidades da Administração Pública federal a disciplina do funcionamento e a supervisão da prestadora de serviços de ativos vir-

of virtual assets; iii. transfer of virtual assets; iv. safekeeping and/or administration of virtual assets or instruments enabling control over virtual assets; and v. participation in and provision of financial services related to an issuer’s offer and/or sale of a virtual asset” (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2022, p. 133).

tuais”, o que nos leva às competências regulatórias do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, respectivamente nos termos da Lei nº 4.595/1964⁸ e da Lei nº 6.385/1976.⁹ Essa divisão de atribuições corresponde à natureza jurídica dos criptoativos, ora como *ativos financeiros* – sujeitos a regulação, monitoramento e fiscalização pelo BACEN –, ora como *valores mobiliários*, submetidos a providências similares a cargo da CVM, quando negociáveis em bolsa de valores.

A referência – no art. 7º, inciso III, do Marco Jurídico dos Criptoativos – à Lei nº 13.506/2017 não deixa dúvidas quanto à competência compartilhada entre essas duas autarquias federais no âmbito da criptoeconomia. Tal diploma dispõe sobre o processo administrativo sancionador (PAS) na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Assim, quando os criptoativos forem caracterizados como valores mobiliários, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.385/1976, a competência regulatória será da CVM. Nos demais casos, em que apareçam como ativos financeiros geridos por instituições financeiras, a entidade supervisora será o BACEN. A definição das autoridades reguladoras é feita em decreto do Poder Executivo Federal.

4 ALTERAÇÃO NA LEI Nº 7.492/1986: EXCHANGES COMO INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A Lei nº 14.478/2022 alterou o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) para atualizar o conceito de instituição financeira para fins penais. Assim, nos termos do inciso I-A do parágrafo único do referido artigo, é equiparada a instituição financeira “a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia.”

Trata-se dos *Virtual Asset Service Providers* (VASPs), na expressão consagrada em língua inglesa e empregada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) em sua Recomendação 15.

15. New technologies Countries and financial institutions should identify and assess the money laundering or terrorist financing risks that may arise in relation to (a) the development of new products and new business practices, including new delivery mechanisms, and (b) the use of new or developing technologies for both new and pre-existing products.

8 Dispõe sobre Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

9 Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

In the case of financial institutions, such a risk assessment should take place prior to the launch of the new products, business practices or the use of new or developing technologies. They should take appropriate measures to manage and mitigate those risks. To manage and mitigate the risks emerging from virtual assets, countries should ensure that virtual asset service providers are regulated for AML/CFT purposes, and licensed or registered and subject to effective systems for monitoring and ensuring compliance with the relevant measures called for in the FATF Recommendations (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2022, p. 17).

Conforme a Recomendação 15, com o fim de “gerenciar e mitigar os riscos decorrentes de ativos virtuais”, os países integrantes do GAFI devem exigir que os prestadores de serviços de ativos virtuais obtenham prévia autorização para funcionar, sejam submetidos a deveres administrativos de PLD/FTP e se sujeitem a fiscalização eficaz para garantir o cumprimento das demais medidas exigidas pelas 40 Recomendações.

Como não poderia deixar de ser, no Brasil, a Lei nº 14.478/2022 seguiu o modelo do GAFI, chamando tais pessoas jurídicas (e somente as pessoas jurídicas) de prestadoras de serviços de ativos virtuais. Será um VASP no direito brasileiro a empresa que preste, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais listados no marco jurídico dos criptoativos.

A previsão legal traz segurança jurídica para eventuais imputações penais às pessoas físicas que dirigem, gerenciam ou controlam empresas prestadoras de serviços de ativos virtuais, as chamadas *exchanges*, permitindo aos órgãos de persecução penal classificar corretamente condutas típicas a elas atribuíveis, o que pode ter reflexos na intensidade da resposta penal e antes, é claro, na fixação da competência.

A incerteza quanto à natureza jurídica das pessoas jurídicas empregadas para a prática de delitos econômico-financeiros pode gerar controvérsia quanto à norma incriminadora aplicável. Trago como exemplo discussão ocorrida no CC 148.110/MG, decidido em 2016 pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ali, o Ministério Público Federal (MPF) havia imputado a dirigentes de uma operadora de plano de saúde o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no art. 4º da Lei nº 7.492/1986, donde decorreria a competência federal. No entanto, prevaleceu a percepção de que tal operadora não era equiparável a instituição financeira, não havendo o crime de gestão fraudulenta, mas o delito de estelionato (art. 171 do CP) ou de apropriação indébita (art. 168 do CP), ou um crime falimentar, todos de competência da Justiça Estadual.

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMPUTAÇÃO DE GESTÃO FRAUDULENTO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE NÃO CARACTERIZADA COMO SEGURADORA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL AFASTADO. POSSÍVEIS CRIMES FALIMENTARES OU PATRIMONIAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. De acordo com a imputação contida na denúncia, o denunciado teria praticado fraudes à frente de uma operadora de plano de saúde, sendo acusado do delito de gestão fraudulenta (Lei nº 7.492/86, art. 4º, caput).

2. As operadoras de planos de saúde não consubstanciam instituições financeiras em sentido próprio - pois não captam, intermedeiam ou aplicam recursos financeiros de terceiros - nem instituições financeiras atuantes no mercado de capitais - dado que não realizam atividade de custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Podem, em tese, apenas ser enquadradas como instituições financeiras por equiparação, com fulcro no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

3. Operadoras de plano de assistência à saúde não possuem natureza jurídica uniforme, podendo assumir a forma de cooperativas, sociedades simples, sociedades empresárias ou entidades de autogestão.

4. Sociedades seguradoras podem atuar como operadoras de plano de assistência à saúde “desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro”, de acordo com os artigos 1º e 2º da Lei nº 10.185/2001.

5. Portanto, as seguradoras especializadas em saúde são apenas uma das modalidades de pessoas jurídicas autorizadas a atuar como operadoras de plano de assistência à saúde. A diferença fundamental entre tais seguradoras e as demais operadoras de plano de assistência à saúde consiste na possibilidade que lhes é franqueada de negociarem - captarem e

administrarem - seguro-saúde, produto inconfundível com as demais formas de planos privados de assistência à saúde.

6. No caso concreto, a operadora de plano de saúde que teria sido objeto das fraudes não é uma sociedade seguradora, pois não comercializa seguros-saúde e não está constituída sob a forma de sociedade anônima.

7. No direito penal, é vedada a analogia *in malam partem*, por afronta ao princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX, Constituição, e artigo 1º do Código Penal), de modo que não é legítima a equiparação das demais operadoras de planos privados de assistência à saúde às seguradoras.

8. As condutas narradas podem caracterizar crimes contra o patrimônio - como estelionato e apropriação indébita - ou crimes falimentares, mas não crime contra o sistema financeiro nacional.

9. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG, ora suscitante (STJ, CC 148.110/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016).

Como bem disse o STJ, no direito penal, é vedada a analogia *in malam partem*, por ofensa ao princípio da legalidade, razão pela qual não seria legítimo equiparar VASPs e *exchanges* em particular a instituições financeiras, sem expressa previsão legal. A Lei nº 14.478/2022 resolveu este problema para os crimes da Lei nº 7.492/1986, permitindo que qualquer deles seja praticado por intermédio de uma “instituição financeira” para fins penais, ou em detrimento de uma delas.

Deste modo, desde 20 de junho de 2023, uma *exchange* é uma instituição financeira nos termos do inciso I-A do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492/1986, pois equipara-se a instituição financeira “a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia”. Não haverá controvérsia, portanto, quanto à possibilidade de imputar aos administradores, dirigentes e gestores de VASPs os crimes de gestão fraudulenta (art. 4º),¹⁰ gestão temerária (art. 4º, único), operação de instituição financeira clandestina (art. 16), evasão de divisas (art. 22) ou ainda os crimes dos arts. 6º e 7º da Lei nº 7.492/1986.¹¹

10 Isto é, o crime de gestão fraudulenta ou de gestão temerária de uma *exchange*.

11 E também o crime do art. 171-A do Código Penal, como veremos.

Tal dispositivo permite a aplicação do princípio da especialidade, afastando o conflito aparente de normas com crimes previstos no Código Penal, na Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (Lei nº 11.101/2005) e na Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei nº 1.521/1951), diplomas que são comumente invocados em situações de suposto choque normativo.

A alteração penal de que nos ocupamos, evidentemente, somente incide sobre condutas ocorridas a partir de 20 de junho de 2023, em função da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

5 ALTERAÇÕES NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Três alterações importantes foram promovidas na Lei de Lavagem de Dinheiro pela Lei dos Criptoativos. Uma sobre a majorante do §4º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998; outra no rol de sujeitos obrigados (art. 9º); e a terceira no objeto das comunicações automáticas de operações (art. 10). Houve também a adição de um novo dispositivo, o art. 12-A. Vejamos.

5.1 A nova majorante do §4º do art. 1º, da Lei nº 9.613/1998

A Lei nº 14.478/2022 modificou a Lei nº 9.613/1998, para criar uma nova causa especial de aumento de pena, no §4º do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, quando o crime de lavagem de capitais for cometido “por meio da utilização de ativo virtual”: “A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada, por intermédio de organização criminosa ou por meio da utilização de ativo virtual” (BRASIL, 1998). O conceito de ativo virtual é dado, como vimos, pelo art. 3º da Lei nº 14.478/2022.

Originalmente, a pena era aumentada apenas quando a lavagem de dinheiro ocorresse de forma reiterada ou quando fosse praticada por meio de organização criminosa, conforme o conceito trazido pela Lei nº 12.850/2013. A partir da entrada em vigor da Lei dos Criptoativos, qualquer operação de dissimulação ou de ocultação de bens, direitos e valores, tendo como objeto criptoativos, ou qualquer situação de utilização de ativos virtuais para esse fim levará a um aumento de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) por força da nova majorante.

A pena mais alta se justifica pelo aumento da dificuldade de rastreamento e de arresto ou sequestro de ativos virtuais para eventual confisco, assim como pela extrema volatilidade de tais ativos e pela relativa anonimização de operações que poderão ocorrer de modo descentralizado, em qualquer ponto do globo.

A imputação dessa nova causa especial de aumento somente é possível para condutas ocorridas a partir de 20 de junho de 2023, em função da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

5.2 A inclusão das exchanges como sujeitos obrigados no rol do art. 9º da Lei nº 9.613/1998

Outra alteração trazida pela Lei nº 14.478/2022 mira o subsistema de prevenção à lavagem de dinheiro, com a ampliação do rol fechado das pessoas que devem cumprir obrigações de conformidade para fins de prevenção à lavagem de dinheiro (PLD) e ao financiamento do terrorismo e à proliferação de armas de destruição em massa (FTP).

O art. 9º da Lei nº 9.613/1998 passou a ter um novo inciso XIX, para imputar os tradicionais deveres administrativos de conformidade (*compliance*) às “prestadoras de serviços de ativos virtuais”, conhecidas como *Virtual Asset Service Providers* (VASP). Tais pessoas jurídicas deverão adotar mecanismos próprios de análise de risco de lavagem de dinheiro; formar e manter cadastros atualizados sobre seus clientes segundo a lógica *Know Your Customer* (KYC); identificá-los, qualificá-los e classificá-los; registrar detalhadamente as operações por eles realizadas; mantê-las em suas bases de dados pelo tempo mínimo fixado pelo órgão regulador setorial; comunicar tais operações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nas hipóteses legais de comunicação automática de operações (COA) e nas situações em que se exige a comunicação de operações suspeitas (COS); manter sigilo quanto a essas comunicações em relação a tais clientes (proibição de *tipping off*), sem prejuízo da proteção de seus dados pessoais (ARAS; LUZ, 2021, p. 1301-1319).

O art. 4º, inciso VII, da Lei nº 14.478/2022 acentua os deveres de integridade e conformidade dos prestadores de serviços de ativos virtuais ao determinar que deve ser uma diretriz desse segmento de mercado a adoção de políticas PLD/FTP¹², de “prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa, em alinhamento com os padrões internacionais”,

previsão que confere às 40 Recomendações do GAFI um especial status vinculante, por incorporação ao direito interno.

12 O inciso II do mesmo art. 4º da Lei dos Criptoativos exige a adoção de “boas práticas de governança, transparência nas operações e abordagem baseada em riscos”, posturas essenciais à *due diligence* em qualquer dos mercados, sobretudo para a identificação, qualificação e classificação dos clientes desses sujeitos obrigados.

5.3 A inclusão dos ativos virtuais como objeto de comunicação automática no art. 10 da Lei 9.613/1998

Como consequência da adaptação da legislação brasileira à Recomendação 15 do GAFI, o art. 10, inciso II, da Lei nº 9.613/1998, também foi alterado para prever como dever administrativo dos sujeitos obrigados (aqueles listados no art. 9º), quaisquer que sejam eles, manter “registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ativos virtuais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas”.

A partir de 20 de junho de 2023, não há dúvidas de que todas as pessoas obrigadas deverão manter o controle registrário, para comunicação ao COAF de operações com ativos virtuais que superarem o patamar estabelecido pelos atos infralegais (normalmente resoluções) baixados pelos diversos supervisores dos segmentos de mercado, como o Banco Central do Brasil (BACEN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Agência Nacional de Mineração (ANM), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou mesmo pelo COAF, quando não houver regulador setorial específico.

Segundo o art. 11, inciso II, alínea *a*, da Lei nº 9.613/1998, todas as operações indicadas no inciso II do art. 10 da mesma lei deverão ser comunicadas ao COAF, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Essas comunicações obrigatórias também englobam as transações com criptoativos acima de determinado valor. Para ativos em geral, a Circular nº 3978/2020, do BACEN,¹³ estipula o valor de 50 mil reais em espécie para saques e depósitos, nos termos do art. 49. Esse mesmo limiar é adotado pelo art. 11 da Resolução ANM 129/2023.¹⁴

5.4 O alcance da Lei Brasileira de Criptoativos

Sem dúvida alguma, as normas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro sobre criptoativos são oponíveis a empresas (VASPs) com sede no Brasil

13 Circular BACEN nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020, que dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

14 Resolução ANM nº 129, de 23 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre cumprimento dos deveres de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP), legalmente atribuídos na forma dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998.

ou no exterior, que prestem quaisquer dos serviços indicados no art. 5º da Lei nº 14.478/2020 ao público brasileiro, aqui entendidos como investidores ou consumidores do mercado brasileiro de ativos virtuais.

Conforme o art. 2º da Lei nº 14.478/2022, “as prestadoras de serviços de ativos virtuais somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização de órgão ou entidade da Administração Pública federal”.

O art. 6º da IN nº 1.888/2019 da Receita Federal servirá de parâmetro para determinar em que condições as prestadoras de serviços de ativos virtuais deverão reportar-se aos órgãos públicos brasileiros. Será o caso, ao menos, das *exchanges* de criptoativos domiciliadas para fins tributários no Brasil.

Fica a cargo do decreto regulamentar da Lei nº 14.478/2022 estabelecer as obrigações para empresas estrangeiras que pretendam prestar serviços diretamente no mercado brasileiro.

5.5 O Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP)

No art. 12-A da Lei de Lavagem de Dinheiro foi criado um importante instrumento de cumprimento dos deveres de *compliance* PLD/FTP. Baseado no Portal da Transparência e mantido pela Controladoria Geral da União (CGU), o Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP) reunirá os nomes e dados cadastrais de milhares de pessoas expostas politicamente (PEPs) que existem no Brasil e que devem estar sujeitas a escrutínio mais rigoroso dos sujeitos obrigados, devido à sua posição especial nas estruturas de poder de quaisquer dos órgãos dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Os entes da administração pública direta e indireta das unidades federadas e da própria União terão de fornecer ativamente informações atualizadas sobre “seus integrantes ou ex-integrantes classificados como pessoas expostas politicamente (PEPs) na legislação e regulação vigentes.” Tal regulação, de natureza infralegal, é veiculada nas resoluções PLD/FTP dos reguladores setoriais e do COAF. O não cumprimento desse dever pelos órgãos estatais permitirá que a CGU inclua seus nomes como inadimplentes numa funcionalidade do cadastro nacional CNPEP, a fim de que, pela técnica de *naming and shaming*, tais entes propiciem a informação devida.

A existência de um cadastro deste tipo facilita a análise de risco pelos sujeitos obrigados (art. 9º da Lei nº 9.613/998) no cumprimento de seus deveres administrativos de *compliance* (arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998) para a prevenção à lavagem de dinheiro (PLD) e ao financiamento do terrorismo e à proliferação de armas de destruição em massa (FTP). Por isso mesmo, um dos novos deveres administrativos das pessoas obrigadas, no campo da devida diligência (*due diligence*) para identificar,

qualificar e classificar seus clientes será a consulta prévia ao CNPEP, providência que deverá ser devidamente registrada pelos analistas (§2º).

Por exemplo, o art. 2º da Resolução ANMP nº 129/2023 determina que os mineradores produtores de pedras e metais preciosos que atuam na atividade de extração mineral mediante os títulos autorizativos de Guia de Utilização, de Portaria de Lavra, de Manifesto de Mina e de Permissão de Lavra Garimpeira devem proceder à identificação de pessoas politicamente expostas (PEP) envolvidas nas operações, conforme a Resolução nº 40/2021, do COAF. Seu art. 1º diz:

Art. 1º [...]. § 4º Para identificação de pessoas expostas politicamente que se enquadrem no §1º deste artigo ou para confirmação do seu enquadramento em hipótese contemplada em tal dispositivo, devem ser consultadas bases de dados oficiais disponibilizadas pelo Poder Público, a exemplo da relação de pessoas expostas politicamente mantida pela Controladoria-Geral da União - CGU no Portal da Transparência, disponibilizada também pelo Sistema de Controle de Atividades Financeiras – Siscoaf (COAF, 2021).

6 UM NOVO CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A Lei nº 14.478/2022 introduziu um novo tipo penal, supostamente de estelionato, no art. 171-A do Código Penal, com o título de “fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros.” A conduta estará configurada quando o agente:

Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento (BRASIL, 1940).

A pena do crime do art. 171-A do CP é de reclusão, de 4 a 8 anos e multa, o que o diferencia drasticamente do estelionato, cuja escala penal é bem mais modesta, de 1 a 5 anos de reclusão na modalidade simples. Pena semelhante só vemos na fraude eletrônica do §2º-A do art. 171 do CP.

A nova figura de fraude do art. 171-A do CP só pode ser imputada a condutas praticadas a partir de 20 de junho de 2023, quando a Lei nº 14.478/2022 entrou em vigor.

6.1 A natureza jurídica do crime do art. 171-A do Código Penal

O novo tipo especial do art. 171-A está mal colocado. Diferentemente do estelionato previsto no art. 171 do Código Penal, o art. 171-A do CP traz um crime formal, com natureza jurídica diversa da tradicional fraude criminal, que é de natureza material. Não se trata, como poderia parecer, de um delito contra o patrimônio, mas de um crime contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN). Por isso mesmo, o dispositivo deveria ter sido inserido como forma qualificada do crime do art. 6º da Lei nº 7.492/1986, que manda punir com pena de 2 a 6 anos de reclusão quem induzir ou manter em erro “sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou pres-tando-a falsamente”. Vê-se claramente a identidade entre essas duas figuras típicas, notadamente no que se refere à fraude contra investidores.

Também se pode notar a similaridade entre o novo crime do art. 171-A do CP e o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no art. 4º da Lei nº 7.492/1986. Esta conduta consiste em gerir, de modo fraudulento, uma instituição financeira, tal como descrito no art. 1º da mesma lei, isto é, uma

[...] pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários (BRASIL, 1986).

Uma das formas do novo crime é exatamente *gerir* carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Em se tratando de um delito supraindividual, o objeto jurídico do crime do art. 171-A do CP é a tutela do SFN, como um todo, em sua higidez, integridade e confiabilidade, a proteção da poupança popular e, indiretamente, o patrimônio da vítima individualizável. Disso não há dúvida: o art. 4º da lei que o instituiu determina que uma das diretrizes que os VASPs devem observar é a “proteção à poupança popular” (inciso V). Por outro lado, a caracterização da oferta pública de ativos como um contrato de investimento coletivo e, portanto, como um valor mobiliário, coloca em tela a defesa dos interesses dos investidores e da ordem financeira, por meio da Lei nº 7.492/1986.

Compreende-se, assim, que os *ativos virtuais* serão objeto do crime financeiro do art. 171-A do CP quando apareçam na forma de ativos financeiros em geral (*payment tokens* e *utility tokens*) ou quando se apresentem como valores mobiliários em particular (*security tokens*).

Segundo o Parecer de Orientação 40, de 11 de outubro de 2022, para a CVM, a taxonomia dos *tokens* compreende três categorias: a) *tokens* de pagamento (*cryptocurrency* ou *payment tokens*), que reproduzem as funções da moeda fiduciária, especialmente as funções de unidade de conta, de meio de troca e de reserva de valor; b) os *tokens* de utilidade (*utility tokens*), que são usados para a aquisição de produtos ou serviços; e c) os *tokens* referenciados a um ativo (*asset-backed tokens*), que são a representação digital de um ou mais ativos, tangíveis ou intangíveis. Entre os *tokens* da espécie c, estão, também, segundo a CVM, os *security tokens*, as *stablecoins*, os *tokens* não fungíveis (*non-fungible tokens*), ou NFTs, e outros ativos que podem ser sujeitos a tokenização (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2022, p. 4-5).

6.2 As três modalidades do crime do art. 171-A do CP

O crime do novo art. 171-A do CP apresenta-se em três modalidades, quanto ao seu objeto material. Temos aí uma norma penal em branco homogênea complementada por outras leis não penais, como a Lei dos Criptoativos, a Lei da Comissão de Valores Mobiliários e a Lei dos Crimes contra o SFN, necessárias para encontrarmos os conceitos de *ativos virtuais* (art. 3º da Lei nº 14.478/2022), *valores mobiliários* (art. 2º da Lei nº 6.385/1976) e *ativos financeiros* (art. 1º da Lei nº 7.492/1986 c/c atos infralegais).

Conforme se lê no relatório do senador Irajá, que o art. 10 do PL nº 4.401/2021 “cria um novo tipo penal contra fraudes com ativos virtuais, similar ao Substitutivo, com as mesmas penas, inclusive, mas incluindo valores mobiliários e ativos financeiros em sua tipologia”. Percebe-se que a *mens legislatoris* é a de criar um crime de fraude com ativos virtuais, sem prejuízo do estelionato comum. O objetivo primordial do legislador era alcançar os criptoativos (BRASIL, S. F., 2022, p. 4). O projeto visava “a definição de marcos regulatórios para nortear a regulamentação infralegal, a proteção e defesa do consumidor, o combate aos crimes financeiros, a promoção da transparência das operações com criptoativos, com caráter eminentemente principiológico” (BRASIL, S. F., 2022, p. 6). Note-se que o relatório não indicava a pretensão de criar um crime patrimonial, mas sim de instituir um delito financeiro.

Conclui-se, portanto, que, ao desdobrar o objeto material do crime do art. 171-A do CP em *ativos virtuais*, *valores mobiliários* e *ativos financeiros*, o legislador pretendeu alcançar qualquer operação ou transação fraudulenta com criptoativos, como gênero, sejam eles ativos financeiros (*lato sensu*) ou valores mobiliários (ativos financeiros virtuais *stricto sensu*), nos termos do art. 2º da Lei nº 6.385/1976. Assim, para os fins do art. 171-A do CP, os ativos virtuais objeto da conduta fraudulenta podem referenciar-se a bens tangíveis ou intangíveis ou serem falsos, isto é, não existirem de qualquer maneira e sequer serem registrados numa *blockchain*.

6.2.1 Fraude com ativos virtuais

Se o objeto da fraude forem “ativos virtuais”,¹⁵ como gênero, estará configurada a operação de uma instituição financeira por equiparação. Desde a entrada em vigor da Lei nº 14.478/2022, o parágrafo único, inciso I-A, da Lei nº 7.492/1986, considera instituição financeira a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia. Logo, pode-se demonstrar facilmente que a conduta de “organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais” para obter vantagem ilícita mediante fraude, corresponde a uma atividade ilegal de instituição financeira nos termos da lei penal. Se os ativos virtuais não forem registrados, além do crime do art. 171-A do CP, tem-se ainda o crime do art. 7º, inciso II, da Lei nº 7.492/1986 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2020b, p. 9).

Por “ativos virtuais” entende-se “a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento”, conforme o art. 3º da Lei nº 14.478/2022. A referência à gestão de *carteiras* de ativos virtuais aponta para investimentos no mercado de criptomoedas, na condição de valores mobiliários, o que também evoca a Lei nº 7.492/1986. Do mesmo modo, a menção à *oferta* (pública) de carteiras de ativos virtuais também aponta para a Lei nº 6.385/1976 e para a Lei nº 7.492/1986. A *distribuição* de rendimentos de carteiras também se enquadra nas mesmas leis. O STJ já decidiu que, enquanto o “crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP) é dirigido contra o patrimônio individual”, se tem que, “como regra, a pirâmide financeira ou a criação de site na internet sob o falso pretexto de investimento em criptomoedas se subsume ao delito do art. 2º, IX, da Lei nº 1.521/1951” (STJ, RHC 161.635/DE, 5ª Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, j. em 15/08/2022)¹⁶, o que nos leva ao próximo ponto.

6.2.2 Fraude com valores mobiliários

Por outro lado, se o objeto da conduta é um ativo virtual na forma de um “valor mobiliário”, igualmente teremos a incidência do art. 1º da Lei nº 7.492/1986, para classificar a fraude como um crime contra o SFN, uma vez que uma pessoa que “organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam valores mobiliários”, para obter vantagem ilícita mediante fraude, estará operando como instituição financeira com um ativo descrito no art. 2º da Lei 6.385/1976 que lista os valores mobiliários. Aqui se aplica especificamente o inciso IX, segundo

15 Conceituados pelo art. 3º da Lei nº 14.478/2022.

16 Vide os itens 2 e 3 da ementa e seu desenvolvimento no voto do relator.

o qual são valores mobiliários, quando ofertados publicamente, quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo (CIC), que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive, resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advenham preponderantemente do esforço do empreendedor ou de terceiros.¹⁷

Note-se ainda que entre as atividades de uma instituição financeira para fins penais estão justamente a custódia, emissão, *distribuição*, negociação, *intermediação* ou *administração* (gestão) de valores mobiliários, nos termos do art. 1º, caput, da Lei 7.492/1986.

A definição de um ativo como valor mobiliário tem de passar pelo filtro de *Howey* (*Howey Test*), instituído pela Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS, 1946), num caso da *Securities and Exchange Commission* (SEC). Este critério foi adotado pela legislação brasileira em 1998 e tem sido reiteradamente empregado pela CVM brasileira em seus julgados – a exemplo da criptomoeda Iconic (NIC) (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2020b, p. 4-5) – e em seus pronunciamentos oficiais, como o Parecer de Orientação nº 40/2022, que fortaleceu o marco jurídico da criptoeconomia no Brasil (ARAS, 2022).

Este Parecer tem o objetivo de garantir maior previsibilidade e segurança, bem como de fomentar ambiente favorável ao desenvolvimento dos criptoativos, com integridade e com aderência a princípios constitucionais e legais relevantes. Desta forma, a CVM está contribuindo para (i) a proteção do investidor e da poupança popular; (ii) a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, (iii) prevenção e combate à corrupção; (iv) controle à evasão fiscal; e (v) prevenção e combate ao financiamento do terrorismo e/ou proliferação de armas de destruição em massa (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2022).

6.2.3 Fraude com ativos financeiros

Por fim, se o objeto material da conduta do art. 171-A do CP forem ativos virtuais na forma de “ativos financeiros” em geral, estaremos diante de um conceito

17 Até o advento da Lei nº 14.478/2022, quando esses contratos de investimento coletivo envolvem criptoativos, tem-se classificado tal conduta no art. 7º da Lei nº 7.492/1986, isto é, emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários falsos ou falsificados; sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente; sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação; ou sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida. A pena é de reclusão de 2 a 8 anos e multa.

nebuloso, que é, todavia, mencionado pelo art. 1º da Lei nº 7.492/1986, mas com a denominação de “recursos financeiros”, com clara referência ao seu pertencimento a terceiros, que serão as vítimas mediatas da ilicitude. É esse patrimônio financeiro que é atingido pela fraude.

No sentido econômico, “ativos financeiros” são títulos relacionados a um contrato, que podem ser adquiridos em instituições financeiras, inclusive, corretoras, para poupança (reserva financeira) ou para gerar renda para o comprador, a exemplo de ações, debêntures, fundos imobiliários, certificados de depósitos bancários e títulos públicos ou privados sujeitos a negociação no mercado financeiro. Materialmente falando, os ativos financeiros distinguem-se dos ativos tangíveis (ou reais), como imóveis, maquinário e automóveis; são, portanto, intangíveis (FARACHE, 2020) e podem englobar diversos *tokens*.

Embora não definida por lei federal, a expressão “*ativos financeiros*” encontra explicitação em normativos do Banco Central. De fato, conforme a Resolução BACEN nº 4.593/2017, consideram-se ativos financeiros os títulos de crédito, direitos creditórios e outros instrumentos financeiros que sejam: a) de obrigação de pagamento das instituições financeiras, incluindo contratos de depósitos a prazo; b) de coobrigação de pagamento das instituições financeiras, em operações como aceite e garantia; c) admitidos nas carteiras de ativos das instituições financeiras, exceto o objeto de desconto; d) objeto de desconto em operações de crédito, por instituições financeiras ou entregues em garantia para essas instituições em outras operações do sistema financeiro; e) escriturados conforme regulamentação do Banco Central do Brasil ou custodiados por instituições financeiras; e f) de emissão ou de propriedade de entidades não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, integrante de conglomerado prudencial, definido nos termos do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF). São também ativos financeiros os bens, direitos ou instrumentos financeiros: a) cuja legislação ou regulamentação específica assim os defina ou determine seu registro ou depósito centralizado; ou b) que, no âmbito de um arranjo de pagamento, sejam de obrigação de pagamento de instituição de pagamento aos seus clientes (CMN, 2017).

O §2º do art. 2º da Resolução BACEN nº 4.593/2017 esclarece que, para os seus fins, valores mobiliários não se incluem entre os ativos financeiros, pois estão sujeitos a regulação própria da CVM. Esse dispositivo é compatível com o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.478/2022.

Já o art. 2º da Resolução nº 4.966/2021, do Conselho Monetário Nacional (CMN), conceitua, para fins de regulação contábil de instrumentos financeiros, um *ativo financeiro* como: a) dinheiro; b) instrumento patrimonial de outra entidade; c) direito contratual de receber dinheiro ou outro ativo financeiro¹⁸ de outra entidade,

18 Inclusive criptomoedas e outros *tokens*.

ou de trocar ativos financeiros ou passivos financeiros com outra entidade em condições potencialmente favoráveis à instituição detentora desse direito; ou d) contrato a ser ou que possa ser liquidado com instrumento patrimonial da própria instituição que seja: instrumento financeiro não derivativo para o qual a instituição esteja ou possa estar obrigada a receber um número variável de instrumentos patrimoniais da própria instituição; ou instrumento financeiro derivativo que não seja liquidado pela troca de um valor fixo em dinheiro, ou outro ativo financeiro, por um número fixo de instrumentos patrimoniais da própria instituição (CMN, 2021).

Percebe-se, portanto, que ativos financeiros são a matéria-prima da atividade ordinária de instituições financeiras (art. 1º da Lei nº 7.492/1986), podendo também caracterizar-se como valores mobiliários (art. 2º da Lei nº 6.385/1976), negociáveis no mercado financeiro e no mercado de capitais. Podem ser tangíveis ou intangíveis e se apresentar como *tokens* da criptoeconomia, o que faz do crime do art. 171-A do CP um delito contra o SFN que tem como objeto material ativos virtuais, na forma de ativos financeiros em geral (*payment tokens* e *utility tokens*) ou na forma de valores mobiliários em particular (*security tokens*).

6.3 O crime de *pirâmide* e um conflito aparente de normas

O novo art. 171-A do CP resolve em grande medida o conflito aparente de normas que se apresenta entre o art. 171 do CP (estelionato comum) e o crime do art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/1951 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular), que vinha sendo considerado pertinente, em alguns casos, para a persecução do crime de *pirâmide* com criptomonedas (STJ, RHC 161.635/DE, 5ª Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, j. em 15/08/2022)¹⁹. A insuficiência da resposta penal neste campo fica superada, vencidas questões acolhidas pelo STJ quando vigente o ordenamento jurídico anterior à Lei nº 14.478/2022 (STJ, CC 170.392/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. em 10/6/2020)²⁰.

19 Neste RHC discutiu-se um conflito aparente entre o crime de estelionato (art. 171 do CP) e o crime de *pichardismo* (art. 2º, IX, da Lei nº 1.521/1951), admitindo-se o concurso de crimes: “Assim, narrados casos de prejuízos genéricos por infinidade de usuários, sem verificação de conduta transcendente, mas mera cooptação pelo site eletrônico, ainda que possível identificar algumas vítimas, verifica-se apenas o crime contra a economia popular. Porém, havendo o aliciamento particularizado, mediante induzimento e convencimento, de vítimas determinadas, através de emissários dos agentes criminosos principais, torna-se possível falar, em tese, em concurso de crimes entre o delito contra a economia popular e o estelionato. Isto porque, paralelamente ao ato voltado contra o público em geral (sítio eletrônico para angariar vítimas), verificam-se condutas autônomas de aliciadores voltadas contra o patrimônio particular de vítimas específicas, cuja adesão ao site (instrumento para a fraude) se revela apenas como exaurimento do estelionato”.

20 Tratava-se de um conflito de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal quanto

O delito do inciso IX do art. 2º da Lei nº 1.521/1951 é um crime contra a economia popular da categoria das infrações penais de menor potencial ofensivo. É punido com detenção de 6 meses a 2 anos, e multa. Conforme o art. 2º da lei de 1951, são crimes contra a economia popular “obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (‘bola de neve’, ‘cadeias’, ‘pichardismo’ e quaisquer outros equivalentes)” (ARAS, 2021).

Com a vigência da nova lei, o MPF poderá imputar o crime do art. 171-A do CP a quem “organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais” com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio. Essa conduta poderá ser verificada em concurso formal com o crime do art. 7º da Lei nº 7.492/1986 (contratos com ofertas públicas de investimentos em criptoativos), sem prejuízo do art. 16 da Lei nº 7.492/1986, que tipifica a operação clandestina de instituição financeira, ou ainda do art. 4º da mesma lei, que pune a gestão fraudulenta de instituição financeira.²¹

De fato, na Operação *Kryptos*, um gigantesco esquema de pirâmide no Rio de Janeiro, o MPF ofereceu denúncia com base no art. 4º da Lei nº 7.492/1986,²² em concurso com outros delitos, como os do art. 7º, incisos II, III e IV da Lei nº 7.492/86 (emissão, oferecimento e negociação irregular de títulos ou valores mobiliários), e do art. 16 da Lei nº 7.492/86 (operação não autorizada). Quanto ao conflito de competência que se instaurou, o STJ reconheceu caber à 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro o julgamento da causa (STJ, CC 189.304/RJ, Terceira Seção, Min. Ribeiro Dantas, d. em 09/08/2022)²³.

Também no caso *Telexfree* acabou prevalecendo essa imputação, que foi mantida pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região. O MPF imputara aos réus os crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira, operação clandestina de instituição financeira, mediante a criação de moeda eletrônica e a custódia de valores à margem do SFN, com captação em grande escala sem autorização dos órgãos de fiscalização e controle.

a uma pirâmide financeira. Prevaleceu a competência da Justiça Estadual em Jundiaí/SP, nos termos da Súmula 498, do STF, porque então se entendeu que o crime correspondente era o do art. 2º, IX, da Lei nº 1.531/1951.

- 21 Agradeço ao procurador da República Fernando Amorim Lavieri pela leitura deste texto, pelas sugestões que deu e pelas referências aos casos *Kryptos* e *Telexfree*, que mostram a incidência do crime de gestão fraudulenta de instituições financeiras em casos de pirâmides. Agradeço ainda ao professor Douglas Fischer pela leitura e sugestões que contribuíram para tornar mais claro este trabalho.
- 22 Vide a Ação Penal nº 5105179-28.2021.4.02.5101, proposta pelo MPF no Rio de Janeiro.
- 23 Decisão monocrática proferida na Operação *Kryptos*, a respeito da empresa GAS Consultoria e Tecnologia Ltda, do Rio de Janeiro.

2. Os elementos dos autos demonstraram que a Ympactus / TelexFree para além de ofertar valores mobiliários e captar investimentos, ainda exercia as seguintes atividades, típicas de instituição financeira: conversão de moeda soberana, física ou escritural, em moeda eletrônica atrelada ao dólar estadunidense e vice-versa; custódia de moeda eletrônica para seus associados; disponibilização de serviços de aporte ou saque de recursos mantidos nos ambientes virtuais (logins) dos clientes; viabilização de transferências da moeda eletrônica entre clientes, mesmo quando residentes em países distintos; efetivação de pagamentos de faturas emitidas pela empresa com o uso da moeda eletrônica; cobrança de tarifas por todas as transferências de moeda eletrônica feitas via sistema da TelexFree; obtenção de ganhos nas conversões, praticando câmbio mais favorável do que o oficial do dólar norte-americano na data da operação, sendo certo que tudo isso restou amplamente descrito na extensa e detalhada sentença (TRF-2, Apelação Criminal 0000273-28.2014.4.02.5001/ES, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Paulo Cesar Moraes Espírito Santo, j. em 01/09/2021).

6.4 O crime de fraude com criptoativos (art. 171-A) e os crimes de estelionato comum (art. 171 do Código Penal) e fraude eletrônica (§2º-A do art. 171 do Código Penal)

Mesmo com a vigência do art. 171-A do Código Penal, o crime de estelionato do art. 171 do mesmo código e a fraude eletrônica (§2º-A) poderão ter como objeto ativos virtuais. Os criptoativos são a vantagem ilícita obtida pelo agente.

Há aí um conflito aparente de normas, uma vez que os bens jurídicos tutelados por esses artigos são diversos. Pense, por exemplo, na conduta de quem ilude a vítima a fim de obter acesso à sua chave criptográfica privada (gerada no momento da criação da carteira) ou à *seed phrase (recovery phrase)*, senhas essenciais para o acesso à carteira (*wallet*) de criptomonedas e sua movimentação; e para a recuperação da carteira, respectivamente.

Se o agente, adotando métodos de engenharia social pela Internet, ilude ou induz em erro a vítima para ter acesso a sua criptocarteira (*wallet*) e consegue realizar uma transação de criptomonedas (uma transferência de *bitcoins* para outro endereço, por exemplo), não estaremos diante do crime do art. 171-A do CP, mas sim da figura do art. 171, §2º-A, do CP, que tem objetividade jurídica distinta, sendo um crime patrimonial.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo (BRASIL, 1940).

Neste caso, a ação penal é pública condicionada à representação da vítima, em regra, sem prejuízo das exceções previstas no §5º do art. 171 do CP.

Disto se conclui, portanto, que nem toda fraude com criptoativos se encaixará no art. 171-A do CP. Quando a fraude disser respeito à gestão, oferta ou distribuição de carteiras ou à intermediação de operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros, temos um crime contra o SFN, de ação penal pública incondicionada e competência federal. Porém, quando a fraude atingir o patrimônio de uma ou mais vítimas, sem as circunstâncias elementares da criptofraude financeira, temos um crime patrimonial do art. 171, *caput*, do Código Penal (estelionato), ou, eventualmente, a fraude eletrônica do §2º-A do mesmo artigo.

6.5 A competência para o julgamento do crime do art. 171-A do Código Penal

A natureza jurídica do crime do art. 171-A do CP não é questão de somenos importância. Conhecê-la é essencial para determinar a competência para o seu processo e julgamento, à luz do art. 109, inciso VI, da Constituição. Segundo tal dispositivo, compete aos juízes federais julgar os crimes contra a ordem econômico-financeira, quando assim o determinar a lei. Para os crimes contra o SFN, o art. 26 da Lei nº 7.492/1986 diz expressamente que essa competência será da Justiça Federal.

Contudo, o novo crime financeiro criado pela Lei nº 14.478/2022 está no art. 171-A do CP, e não na Lei nº 7.492/1986, o que levará à controvérsia sobre a competência, se da Justiça Estadual ou da Justiça Federal. Como vimos, diante de sua estrutura e objetividade jurídica, o crime do art. 171-A do CP é inequivocamente um delito contra o SFN. Logo, a competência para seu julgamento é da Justiça Federal.

Além de ofender a ordem financeira, lesar interesses de investidores, minar a credibilidade e a integridade do SFN e pôr em risco a poupança popular, a conduta em si fere concretamente os interesses e os serviços de entes federais, especialmente o Banco Central do Brasil – a principal autoridade regulatória da criptoeconomia –, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – cujas atribuições são ressalvadas pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.478/2022 –, e, em menor grau, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), no campo da prevenção à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP).

Em situação análoga, em 2021, o Superior Tribunal de Justiça firmou a competência federal para o julgamento dos crimes contra o mercado de capitais inseridos nos arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei nº 6.385/1986. Tais delitos foram tipificados pela Lei nº 10.303/2001, que não se ocupou de definir a competência para o julgamento das novas figuras. Embora o mercado de capitais seja um dos segmentos do mercado financeiro,²⁴ o STJ não reconheceu nos crimes da Lei nº 6.385/1986 delitos contra o SFN, por assimilação, o que levaria à competência federal por incidência do inciso VI do art. 109 da CF. No entanto, tendo em vista que “os crimes contra o mercado de capitais integram a ordem econômico-financeira”, o STJ determinou caber à Justiça Federal julgar tais delitos, não em decorrência do inciso VI do art. 109, mas por força do inciso IV do art. 109 da Constituição, dada a inquestionável presença de interesse federal, notadamente para o enfrentamento de esquemas multimilionários de captação de poupança popular que se baseiem na oferta pública de investimentos em criptoativos ou na intermediação de transações sobre valores mobiliários ou sobre ativos virtuais.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. MANIPULAÇÃO DE MERCADO E INSIDER TRADING. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA, ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MAGNITUDE DA LESÃO. INTERESSE DA UNIÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. DISTRIBUIÇÃO. VARAS ESPECIALIZADAS. SUPOSTA ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

[...]

24 O SFN é integrado pelo mercado cambial, mercado de crédito, mercado monetário e mercado de capitais, assim como pelos mercados de seguros privados e de previdência complementar (BANCO CENTRAL DO BRASIL, [2023]).

2. Em qualquer situação de delito que repercuta no sistema financeiro ou que faça parte dos crimes contra a ordem econômico-financeira, cuja legislação que os prevê não contenha dispositivo específico que importe na fixação da competência federal, há que se avaliar, no caso concreto, a existência de circunstância de fato que demonstre a existência de efetiva lesão a bens, serviços ou direitos da União, de suas autarquias ou empresas públicas. Assim, nessas hipóteses, mesmo que não haja previsão na legislação infraconstitucional, como exige o art. 109, VI, da Constituição Federal, o delito será processado e julgado perante a Justiça Federal, mas por incidência do referido dispositivo.

3. No caso, a denúncia, formal e materialmente apta, foi recebida pelos crimes de manipulação de mercado e *insider trading*. A conduta, tal como descrita, foi capaz de movimentar, no mercado, quantia expressiva que, pela dimensão das perdas, refletiu no sistema financeiro, sobretudo pelo prejuízo suportado pelos investidores.

4. Inexiste ilegalidade na distribuição do feito a uma das varas especializadas em delitos financeiros da Justiça Federal, em razão da matéria, visto que os crimes contra o mercado de capitais integram a ordem econômico-financeira.

5. Recurso em habeas corpus não provido (STJ, RHC 55.813/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/06/2019).

Posição semelhante fora adotada em 2018, também pela 6ª Turma do STJ, quanto aos crimes de manipulação do mercado e de uso indevido de informação privilegiada (*insider trading*), previstos nos arts. 27-C e 27-D da Lei nº 6.385/1976, nos seguintes termos:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. MANIPULAÇÃO DE MERCADO E INSIDER TRADING. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MAGNITUDE DA LESÃO. INTERESSÉ DA UNIÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. DISTRIBUIÇÃO. VARAS ESPECIALIZADAS. SUPOSTA ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

1. Não há dúvidas de que o mercado de capitais – compreendido como o somatório dos diferentes segmentos do mercado de investimentos – integra a ordem econômico-financeira. No ápice do sistema que regula a atividade financeira estatal, está o Conselho Monetário Nacional, cuja estrutura conta com dois outros órgãos: o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários.

2. É inegável a existência de interação entre o mercado de capitais e a economia como um todo, de tal sorte que condutas ilícitas praticadas em seu âmbito podem repercutir não só em relação aos investidores, mas também afetar a própria credibilidade e a harmonia do sistema financeiro, com prejuízos econômicos ao país.

3. A regra prevista no art. 109, VI, da CF fixa a competência federal para o processamento e o julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira, desde que determinados por lei, isto é, conquanto haja previsão expressa acerca dos crimes financeiros quanto à competência federal, como ocorre, por exemplo, com a Lei n. 7.492/1986, em seu art. 26.

4. A Lei n. 6.385/1976, ao dispor sobre os crimes contra o mercado de capitais – os quais, ao menos em tese, poderiam atingir o complexo sistema financeiro –, nada previu a respeito da competência. Logo, sob o prisma do art. 109, VI, da Constituição Federal, não se justificaria a *vis attractiva* do Juízo Federal; entretanto, mostra-se equivocado concluir nessa direção com base na análise isolada do referido dispositivo. É necessário verificar se o delito, como se depreende na espécie, se enquadra em alguma das hipóteses previstas no art. 109, IV, da CF. Precedentes.

5. Em qualquer caso de delito que repercuta no sistema financeiro ou que faça parte dos crimes contra a ordem econômico-financeira, cuja legislação que os prevê não contenha dispositivo específico que importe na fixação da competência federal, há que se avaliar, no caso concreto, a existência de circunstância de fato que demonstre a existência de efetiva lesão a bens, serviços ou direitos da União, de suas autarquias ou empresas públicas. Assim, nessas hipóteses, mesmo que

não haja previsão na legislação infraconstitucional, como é a exigência do art. 109, VI, da Constituição Federal, o delito será processado e julgado perante a Justiça Federal, mas por incidência do disposto no art. 109, IV, da Lei Maior.

[...]

8. Recurso em habeas corpus não provido (STJ, RHC 82.799/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j.em 27/11/2018).

Mutatis mutandi, o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao novo art. 171-A do Código Penal. Apesar de a Lei nº 14.478/2022 não ter previsto a competência da Justiça Federal para julgar o crime do art. 171-A do CP, é nítido que a conduta delituosa nele prevista afeta diretamente o interesse da União, “ao pôr em risco a confiabilidade dos investidores no mercado de capitais, aniquilando a confiança e a lisura de suas atividades” (STJ, CC 135.749/SP, 3ª Seção, Rel. Des. Conv. Ericson Maranhão, j. em 25/03/2015).

Deste modo, tendo em conta os verbos nucleotípicos e o objeto material do art. 171-A do Código Penal, o bem jurídico tutelado e as consequências que dele advêm, vê-se que ali está descrito um crime contra o SFN. Como tal, ao novo crime deve ser aplicada a regra de competência prevista no art. 109, inciso VI, da Constituição, combinada com o art. 26 da Lei nº 7.492/1986, ou, ao menos, como (ainda) entende o STJ, o disposto no inciso IV (ofensa a interesse federal), fixando-se o juiz federal como o competente para o processo e julgamento.

A organização (1.i), a gestão (1.ii), a oferta (1.iii) ou a distribuição (1.iv) de carteiras de ativos virtuais, de valores mobiliários ou de quaisquer ativos financeiros, para obter vantagem ilícita em prejuízo alheio; e (2) a intermediação de operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros, com o mesmo fim, são indubitavelmente operações que caracterizam a operação e a gestão (lato sensu) de uma instituição financeira, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.492/1986. Sua consumação, seja nas formas do tipo 1, seja na forma de tipo 2, representa assim prejuízo para a gestão financeira, a execução da política econômica governamental ou ao patrimônio de investidores ou ao mercado de títulos e valores mobiliários e de outros segmentos do mercado financeiro, “que são o objeto de proteção da Lei n.º 7.492/86” (STJ, CC 113.414/MG, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 25/05/2011)²⁵.

25 Da ementa: “I. Não ocorrendo lesão a serviços, bens ou interesses da União ou Entidades Federais, mas, tão-somente, a particulares, os atos praticados, ainda não suficientemente esclarecidos, não se caracterizam como crime contra o Sistema Financeiro Nacional, ante a inexistência de lesão à União ou a Entidades Federais.”

Não há confusão aqui entre essa figura penal e um crime contra uma instituição financeira, ou entre o delito do art. 171-A do CP com um crime praticado no âmbito de uma instituição financeira. O delito do art. 171-A do CP é uma infração contra o SFN em si mesmo, em prejuízo de sua higidez, da sua integridade e da confiança dos investidores e poupadores em sua firmeza, integridade, sanidade e resiliência.

Mesmo que assim não fosse – isto é, mesmo que se considere que o crime do art. 171-A do CP é um delito meramente patrimonial –, as condutas descritas no art. 171-A do CP se encaixarão concomitantemente, em concurso formal, no art. 7º da Lei nº 7.492/1986 (oferta de valores mobiliários falsos, falsificados, sem lastro ou sem autorização), no art. 16 da Lei nº 7.492/1976 (que pune a operação de instituição financeira clandestina)²⁶ e/ou, eventualmente, no art. 4º da mesma lei (gestão fraudulenta de instituição financeira), o que, por si só, determinará a competência da Justiça Federal por conexão, por força da Súmula 122 do STJ.

De todo modo, pelo advento da Lei nº 14.478/2022, fica superada a posição da 3ª Seção do STJ que, em 2020, firmou a compreensão de que “a oferta de serviços de compra e venda exclusivamente de criptomoedas ou moedas virtuais” não se inseriria na competência da Justiça Federal, “por não se cuidarem de ativos regulados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários” (STJ, CC 187.976/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 10/08/2022)²⁷. Também fica superada a posição do STJ, de meados de 2022, de que “a captação de recursos decorrente de ‘pirâmide financeira’ não se enquadra no conceito de ‘atividade financeira’, para fins da incidência da Lei n. 7.492/1986” (STJ, CC 189.304/RJ, Terceira Seção, Min. Ribeiro Dantas, d. em 09/08/2022)²⁸.

Conforme o art. 2º da Lei dos Criptoativos, que entrou em vigor em 2023, “as prestadoras de serviços de ativos virtuais somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização de órgão ou entidade da Administração Pública federal”, isto é, do Banco Central do Brasil, sem prejuízo – diz o parágrafo único do art. 1º da mesma lei – da competência regulatória da CVM, quando tais ativos virtuais se encaixarem no conceito de valores mobiliários, conforme o critério de Howey, de 1946, e o art. 2º da Lei nº 6.385/1976.

A razão de ser da coexistência de atribuições regulatórias em mãos de duas autarquias federais está na natureza jurídica dos criptoativos. Como vimos na se-

26 Lei 7.492/1986: Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

27 Vide também: STJ, CC 170.392/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. em 10/06/2020.

28 Decisão monocrática proferida na Operação *Kryptos*, a respeito da empresa GAS Consultoria e Tecnologia Ltda, do Rio de Janeiro.

ção 3.2, estes podem ser classificados como *ativos financeiros* – sujeitos a regulação, monitoramento, fiscalização e responsabilização pelo BACEN –, ou como *valores mobiliários*, submetidos à fiscalização da CVM.

6.6 Ação penal no crime do art. 171-A do Código Penal

Devido à sua localização fora do art. 171 do Código Penal, não se aplica ao crime do art. 171-A do mesmo código o previsto no §5º daquele dispositivo, que estabelece que, como regra, a ação penal no crime de estelionato deve ser pública condicionada à representação da vítima. Nisto também a nova forma de fraude do art. 171-A do CP se aproxima de sua real natureza de crime contra o SFN. Todos eles são de ação penal pública incondicionada.

Nenhum dos delitos da Lei nº 7.492/1986 exige representação da vítima, como se depreende do seu art. 26. A figura desgarrada e equivocadamente inserida no corpo do CP seguirá a mesma regra, pois a infração penal em questão tutela não apenas o patrimônio da vítima, mas o SFN como um todo e o mercado de valores mobiliários em particular. Ainda que assim não fosse, a ela se aplicaria a regra geral do art. 100 do mesmo Código Penal.

7 CONCLUSÃO

Nosso foco neste artigo foram as questões penais relativas ao marco jurídico dos criptoativos no Brasil. A Lei nº 14.478/2022, que entrou em vigor em 20 de junho de 2023, ampliou o conceito de instituições financeiras para fins penais, de modo a abranger as *exchanges*. Esses entes são agora instituições financeiras por equiparação no âmbito da Lei nº 7.492/1986. Deste modo, os controladores, administradores e gestores das empresas da criptoeconomia poderão ser enquadrados, com mais segurança e sem questionamentos, como autores de crimes contra o SFN.

Foram estabelecidos, no nível da lei federal, os conceitos de ativos virtuais e de prestadoras de serviços de ativos virtuais (VASPs) em consonância com a Recomendação 15 e o Glossário do GAFI. Essas entidades passaram a constar do rol do art. 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro e são agora pessoas obrigadas aos deveres administrativos PLD/FTP.

Na tônica de prevenção à lavagem de capitais, há agora um Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP), a cargo da CGU, que facilitará as atividades de *due diligence* dos sujeitos obrigados, quanto às atividades de identificação, qualificação e classificação de seus clientes.

No campo da repressão à lavagem de dinheiro, as operações de ocultação ou dissimulação que envolvam criptoativos serão agora punidas com causa de aumento de 1/3 a 2/3.

Se contribui para aperfeiçoar o marco jurídico dos criptoativos no Brasil e para promover a inovação e a segurança jurídica neste segmento, por outro lado, a Lei nº 14.478/2022 traz vários desafios ao aplicador da norma, notadamente quanto ao crime do art. 171-A, do Código Penal, um crime formal topograficamente deslocado, cuja natureza jurídica é de crime contra o SFN, e, portanto, de competência federal e de ação penal pública incondicionada, porque a ele não se aplica o §5º do art. 171 do CP.

A chave interpretativa da distinção está na *Howey test*, que permite determinar a existência de um valor mobiliário, especialmente quando toma a forma de um contrato de investimento coletivo. Os ativos virtuais, que são o único objeto material (abrangente) do art. 171-A do CP, podem desdobrar-se em ativos financeiros em sentido lato (*payment tokens* e *utility tokens*) e em valores mobiliários (*security tokens*), ativos financeiros em sentido estrito. Em qualquer dessas modalidades materiais (como ativos financeiros ou como valores mobiliários), a gestão, a oferta ou a distribuição de carteiras com ativos virtuais ou a intermediação de operações com tais ativos, com ânimo fraudulento, causará dano ao SFN e prejuízos ao interesse federal (BACEN e CVM).

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O crime de pichardismo. *Blog do Vlad*. [S. l.], 29 nov. 2021. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2021/11/29/o-crime-de-pichardismo/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

ARAS, Vladimir. Marco regulatório da criptoeconomia e sua repercussão no campo penal. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 13 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-13/vladimir-aras-avanco-marco-regulatorio-criptoeconomia>. Acesso em: 10 fev. 2023.

ARAS, Vladimir; LUZ, Ilana Martins. Comentários à Lei de Lavagem de Dinheiro. In: PINHEIRO, Igor P. (coord.). *Leis penais especiais comentadas: na visão do STJ, STJ e TSE*. Leme, SP: Mizuno, 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CRIPTOECONOMIA. *Norma de autorregulação de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo*. São Paulo: ABCRIPTO, 2020. Disponível em: <https://www.abcripto.com.br/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional*. Brasília, DF: BCB, [2023]. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/composicao.asp?frame=1>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Lei nº 7492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022*. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14478.htm#art12. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4.401, de 2021*. Dispõe sobre a prestadora de serviços de ativos virtuais; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 9 dez. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2122466&filename=Tramitacao-PL+4401/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+2303/2015%29. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer de Plenário, do senador Irajá, de 12 de abril de 2022, sobre o Projeto de Lei 3.825, de 2019*. Disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação; e o Projeto de Lei 4.401, de 2021, que dispõe sobre as prestadoras de serviços de ativos virtuais. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9132409&ts=1671717368348&disposition=inline/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

COAF. *Resolução COAF 40, de 22 de novembro de 2021*. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados, em relação a pessoas expostas politicamente, por aqueles que se submetem à supervisão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras -Coaf, na forma do § 1º do art. 14 da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 66, 23 nov. 2021. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-40-de-22-de-novembro-de-2021-361264576>. Acesso em: 10 fev. 2023.

CMN. *Resolução CMN nº 4.966, de 25 de novembro de 2021*. Dispõe sobre os conceitos e os critérios contábeis aplicáveis a instrumentos financeiros, bem como para a designação e o

reconhecimento das relações de proteção (contabilidade de hedge) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Brasília, DF: CMN, 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4966>. Acesso em: 10 fev. 2023.

CMN. *Resolução nº 4.593, de 28 de agosto de 2017*. Dispõe sobre o registro e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como sobre a prestação de serviços de custódia de ativos financeiros. Brasília, DF: CMN, 2017. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50425/Res_4593_v3_P.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Os criptoativos e o mercado de valores mobiliários*. Parecer de Orientação CVM n. 40, de 11 de outubro de 2022. Rio de Janeiro: CVM, 2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>. Acesso em: 10 fev. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Howey digital: contratos de investimento coletivo em criptoativos e os contratos de investimento coletivo criptográficos*. Apresentação de Gustavo Gonzalez em formato.ppt. [S. l.]: CVM, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/apresentacoes-realizadas-pela-cvm/2020/16-11-2020-criptoativos-diretor-gustavo-gonzalez>. Acesso em: 10 fev. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo CVM nº RJ 2003/0499*. Voto do Rel. Dir. Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 28/08/2003. Rio de Janeiro: CVM, 2003. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/4149-0.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.003406/2019-91*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 26/10/2020. São Paulo: CVM, 2020b. Disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI_19957003406_2019_91.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador (PAS) CVM nº 19957.006343/2017-63*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 07/05/2019, p. 3. Rio de Janeiro: CVM, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2019/20190507_PAS_CVM_SEI_19957006343_2017_63_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf-7b623f3085b543afbe473b81e0f28b0a. Acesso em: 10 fev. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador (PAS) CVM nº 19957.007994/2018-51*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 09/06/2020, p. 11. Rio de Janeiro: CVM, 2020c. Disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2020/20200609_PAS_CVM_SEI_19957_007994_2018_51_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

COSTA, Isac. Regulação de ativos virtuais via PL nº 4.401/21 é ruim, mas seria pior sem ela. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 1º dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/isac-costa-regulacao-ativos-virtuais-ruim-seria-pior-ela>. Acesso em: 10 fev. 2023.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *SEC v. W. J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, 1946. Estados Unidos, 1946. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293>. Acesso em: 10 fev. 2023.

FARACHE, Arthur. Ativos reais x ativos financeiros: guia completo. *Hurts Capital*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://blog.hurst.capital/blog/ativos-reais-x-ativos-financeiros/> amp. Acesso em: 10 fev. 2023.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Paris, France: FATF, 2022. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/recommendations/pdf/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*. [S. l.]: IOSCO, fev. 2017. p. 51. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Blockchain primer*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/OECD-Blockchain-Primer.pdf/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets*. Washington, 3 abr. 2019. Disponível em: <https://www.sec.gov/cor-pfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>. Acesso em: 10 fev. 2023.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA TESTEMUNHAL À LUZ DA PSICOLOGIA JURÍDICA

CONSIDERATIONS ON TESTIMONIAL EVIDENCE IN THE LIGHT OF LEGAL PSYCHOLOGY

*Ana Luiza Almeida Ferro*¹

Resumo: O presente artigo procura oferecer uma breve visão sobre o testemunho, enfocando o seu processo psicológico, desde a apreensão até a reprodução do fato, com destaque para as deformações da verdade, voluntárias ou involuntárias, do ponto de vista da Psicologia jurídica.

Palavras-chave: testemunho; processo psicológico; sensação; percepção; apercepção; memória; exteriorização; deformação da verdade; processo penal; falso testemunho; mentira; psicologia jurídica; psicologia do testemunho.

Abstract: This article seeks to provide a brief view of the testimony, focusing on its psychological process, from the apprehension to the reproduction of the fact, with emphasis on the distortions of the truth, whether voluntary or involuntary, considering the point of view of legal psychology.

Keywords: testimony; psychological process; sensation; perception; apperception; memory; exteriorization; distortion of truth; criminal procedure; perjury; lie; legal psychology; psychology of testimony.

1 Promotora de Justiça, escritora, historiógrafa, poeta, conferencista internacional, professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (ESMP-MA), Doutora e Mestra em Ciências Penais (UFMG), Pós-Doutora em *Derechos Humanos* (Universidad de Salamanca, Espanha), membro da European Society of International Law (ESIL), da Academia Brasileira de Direito, da Academia Brasileira de Filosofia, da Academia Maranhense de Letras, da Academia Maranhense de Letras Jurídicas e de diversas outras instituições culturais, Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica e portadora do *Diplôme supérieur d'études françaises* (Université de Nancy II). Autora de vários livros, sobretudo de Direito Penal, História e poesias. Recebeu o Prêmio "Poesia, Prosa ed Arti figurative" (Itália, 2014, 2019), a Menção Honrosa do Prêmio Pedro Calmon 2014 (IHGB) e o Prêmio Literário Nacional PEN Clube do Brasil 2015 (Ensaio). E-mail: alafferro@uol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Refere-se o testemunho à informação ou ao conjunto das informações prestadas, por via de regra oralmente, a propósito de fato juridicamente relevante ou de qualquer de suas circunstâncias, por pessoa supostamente portadora de conhecimento sobre os eventos sob apuração, perante alguém legalmente autorizado para a sua coleta, situando-se na seara dos meios de prova ou elementos de convicção direcionados ao esclarecimento desse fato.

Deve ser observado que a prova testemunhal, no contexto do sistema da livre convicção, característico do Direito processual penal pátrio, é, muitas vezes, insubstituível pela relevância das informações prestadas ou até pelo fato de ser a única a emergir do cenário probatório para a análise do julgador. Daí a sua reconhecida utilidade para o processo penal ao longo da História, com o propósito de obtenção da verdade.

Do outro lado da moeda, o falso testemunho se instrumentaliza pela mentira, representa uma deformação da verdade e é, na justa avaliação de Fonseca (1986, p. 62), “nocivo e nefasto à realização da justiça.”

Todavia, nem sempre as distorções da verdade contidas no testemunho são fruto de má-fé por parte do depoente. Com efeito, o testemunho sofre influências das mais diversas e, muitas vezes, ostenta falsidades involuntárias, algumas juridicamente relevantes, outras não.

Este artigo pretende oferecer uma breve visão sobre o testemunho, pelo prisma da Psicologia do testemunho, fonte de estudos de caráter relativamente recente, aqui entendida como associada à Psicologia jurídica (não no sentido clássico, mas em conceito amplo), focando algumas das características mais marcantes da apreensão, da conservação e da reprodução do fato e as possíveis deformações da verdade envolvidas nesse processo psicológico, voluntárias ou involuntárias.

2 A PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal, pela ótica jurídica, segundo Trindade (2011, p. 244), é “aquela que se obtém através de depoimento oral sobre a percepção da realidade dos fatos.” Do latim *testimonium*², o testemunho, como meio de prova, é um ato

2 O substantivo neutro *testimonium*, *-i*, possui o sentido próprio de “testemunho, depoimento”, e o sentido figurado de “prova, argumento”. *Testis*, *-is*, substantivo masculino, designa, em sentido próprio e figurado, “testemunha” e, em sentido particular, “espectador” (Faria [org.], 1962, p. 994). Nos tribunais da Roma Antiga, para conferir solenidade a um ato e indicar a virilidade (nesse caso, veracidade) de uma declaração, as testemunhas teriam o costume de segurar os testículos no momento de prestarem juramento (TRINDADE, 2011, p. 243).

exclusivo da testemunha, esta compreendida, na definição de Marques (1980, p. 235), como “a pessoa chamada a depor sobre esses fatos, narrando suas percepções sensoriais”, ao passo que aquilo que a testemunha declara ou relata recebe o nome de depoimento, “o qual pode conter a narração do que a testemunha viu ou ouviu, ou também a notícia de qualquer percepção obtida através de outros sentidos”.

Trindade (2011, p. 244) extrai as seguintes características do depoimento prestado pela testemunha: a) judicialidade; b) oralidade; c) objetividade; d) retrospectividade.

Não obstante haver presunção de que os testemunhos sejam válidos e honestos, tal presunção é *iuris tantum*, pois, como qualquer outro meio de prova, a prova testemunhal é relativa.

Na análise da prova testemunhal, deve o magistrado, afastando concepções movidas pela precipitação e pelo pré-julgamento, examiná-la em si e em cotejo com os outros elementos probatórios, sob a permanente convicção de que ela poderá traduzir a verdade perseguida, em maior ou menor grau, ou constituir uma total deturpação dos fatos em tela. Por conseguinte, deve lembrar que a prova testemunhal é influenciada por diversos fatores, de sorte que nem sempre e, ousamos até registrar, infrequentemente, a testemunha, involuntária ou intencionalmente, dirá *la vérité, toute la vérité, rien que la vérité*. Nessa esteira milita o comentário de Garcia Iturbe (1969, p. 248-249):

*En el caso de los testigos, éstos raramente dicen la verdad, y más raramente aún toda la verdad o nada más que la verdad; unas veces, por que actúan de mala fe o son testigos profesionales, pero en otras ocasiones, aun actuando de buena fe, incurren en la falsedades (sic) por razones de orden psicológico que, en general, son inevitables; la imaginación y el subconsciente juegan un papel preponderante en todo testimonio, el cual, por tanto, resulta así adulterado.*³

Efetivamente, por estar sujeito a diversas interferências, o testemunho dificilmente deixa de exibir falsidades, deformações da verdade, involuntárias ou não, sendo maculado por vícios que podem comprometer a sua integridade e que nem sempre podem ser eliminados, ainda quando a testemunha age *bona fide*. Na mesma linha é a lição de Garçon (1956, p. 408), para quem, a despeito da incontestável necessidade do testemunho como meio de prova, é visível a sua fragilidade, por se ba-

3 “No caso das testemunhas, estas raramente dizem a verdade, e mais raramente ainda toda a verdade ou nada mais que a verdade; umas vezes, porque atuam de má-fé ou são testemunhas profissionais, porém em outras ocasiões, até atuando de boa-fé, incorrem na falsidades (sic) por razões de ordem psicológica que, em geral, são inevitáveis; a imaginação e o subconsciente exercem um papel preponderante em todo testemunho, o qual, portanto, resulta assim adulterado [tradução nossa].”

sear, de um lado, nas percepções fugitivas dos sentidos e na memória da testemunha, e doutro, sobre uma presunção de sua sinceridade. O mesmo jurista (GARÇON, 1956, p. 416) enfatiza esse cunho de fragilidade no domínio do depoimento de boa-fé:

*Un témoin peut, en effet, altérer la vérité de bonne foi. C'est une grave erreur de penser qu'un témoin honnête et désintéressé, qui veut dire la vérité, doit toujours être cru. Les illusions des sens, les défaillances de la mémoire, les amplifications de l'imagination et une sorte d'auto-suggestion, quelquefois un état psychologique morbide, bien d'autres causes encore, sont la source malheureusement trop abondante de fausses dépositions qui conduisent à déplorables erreurs judiciaires. Ces dangereux témoins ne sont pourtant pas punissables: il ne suffirait même pas de prouver contre eux qu'ils ont agi avec imprudence ou légèreté. Cette faute pourrait, tout au plus, si elle était lourde, engager leur responsabilité civile.*⁴

No entanto, não há como negarmos que o Direito moderno foi longamente influenciado pelo pensamento de Beccaria (1997, p. 62-63), pelo qual a testemunha mentalmente sã declara a verdade quando não apresenta interesse em mentir, devendo a credibilidade “diminuir na proporção do ódio ou da amizade, ou das relações existentes entre a testemunha e o réu”.

Modernamente, a Psicologia experimental, no âmbito do estudo do testemunho, tem evidenciado a inexatidão de tal concepção, acusando o significativo grau de falibilidade da capacidade de testemunhar.

Sem dúvida, o interesse representa somente uma das possíveis motivações para a mentira de uma testemunha. Igualmente podem levar a um depoimento apartado da realidade factual o medo, a malignidade e vários fatores subjetivos que influem na percepção, a exemplo da atenção, da memória, do temperamento, do hábito, da sugestão e da emoção. Conclui Prado (1984, p. 4) que, em geral, as carências do testemunho derivam “da possibilidade de falso testemunho (interesse, medo ou maldade) ou da incapacidade para testemunhar, resultante de doença, defeito sen-

4 “Uma testemunha pode, com efeito, alterar a verdade de boa-fé. É um grave erro pensar que uma testemunha honesta e desinteressada, que quer dizer a verdade, deve sempre merecer crédito. As ilusões dos sentidos, os desfalecimentos da memória, as amplificações da imaginação e uma espécie de autossugestão, por vezes um estado psicológico mórbido, bem como outras causas ainda, são a fonte infelizmente demasiado abundante de falsos depoimentos que conduzem a deploráveis erros judiciários. Estas testemunhas perigosas não são, entretanto, puníveis: não bastaria nem mesmo provar contra estas que elas agiram com imprudência ou leviandade. Este erro poderia, quando muito, se fosse grave, determinar a sua responsabilidade civil [tradução nossa].”

sorial ou imaturidade”, de modo que são muitas “as circunstâncias que podem levar uma testemunha normal à modificação involuntária, à distorção ou ao falseamento da verdade”.

Conforme Bentham (como citado em PRADO, 1984, p. 4), para quem as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça, o homem mais se inclina à afirmação da verdade do que da mentira, sofrendo a fidelidade da testemunha dependência do estado de suas faculdades mentais, de seu entendimento, de sua disposição moral e vontade. Malatesta (1973, p. 62) também se posiciona pela inclinação natural do homem para declarar a verdade, de feição que, antes de mentir, necessitaria lutar com o sentido moral. Este seria, em termos morais, o fundamento genérico da credibilidade do testemunho. A credibilidade genérica emanada dessa presunção da veracidade humana, vista como alicerce de toda vida social, seria robustecida, enfraquecida ou até arruinada, na prática, em face das condições peculiares ao sujeito do testemunho, ou ao seu conteúdo pessoal, ou mesmo à sua forma (MALATESTA, 1973, p. 19).

Mittermeyer (1871 como citado em PRADO, 1984, p. 4), por seu turno, aponta quatro motivos que levam à alteração das declarações: a) a duvidosa atenção dedicada pela testemunha à observação do desenrolar dos fatos; b) a influência diversa de terceiros; c) a qualidade pessoal do depoente; d) a ação do tempo sobre a sua memória.

Pelo Direito brasileiro, toda pessoa, em princípio, poderá ser testemunha (art. 202 do CPP), salvo, quanto ao processo civil, na hipótese de ser incapaz, impedida ou suspeita (art. 405 do CPC); o depoimento será prestado pela via oral (art. 204 do CPP), à exceção do caso do mudo e do surdo-mudo (art. 192 do CPP); e a testemunha incidirá no crime de falso testemunho quando fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade “em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral” (art. 342 do CP).

3 OS TEMPOS DO PROCESSO PSICOLÓGICO DO TESTEMUNHO

O processo psicológico referente ao testemunho admite a decomposição nos seguintes tempos: a) sensações; b) percepção; c) fixação, resultante da atuação da memória, da imaginação, da associação de ideias e do juízo; d) expressão oral ou escrita, oportunidade na qual o depoimento deixa o terreno da consciência da testemunha para adentrar o de outra testemunha ou o do investigador, configurando a exteriorização (LOCARD, como citado em GOMES, 1980, p. 228).

No tempo das sensações, o órgão de um dos sentidos (visão, audição, olfato, paladar e tato) recebe uma impressão de determinada intensidade e a envia ao cérebro.

bro, gerando a sensação, fruto imediato do estímulo. Cá reside o ponto original para a materialização do testemunho, isto é, a etapa da apreensão do fato e da obtenção de percepções sensoriais, traduzindo dados sensoriais primários. Esses dados, transmitidos com força suficiente para atrair a atenção, entram no domínio da consciência e são então identificados e reconhecidos, ocasionando o segundo tempo: a percepção. É o efeito da sensação do momento, a qual, transmutada em imagem, é gravada na memória, fazendo surgir o terceiro tempo, que é a fixação. Por derradeiro, a imagem entalhada na memória continua retida, visando à sua evocação ou reprodução posterior no tempo final: o da exteriorização, oral ou escrita, por intermédio do depoimento.

Vidal (1921, p. 875-876), por sua vez, diz que o testemunho, como relato oral ou escrito, espontâneo ou provocado, de algo observado, realizado por uma testemunha, decorre de operações psíquicas complexas, a saber: a percepção, para a qual concorrem a consciência e a atenção; a memória (de fixação, conservação, reprodução); e, por fim, a imaginação, que, em razão de sua atividade mítica, é de natureza a comprometer a precisão do testemunho, sendo que a produção deste está ligada à *des conditions objectives tenant à la durée, à la complexité, à l'âge, au sexe, au niveau intellectuel, à l'émotivité du sujet, qui constituent avec d'autres autant de facteurs de suggestion de nature à troubler la sincérité du témoignage*.⁵

Mira y López (2000, p. 131), sem se afastar da mesma trilha lógica, defende que o testemunho de alguém a respeito de um dado evento depende fundamentalmente de cinco fatores:

a) do modo como *percebeu* [grifo do autor] esse acontecimento; *b)* do modo como sua memória o [...] [*conservou*]; *c)* do modo como é capaz de *evocá-lo* [grifo do autor]; *d)* do modo como *quer expressá-lo* [grifo do autor]; *e)* do modo como *pode expressá-lo* [grifo do autor]. O primeiro fator depende por sua vez de condições externas (meios) e internas (aptidões) de *observação* [grifo do autor]. O segundo, puramente neurofisiológico, encontra-se somente influenciado por condições orgânicas do funcionamento mnêmico. O terceiro, misto, isto é, psico-orgânico, é talvez o mais complexo, pois nele intervêm poderosos mecanismos psíquicos [...] (repressão ou censura). O quarto, grau de sinceridade, é puramente psíquico [...]. Finalmente, o quinto, *grau de precisão expressiva* [grifo do autor], isto é, grau de fidelidade

5 “[...] a condições objetivas atinentes à duração, à complexidade, à idade, ao sexo, ao nível intelectual, à emotividade do sujeito, que constituem, com outras, tantos fatores de sugestão de natureza a perturbar a sinceridade do testemunho” [tradução nossa].

e clareza com que o indivíduo é capaz de descrever suas impressões e representações até fazer com que as demais pessoas se sintam ou compreendam como ele, é um dos menos estudados e talvez dos mais importantes.

É fundamental não olvidarmos que é necessário que as funções intelectuais estejam em adequado estado de funcionamento e que a sensação e a percepção terão maior ou menor valor para o testemunho dependendo do órgão sensorial empregado na recepção. Assim, dentre os sentidos, é a visão o mais indicado para o testemunho, conquanto as imagens visuais jamais possam atingir o mesmo nível de reproduções fotográficas. Gorphe (1927, p. 278) salienta a relevância do testemunho visual: *le témoignage visuel est le moins imparfait de tous. C'est le témoignage type, celui qui est le plus généralement utilisé et qui a fait l'objet de la plupart des études expérimentales.*⁶

A par das sensações de cor e luminosidade, a vista, operando com os músculos oculares, igualmente fornece impressões de forma, relevo, dimensão, distância e movimento. No relativo à audição, esta oferece razoáveis subsídios sobre a direção, a distância provável e sua natureza, ao passo que o tato, o olfato e o paladar produzem percepções de reduzido valor e acuidade. Contudo, independentemente de qual seja o sentido receptor das impressões (visão, audição, olfato, paladar e tato), é indubitável, como anota Prado (1984, p. 7), que “as diversas reações sensoriais atuam distintamente no campo normal da atividade humana”, que nem todos os fatos provocam “a mesma impressão sensorial” e que a “capacidade da testemunha em fixá-los depende, dentre outros fatores, de sua idade, cultura e experiência”, bem como que, dentre os elementos pessoais do testemunho capazes de influir no grau de sinceridade de um depoimento, “costuma-se mencionar: moralidade, profissão, tipo intelectual, idade, sexo e condição social (estrato social)”.

Falando sobre cada uma das etapas do processo psicológico concernente ao testemunho, é possível e até mesmo frequente a ocorrência de uma ou mais deturpações, quer ocasionadas involuntariamente, por erro, por exemplo, quer produzidas voluntariamente, por sentimentos como a simpatia, o amor, a gratidão, a antipatia, o ódio, a vingança, a inveja, a vaidade e a ambição e por condutas como a corrupção. Segundo Adip (1995, p. 38), nenhuma testemunha, seja culta, seja analfabeta, está isenta da interferência dos fatores circunstanciais ou das motivações pessoais. Desta maneira, tal indivíduo se conduz, *sin excepción, movido por simpatías o antipatías, intereses económicos o afectivos, y aun impulsinado por complejos que tienen origen en su infancia.*⁷

6 “[...] o testemunho visual é o menos imperfeito de todos. É o testemunho tipo, o mais geralmente utilizado e que tem sido objeto da maior parte dos estudos experimentais” [tradução nossa].

7 “[...] sem exceção, movido por simpatias ou antipatias, interesses econômicos ou afetivos, e ainda impulsinado por complexos que têm origem na sua infância” [tradução nossa].

Conseqüentemente, é preciso que, diante de um depoimento, o magistrado (em um processo judicial), o membro do Ministério Público (em um procedimento administrativo) e o Delegado de Polícia (em um inquérito policial) tenham em mente que

[...] cada indivíduo se comporta diante dos acontecimentos exteriores segundo seu modo próprio de vida, de sorte que um mesmo acontecimento pode ser percebido e recordado diversamente por várias pessoas. Além disso, é natural que quem se apresenta perante a justiça, para cumprir a delicada função de atestar a verdade, leve consigo o fardo de suas qualidades e defeitos, comportando-se de maneira correspondente a eles (PONTE, 2000, p. 26).

Comparativamente mais suscetível a erros que a sensação (GOMES, 1980, p. 228), a percepção pode ser defeituosa em decorrência de motivos subjetivos (a pouca atenção, a emoção, os fatores catatímicos: medo, cólera e amor) ou objetivos (rapidez dos fatos). Gorphe (1927, p. 336) resume, com propriedade, que *la valeur de la perception est fonction des conditions subjectives et objectives dans lesquelles elle a été opérée*.⁸ Entre as subjetivas, especifica a atenção, a emoção e a integridade cerebral. Na categoria das objetivas, inclui o tempo, o lugar e a iluminação (GORPHE, 1927, p. 336-370).

Pode a percepção assumir caráter ilusório, em que ela é deficiente, complementada pelo espírito, ou alucinatório, em que ela é imaginária, despida de objeto, proveniente do automatismo dos centros de projeção psicossensorial. Na seara testemunhal, o princípio geral da percepção é de que só vemos aquilo para que olhamos e só olhamos para aquilo que temos no espírito (LOCARD, como citado em GOMES, 1980, p. 229). A percepção direta acontece quando a pessoa entra em contato imediato com o fato passado, ao passo que a de referência se materializa quando ela não travou contato imediato com o fato alvo de seu depoimento, captando-o por conhecimento indireto, possibilitado por terceiro. Mira y López (2000, p. 133) enumera conclusões deduzidas de algumas experiências efetuadas sobre a fidelidade das percepções:

1º Para a percepção geral de uma situação estão mais capacitados os homens que as mulheres, mas estas, em troca, percebem com mais exatidão os detalhes que aqueles.

2º Os termos inicial e final de uma série de acontecimentos costumam ser percebidos melhor que os intermediários.

8 “[...] o valor da percepção é função das condições subjetivas e objetivas nas quais ela teve lugar” [tradução nossa].

3º As impressões ópticas podem ser testemunhadas, em igualdade de condições, com maior facilidade que as acústicas; com respeito às impressões procedentes dos restantes territórios sensoriais, são reproduzidas muito vagamente e, por conseguinte, é preferível recorrer sempre que se possa ao seu reconhecimento e não à sua evocação.

4º Os testemunhos referentes a dados quantitativos são em geral mais imprecisos que os qualitativos. Existe uma tendência normal a *superestimar* [grifo do autor] os números inferiores a dez e os períodos de tempo menores de um minuto. Em troca, as pausas superiores a dez minutos e os números ou espaços grandes tendem a ser *infra-estimados* [grifo do autor]. É curioso verificar que nos testemunhos referentes a fatos sucedidos mais de seis anos antes há também uma tendência a encurtar o tempo de seu acontecimento.

Ainda deve ser mencionada a distinção entre percepção e apercepção, constituindo a primeira “uma condição neutra, sem desejo, sem memória e sem compreensão” e a segunda “a percepção carregada das vivências e das valorizações individuais, assim como da herança do passado, também compreendida como procepção”, de maneira que, “quando se fala coloquialmente de percepção, na verdade, estamos tratando de apercepção, o modo especial e particular como cada um percebe a realidade”, pois ela “agrega um juízo de valor, a bagagem existencial, a experiência de cada um”, na síntese de Trindade (2011, p. 245).

Na etapa da fixação, converte-se a imagem em uma lembrança, recebendo, a cada reaparecimento no terreno da consciência, mais e mais modificações. Como registra Gomes (1980, p. 233), a imagem, cada vez que “for traduzida e expressa, sofrerá uma deformação, perdendo, pouco a pouco, a pureza primitiva que a fazia assemelhar-se ao excitante que a originara.” Não é diferente nos domínios do subconsciente: a imagem vai se esvaziando de integridade, pelo efeito do tempo sobre a memória. É patente que a capacidade pessoal de memória e a intensidade da impressão inicial, entre outros elementos, ditarão quão reduzida ou destruidora será a obra do tempo. A propósito das propriedades e deficiências da memória, recorramos uma vez mais a Gomes (1980, p. 233):

A memória é suscetível de graus – há indivíduos de boa e de má memória – como de perturbações mórbidas diversas, assim como existem pessoas que possuem memória sobretudo visual ou auditiva. As noções acessórias desaparecem antes da noção do fato. Especialmente as de tempo e de lugar. A

idéia de hora persiste mais que a idéia do dia; as horas diferem; os dias são todos parecidos. Ocasionalmente a recordação pode ser reforçada, quando a testemunha julgou o fato tão relevante que o registrou por escrito. Relendo sua narração, reavivará a recordação, embora substituindo as imagens sonoras ou visuais por imagens verbais. Temos argumentado até aqui no pressuposto de que a imagem se tenha fixado na substância cerebral. Mas isso pode não suceder. Nos atentados a dinamite, nas explosões, nas grandes catástrofes, as vítimas não guardam lembrança dos antecedentes imediatos. É assim que não terá a menor idéia da fisionomia do criminoso, nada saberá das circunstâncias em que a bomba foi colocada, como se deu o desastre etc. É o fenômeno conhecido pelo nome de *amnésia retrógrada* [grifo do autor]. A imagem ainda pode ser alterada pelo funcionamento da associação de idéias e pela imaginação criadora.

São três as fases em que a memória, como fenômeno psíquico, pode ser desdobrada: fixação, conservação e evocação. As impressões (imagens), depois da fixação na substância cerebral a partir da percepção, ficam indefinidamente preservadas em estado latente até a sua ativação (evocação), isto é, o seu envio à consciência (lembrança), pelo ressurgimento da impressão original, ocasionada por um estímulo interno ou externo. Como aspecto complementar, temos o reconhecimento, expressando a identificação da lembrança, deveras importante no procedimento regido pelos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal pátrio.

Interferem de forma decisiva no processo de memorização vários fatores, tais como a emoção, a atenção, a imaginação, a associação e a sugestão. Sua contribuição pode ser no sentido da fixação dos fatos percebidos ou da dificultação desta. Na primeira hipótese, falamos da emoção leve. Já na segunda, tratamos da emoção muito intensa. Se a emoção pode ser danosa à evocação das imagens, a imaginação, de sua parte, detém o eventual poder de alterá-la, porquanto as pessoas tendem a completar uma percepção deficiente. Por outro lado, a associação entre os fatos favorece a sua memorização.

Por derradeiro, na etapa de exteriorização, a imagem preservada na memória deságua na declaração ou depoimento. Figuram entre os principais meios de concretização do testemunho: a narração livre, na qual o depoente meramente declara o que sabe, sem sofrer interrupção; o interrogatório, no qual o indivíduo é inquirido pela autoridade e pelas partes; e o misto, uma reunião do primeiro com o segundo, possivelmente o processo mais recomendável, posto que tende a abrandar os inconvenientes dos outros dois, ou seja, o cunho incompleto e irregular da narração livre e a sugestibilidade das questões formuladas no interrogatório, e a juntar as vantagens

destes, isto é, a vivacidade, o menor grau de deformação e a falta de sugestão típicos da narração livre e a maior objetividade e abrangência do relato derivado do interrogatório. Comenta Mira y López (2000, p. 139) sobre as diferenças entre a narração livre e o interrogatório:

É evidente que o relato espontâneo – sempre partindo da existência de um propósito de sinceridade – se mostra mais vivo e mesmo mais puro (menos deformado) que o obtido por interrogatório. Mas aquele tem o defeito de ser, de um lado, incompleto e, de outro, irregular (o indivíduo não se estende *uniformemente* [grifo do autor] em sua explicação) e além do mais apresenta em múltiplas ocasiões elementos interpolados que em nada são úteis e antes servem para aumentar o tamanho dos processos e fazer com que os que os consultam se percam em detalhes sem importância. Só uma percentagem pequena de testemunhos espontâneos dizem *tudo* [grifo do autor] o que interessa e *nada mais* [grifo do autor] do que interessa. Em troca, o testemunho obtido por interrogatório representa o resultado do conflito entre o que o indivíduo sabe, de um lado, e o que as perguntas que se lhe dirigem tendem a fazê-lo saber. Toda resposta é, com efeito, uma reação mista, na qual entram não só as vivências espontâneas do interrogado, como também as representações e tendências afetivas evocadas pela pergunta a que responde. [...] Em resumo, podemos dizer que o testemunho obtido por interrogatório costuma *fornecer dados mais concretos* [grifo do autor], porém menos exatos, via de regra, que os do relato espontâneo.

Para a doutrina, o depoimento oral é melhor que o escrito, visto que este perderia nos requisitos da espontaneidade e da sinceridade do testemunho. Não por acaso, no sistema processual penal pátrio, a oralidade constitui um dos atributos do depoimento testemunhal (MIRABETE, 2003, p. 303; TOURINHO, 1999, p. 298).

Outra constatação é a de que as maiores possibilidades da incidência de distorções emergem exatamente na fase de exteriorização, existindo três ordens de alterações involuntárias: as imprecisões, as exagerações e as deformações verbais.⁹

9 Explica Gomes (1980, p. 234): “A expressão é duplamente imprecisa: 1º) – em relação ao objeto, pela perda de detalhes memoriados, em relação à representação mental, porque a testemunha não traduz com fidelidade sua recordação, só se reportando aos pontos que mais dignos de referência se lhe afigurem. A maneira por que a testemunha se exprime é freqüentemente defeituosa, pecando mais vezes por excesso do que por deficiência. Raras são as pessoas exatas.

Igualmente merece ser consignado que o depoimento da testemunha poderá exibir subsídios retirados não diretamente da percepção do fato em si, porém acrescentados de conversas anteriores com outrem a respeito do acontecido, bem como de informações veiculadas pela mídia; que o *locus* do depoimento prestado exerce influência sobre o seu conteúdo, considerando o frequente efeito significativo do auditório sobre a testemunha, de feição a perturbá-la emocionalmente em muitas ocasiões; e que o nível de agressividade empregado pelos inquiridores também pode contribuir para eventuais deformações na reprodução do fato.

Há sensíveis diferenças entre depoimentos sucessivos de uma mesma testemunha. No entender de Ponte (2000, p. 26), se, por um prisma, “o decurso de certo lapso temporal pode exercer uma ação deformante sobre a lembrança, tem-se de reconhecer, por outro, que os depoimentos imediatos são freqüentemente desordenados ou desprovidos de certa lógica”, razão pela qual opina que, após certo número de dias, o segundo depoimento, em contraste com o primeiro, possui a vantagem de oferecer maior precisão e objetividade: “nota-se que erros ou falsas interpretações são corrigidos e a narração torna-se mais orgânica, mais bem concatenada”. Gorphe (1927, p. 394-395), ao contrário, sublinha a relevância dos primeiros depoimentos e os inconvenientes dos ulteriores:

*Ainsi, l'on ne saurait apporter trop de soin à recueillir sans retard et dans les meilleures conditions de garantie les premières dépositions importantes: c'est le moule des suivantes. Ce sont celles qui devront toujours avoir le plus de poids. Les autres pourront être plus précises, plus détaillées; elles pourront encore mieux être plus inexactes. Les souvenirs résiduels se mélangent de plus en plus d'éléments étrangers, qui peuvent si fortement s'organiser dans notre mémoire que le souvenir de ce que nous avons dit parvienne à se substituer au souvenir de ce que nous avons perçu.*¹⁰

A tendência constante é suprir os pontos esquecidos por outros imaginados. Finalmente, para vestir bem suas idéias, falando ou escrevendo, seria necessário perfeito conhecimento da língua, o que entre nós está longe de ser a regra geral, bem assim discernimento necessário para empregar a palavra mais adequada. Os nomes próprios desconhecidos da testemunha não sobrevivem, assim como as noções até então desconhecidas.”

- 10 “Assim, não se poria nunca demasiado cuidado em colher sem demora e nas melhores condições de garantia os primeiros depoimentos importantes: são o molde dos seguintes. São os que deverão ter sempre mais peso. Os demais poderão ser mais precisos, mais detalhados; poderão ser também muito mais inexatos. As recordações residuais se mesclam cada vez mais com elementos estranhos, que podem se organizar tão fortemente em nossa memória que a lembrança do que dissemos chega a substituir-se à lembrança do que percebemos” [tradução nossa].

É mister concluirmos que o teor de qualquer depoimento, independentemente da sinceridade de que seja portadora a testemunha, jamais será “a reprodução exata de um fato objetivo, pois não é condicionado apenas pelos elementos dêste, senão por vários outros fatores, quer físicos ou externos, quer fisiológicos, psíquicos ou sensoriais” (HUNGRIA, [1958-59], p. 483). Afora as deformações do testemunho provocadas por causas normais, existem aquelas cuja fonte são causas anormais: perturbações de saúde mental, a embriaguez pelo álcool ou qualquer substância de efeitos análogos e o estado mental dos agonizantes, gerando, entre outros efeitos, a redução da autocrítica e do raciocínio e o aumento da imaginação.

Conquanto admissíveis, tais testemunhos devem ser examinados com cuidado, com o propósito de que o seu valor probatório seja estimado em virtude do estado psíquico e psicológico do indivíduo na oportunidade de seu depoimento.

Quer por causas de natureza normal, quer de natureza anormal, a exteriorização do testemunho inevitavelmente incluirá certa dose de criação própria por parte da testemunha.

4 CONCLUSÕES

A prova testemunhal, por ser a mais usada, muitas vezes isoladamente, para o esclarecimento de um fato, é de indisputável valor para o processo penal. Um testemunho comprometido por deturpações relevantes verificadas em qualquer das etapas de seu processo psicológico pode induzir o julgador a erro e contribuir para a prolação de um decreto, condenatório ou absolutório, injusto.

O processo psicológico respeitante ao testemunho¹¹ pode ser decomposto em vários tempos: sensações, percepção, fixação e exteriorização, correspondendo, sequencialmente, à apreensão, conservação e reprodução do fato, todos sujeitos a deformações, voluntárias ou involuntárias, da verdade. Por mais sincero que seja o depoente, o testemunho nunca será a reprodução exata de um fato objetivo, porquanto não é condicionado apenas pelos elementos deste, mas também por numerosos outros fatores, físicos ou externos, fisiológicos, psíquicos ou sensoriais. Exercem influência sobre o testemunho, entre outros condicionantes, as ilusões dos sentidos, a capacidade de memória do depoente diante da ação erosiva do tempo, os seus sentimentos pessoais por uma ou outra parte, a emoção, disposição, personalidade, temperamento, idade, sexo e estado mental da testemunha, o local do depoimento e o grau de agressividade dos inquiridores.

11 Para mais detalhes sobre o tema da prova testemunhal à luz da Psicologia do testemunho e do Direito processual penal, ver Ferro (2004, p. 38-79).

REFERÊNCIAS

- ADIP, Amado. *Prueba de testigos y falso testimonio*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos).
- FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. 3. ed. Rio de Janeiro: MEC, 1962.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *O crime de falso testemunho ou falsa perícia: atualizado conforme a Lei n. 10.268, de 28 de agosto de 2001*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FONSECA, Vicente José Malheiros da. O falso testemunho na Justiça do Trabalho e a independência do juiz. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 11, n. 60, p. 58-63, mar./abr. 1986.
- GARCIA ITURBE, Arnaldo. *Delitos contra la cosa publica y contra la administración de justicia*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1969. v. 8.
- GARÇON, Émile. *Code pénal annoté*. Paris: Sirey, 1956. t. 2.
- GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- GORPHE, François. *La critique du témoignage*. 2e ed. Paris: Dalloz, 1927.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, [1958-59]. v. 9.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá: Temis, 1973. v. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento: 1ª parte*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.
- MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. Campinas: Péritas, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Falso testemunho no processo*. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas jurídicos).
- PRADO, Luiz Regis. *Falso testemunho e falsa perícia*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.
- TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- VIDAL, Georges. *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. 6e ed. rev. et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magnol. Paris: Arthur Rousseau, Rousseau et C^{ie}, 1921. v. 2.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND ITS APPLICABILITY TO WHITE COLLAR CRIMES: LEGAL AND CASE LAW ASPECTS

Adriano Rodrigues dos Santos¹

Resumo: O Acordo de Não Persecução Penal é instrumento de enorme relevância em busca da efetividade da norma penal. Nesta seara, busca-se a verificação da aplicação dos Acordos de Não Persecução Penal nos crimes de colarinho branco, levando-se em conta aspectos normativos e jurisprudenciais, conceituando-se o referido instituto, bem como os citados crimes de colarinho branco e seus exemplos, utilizando-se uma metodologia eminentemente bibliográfica. Verificou-se a viabilidade jurídica da celebração do Acordo de Não Persecução Penal em sede de prática de crimes de colarinho branco, tais como os contra a administração pública, sem olvidar-se de que o referido acordo não constitui direito subjetivo do investigado, e sim instrumento de política criminal.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal; crimes de colarinho branco; política criminal; investigado; administração pública.

Abstract: The Criminal Non-Prosecution Agreement is an instrument of enormous relevance in the search for the effectiveness of criminal law. In this area, we seek to verify the application of the criminal non-prosecution agreements in white-collar crimes, taking into account normative and case law aspects, through the conceptualization of the aforementioned institute, as well as white-collar crimes and their examples, using an eminently bibliographic methodology. It was verified the legal feasibility of signing the Criminal Non-Prosecution Agreement in the context of white-collar crimes, such as those against public administration, without forget-

1 Servidor do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. E-mail: adrianorodrigues@mpma.mp.br.

ting that this agreement is not a subjective right of the investigated person, but an instrument of criminal policy.

Keywords: Criminal Non-Prosecution Agreement; white collar crimes; criminal policy; investigated person; public administration.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem por base os regramentos legislativos, linhas doutrinárias e decisões dos tribunais superiores acerca da aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) em crimes denominados de “colarinho branco”. A Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, que trouxe ao referido código o instituto do ANPP, de competência do Ministério Público, para crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Desta feita, a legislação processual penal não trouxe um rol de crimes passíveis de ANPP, mas optou por elencar requisitos para a aplicação ou não do referido instituto. Nesta senda, é necessário compreender se os denominados crimes de colarinho branco podem ser destinatários de tal instrumento penal, haja vista a grave repercussão que causam não só no sistema de justiça, mas em aspectos socioeconômicos. Por conseguinte, justifica-se a busca pela aplicabilidade ou não do ANPP aos delitos supra, pois, embora os delitos de colarinho branco não estejam no rol daqueles tidos como de violência ou grave ameaça, eles, ao depender de sua envergadura, podem causar severos e quiçá irreparáveis danos à sociedade em que foram perpetrados.

Isto posto, faz-se necessário compreender se o ANPP será suficiente para a reprovação e prevenção dos delitos acima. Isto posto, o presente artigo fará uma imersão, sem obviamente pretender esgotar o tema, nos regramentos normativos de índole legislativa e jurisprudencial acerca da aplicabilidade ou não do ANPP aos crimes de colarinho branco e seus respectivos corolários, sem olvidar das linhas doutrinárias que permeiam o tema.

2 CONCEITUAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal está inserido no artigo 25-A do Código Processo Penal, no capítulo referente à ação penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) [...] (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, observa-se que o referido artigo traz os requisitos basilares para a implementação do ANPP, podendo verificar de plano que as elementares são o quantum da pena e a presença ou não de grave ameaça da prática delitiva. Noutra giro, é necessário conhecer o entendimento dos tribunais superiores acerca do tema:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 143140 - SP (2021/0056932-7) DECISÃO Trata-se de recurso em habeas corpus, com pedido liminar, interposto por FABIANO ALMEIDA LOPES contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado: “HABEAS CORPUS com pedido liminar. *Suposta prática do crime de peculato*. Paciente sustenta constrangimento ilegal diante não proposição de Acordo de Não Persecução Penal por parte do Ministério Público. Sem razão. Ausência de confissão da prática delitiva. Requisito legal indispensável para a proposição do acordo, nos termos do artigo 28-A do CPP. ANP não é direito subjetivo do réu, pressupondo acordo de vontades entre este e o Ministério Público, a quem cabe propor o referido acordo. Recusa confirmada pela Procuradoria-Geral de Justiça. Constrangimento ilegal não verificado. Ordem denegada.” (e-STJ, fl. 85) Consta dos autos que o paciente responde pela suposta prática do crime tipificado no artigo 312, caput, do Código Penal. O Promotor de Justiça oficiante no feito deixou de oferecer o acordo de não persecução penal - ANP em razão da inexistência de confissão do acusado. A negativa

foi referendada pelo Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 28-A, § 14 do CPP. Irresignada, a defesa impetrou writ originário, buscando o oferecimento do benefício, cuja ordem fora denegada, conforme ementa acima transcrita. Nesta instância, o recorrente renova a tese defensiva acerca da ilegalidade do não oferecimento do acordo pelo Ministério Público. Afirma que, diante da natureza mista de norma, esta deve retroagir para beneficiar os acusados inclusive com processos em andamento. Em tese subsidiária, elenca a possibilidade de sobrestamento do feito até que a questão seja pacificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 185.913/DF. Requer, assim, o provimento do recurso para que seja determinada a “abertura de vista ao representante do MPE, atuante nos autos, em 1ª instância, para que ofereça proposta de Acordo de Não Persecução Penal ao paciente, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, uma vez que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ainda, subsidiariamente, requer a impetração, a concessão da ordem para fins de determinar o sobrestamento do feito na origem, até a deliberação do tema pelo pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos do Habeas Corpus nº 185.913/DF.” (e-STJ, fl. 102). Liminar indeferida. Informações [...] (BRASIL, 2021b, grifo nosso).

Verifica-se, no excerto do julgado acima, de lavra do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de aplicação do ANPP ao crime de peculato, um dos delitos que compõem os denominados “crimes do colarinho branco”, desde que atendidos os demais requisitos previstos na legislação penal. Os referidos requisitos serão examinados de maneira mais acurada mais abaixo.

Por fim, mostra-se necessário trazer base doutrinária sobre o tema proposto. Nesse sentido, vejamos a conceituação do instituto da ANPP pelo jurista Rogério Sanches Cunha:

Compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado (CUNHA, 2020, p. 117).

Observa-se, com supedâneo nas lições acima, que o ANPP se traduz numa convenção obrigacional patrocinada pelo órgão acusador, qual seja o titular da ação penal e chancelada pelo Poder Judiciário, onde o investigado assume certos compromissos e em caso de cumpri-los estará livre das sanções elementares previstas para o delito que foi objeto do respectivo acordo.

3 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Sabe-se que o direito, como ciência social, acompanha as evoluções pelas quais passa a sociedade em que está inserido, e não poderia ser diferente com o direito penal, que migrou de um caráter eminentemente punitivista para um viés pedagógico e reparador, valendo-se, para tanto, de alguns institutos, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo e, por fim, o ANPP. Os referidos instrumentos traduzem essa nova roupagem do direito penal moderno, imbuído de dar uma resposta à sociedade de que aquela norma eventualmente transgredida e, por conseguinte, o dano causado serão objeto de reparação.

Nesse sentido, o ANPP, o mais novel desses institutos, pode ser brevemente conceituado como:

[...] ajuste, em procedimento que apure crime de média gravidade, isto é, com pena mínima inferior a quatro anos, entre o Membro do Ministério Público e o investigado, no qual sejam pactuadas condições (e não penas), com a obrigatoria homologação do acordo pelo juiz das garantias (MESSIAS, 2020, p. 20).

Do conceito exposto alhures, pode-se tecer algumas considerações acerca do ANPP. Trata-se de ajuste celebrado entre o investigado (não há que se falar em réu) e o titular da ação penal, com a atuação, obviamente da defesa técnica, com vistas à garantia dos direitos daquele. Celebrado o referido pacto, este é submetido à homologação pelo Poder Judiciário, que estará restrito a analisar se o eventual acordo respeitou as normas processuais vigentes, ou seja, cuidará da higidez processual.

Desta feita, pactuado o acordo, não se proporá a denúncia que eventualmente seria cabível e, havendo o cumprimento integral das cláusulas, ocorrerá a extinção da punibilidade. De outro modo, não ocorrendo o adimplemento do acordo, incumbe ao Ministério Público requerer perante o juiz a respectiva rescisão do ANPP, cabendo, posteriormente a proposição de denúncia.

Assim, verifica-se que o ANPP é ajuste entre partes. Veja-se o excerto da redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal:

[...] I - *reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo*; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

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 juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 1º *Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º *O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 3º *O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência *na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 5º *Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência) (BRASIL, 2019, grifo nosso)

Assim, o ANPP afigura-se como negócio jurídico pré-processual, do qual participam Ministério Público, investigado e defensor, em que o *parquet* ofertará condições (aqui não se pode falar em pena, visto que esta pressupõe processo, o que não é o caso), que entende suficientes à reprimenda objeto da conduta. Em ato contínuo, o investigado, munido da orientação técnica do seu defensor, poderá aceitar as condições esposadas. Caso haja o aceite, o acordo será formalizado, levado ao juízo competente, que verificará a legalidade e a voluntariedade da avença.

Necessário ainda dizer que o legislador tratou de trazer situações em que de plano não será possível a celebração de ANPP, tais como delitos praticados contra a mulher (violência doméstica ou em razão da condição do sexo feminino), ser o investigado reincidente ou houver indícios que sejam indicativos de conduta criminal habitual ou ainda ele ter sido beneficiado com transação penal, suspensão condicional do processo ou o próprio ANPP, não se podendo esquecer de que não será cabível o ANPP em crimes que possam ser objetos de transação penal nos juizados especiais criminais.

4 DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Dentre as várias classificações de crimes existentes, há os chamados crimes de colarinho branco, que seriam aqueles perpetrados por indivíduos que desfrutam de grande condição econômica ou poderio social e usufruem desse predicado para a prática de delitos que, via de regra, repercutem no erário (MASSON, 2020). Neste rol estão inseridos diversos ilícitos, tais como: crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro, contra a ordem econômica e contra administração pública.

Nesta tipologia criminal surge o que a doutrina denomina de “cifras douradas do direito penal”, que representam os delitos que passam à margem da atuação vigorosa do Estado, haja vista muitas vezes os detratores valerem-se da própria estrutura estatal para a prática delitiva, o que torna a apuração e conseqüente punição uma atividade ainda mais hercúlea, uma vez que aqueles se utilizam dos recursos que dispõem para se furtarem da aplicação da lei, por vezes, obstaculizando a investigação criminal.

Assim, o ANPP pode representar uma mudança de rumo da situação explicitada alhures, isto porque o fechamento do acordo (e seu conseqüente cumprimento) traz diversos efeitos positivos, mostra para o investigado que a norma penal possui a devida proteção e conseqüente punição, para sociedade que aquele crime não restou impune e que seu dano foi reparado (na maioria das vezes), e para o Estado representa economia de recursos material e humano, tendo em vista que não será necessário percorrer toda uma instrução probatória que em grande parte é dispendiosa e ainda corre o risco de não se atingir o efeito desejado.

5 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

No que concerne aos aspectos legais, veja-se a redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal:

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

do pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência) [...] (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Observa-se da redação legislativa acima que não houve definição específica do rol de crimes passíveis de ANPP, optando-se por estabelecer requisitos genéricos para a celebração ou não do acordo. Partindo-se desse pressuposto, a legislação não traz óbice a que crimes de colarinho branco possam ser objeto de ANPP. Para ilustrar o exposto, temos o delito de peculato simples, exposto no artigo 312 do Código Penal:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, *de dois* a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Do comando normativo acima, observa-se que o crime de peculato atende ao requisito de pena mínima inferior a dois anos e ser praticado sem violência ou grave ameaça, restando no caso concreto verificar se o investigado satisfaz os demais ditames para eventual propositura de ANPP, sendo que, como já exposto, não se constitui direito subjetivo do investigado.

No que tange aos denominados crimes de colarinho branco, uma possível dificuldade a ser enfrentada para a celebração de ANPP diz respeito à reparação do dano, visto que estes tipos de delitos causam quase em sua totalidade grande lesão ao erário, o que se pode mostrar empecilho no momento da avença entre Ministério Público e investigado. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem mitigado tal questão:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.828.103 - RS (2021/0032092-7) DECISÃO Cuida-se de agravo apresentado por ADAIR WAGNER contra a decisão que não admitiu o seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea a, da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, assim resumido: AGRAVO REGIMENTAL ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

PENAL ART 28A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PROCESSOS EM CURSO NA VIGÊNCIA DA LEI N139642019 POSSIBILIDADE. Quanto à controvérsia, pela alínea a do permissivo constitucional, alega violação do art. 28-A, I, do CPP, no que concerne à indevida recusa em oferecer acordo de não persecução penal (ANP) ao recorrente, visto que caracterizada a absoluta impossibilidade de reparar o dano, trazendo o (s) seguinte (s) argumento (s): 1. Como indicado anteriormente, o acórdão recorrido acatou as razões elencadas pelo recorrido, entendendo legítima a sua recusa em oferecer acordo de não persecução penal ao recorrente. *Segundo consta, como o delito teria atingido a poupança popular, o acordo teria que passar, necessariamente, pela reparação do dano, daí que, ante a manifestada posição do recorrente, de que não teria condições de proceder a reparação, a oferta do benefício foi recusada pelo recorrido.* 2. *Não houve, todavia, uma recusa, pura e simples, do recorrido, em reparar o dano; está ele impossibilitado de fazê-lo, considerando que teve a sua insolvência civil decretada nas Ações Declaratórias de Insolvência 069/1.14.0002427-1, 069/1.14.0002417-4, 069/1.14.0002428-0, 069/1.14.0002429-8, 069/1.14.0002524-3 e 069/1.14.0002581-2, em sentença proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Sarandi/RS que, inclusive, atingiu sua esposa Mônica Adriana Wagner. [...]* 5. A decretação da insolvência civil impede a disposição do patrimônio pelo insolvente; esta é a regra clara do art. 752, do CPC/1973, em vigor por força do art. 1.052, do CPC/2015: "declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa". 6. Não tendo como dispor de seus bens, está o recorrente impossibilitado de efetuar o ressarcimento de eventuais danos, o que não o impede de lhe ser estendido o benefício do acordo de não persecução penal, na medida em que o art. 28-A, I, do Código de Processo Penal, indica, claramente, que a reparação do dano é obrigação do beneficiado, salvo se impossibilitado de fazê-lo, ou, conforme consta do dispositivo: [...] 9. *Então, agora, querer o recorrido que o recorrente ressarcça, na integralidade, eventual prejuízo de credores específicos é querer que o recorrente pratique ato contrário à legalidade, na medida em que os credores que o recorrido pretende a reparação estão listados na recuperação judicial em igualdade de*

condições com outros, não podendo ser privilegiados apenas porque depuseram em processo penal (fls. 1.145-1.146). É, no essencial, o relatório. Decido. Na espécie, o acórdão recorrido assim decidiu: Compulsando os autos, verifica-se que, no 1º grau, o Parquet Federal foi contrário ao oferecimento da proposta de não persecução penal considerando que o art. 28-A, do CPP, prevê que o acordo é cabível desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Na espécie, constatado que o delito atingiu, como vítimas indiretas, uma coletividade de pessoas que entregaram valores como investimentos ao denunciado, atingindo, portanto, a poupança popular deveria, no mínimo, reparar os danos. Todavia, consoante relatado pelo defensor, o acusado não teria como reparar o dano, assim o Ministério Público entendeu que, sem a reparação, o ANP não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (ev. 106, TERMO-AUDI, da ação penal). Nesse contexto, tendo em conta que a iniciativa para a proposta do acordo de não persecução penal é exclusiva do Ministério Público, cabendo ao Poder Judiciário apenas homologá-lo, em audiência, fazendo o controle de legalidade, verificando a voluntariedade e a suficiência e adequação dos termos propostos pelo Parquet, ainda que por fundamentos diversos, parece-nos ser o caso de dar provimento ao agravo regimental, para que o feito tenha seu regular processamento, culminando com o exame do apelo por esta Corte (fl. 1.133, grifo nosso). Aplicável, portanto, o óbice da Súmula n. 284/STF, uma vez que as razões recursais delineadas no especial estão dissociadas do embasamento utilizado no aresto impugnado, tendo em vista que a parte recorrente não impugnou, de forma específica, os seus fundamentos, o que atrai a aplicação, por conseguinte, do referido enunciado: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". Nesse sentido, esta Corte Superior de Justiça já se manifestou na linha de que, "não atacado o fundamento do aresto recorrido, evidente deficiência nas razões do apelo nobre, o que inviabiliza a sua análise por este Sodalício, ante o óbice do Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal". (AgRg no AREsp n. 1.200.796/PE, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 24/8/2018.) Confirmam-se ainda os seguin-

tes julgados: AgInt no Resp 1.811.491/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 19/11/2019; AgInt no AREsp 1637445/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 13/8/2020; AgInt no AREsp 1647046/PR, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 27/8/2020; e AgRg nos EDcl no REsp n. 1.477.669/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 2/5/2018. Ademais, não houve o prequestionamento da tese recursal, uma vez que a questão postulada não foi examinada pela Corte de origem sob o viés pretendido pela parte recorrente. Nesse sentido: “Quanto à segunda controvérsia, o Distrito Federal alega violação do art. 91, § 1º, do CPC. Nesse quadrante, não houve prequestionamento da tese recursal, uma vez que a questão postulada não foi examinada pela Corte de origem sob o viés pretendido pela parte recorrente no sentido de que a realização de perícia por entidade pública somente ser possível quando requerida pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.” (AgInt no AREsp n. 1.582.679/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 26/05/2020.) Confirmam-se ainda os seguintes precedentes: AgInt no AREsp 1.514.978/SC, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 17/6/2020; AgInt no AREsp 965.710/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 19/9/2018; e AgRg no AREsp 1.217.660/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 4/5/2018. Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 12 de março de 2021. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Presidente (STJ - AREsp: 1828103 RS 2021/0032092-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 16/03/2021) (BRASIL, 2021a, grifo nosso).

Assim, no momento das tratativas para o ajuste do ANPP, obviamente, a cláusula de reparação do dano certamente figurará no instrumento de acordo, devendo-se observar as condições que o investigado dispõe de reparar a lesão causada pelo delito perpetrado. Caso ele disponha de tais condições, resta cristalino que a mácula ao erário deverá ser sanada em sua integridade, levando-se em consideração o *status* constitucional de proteção à coisa pública. De outro modo, caso o investigado não

disponha de lastro para reparar de forma total o dano e possuir as outras condições necessárias para a formalização do acordo, este poderá ser celebrado.

Desse modo, é de suma importância destacar que, mesmo o destinatário reunindo todas as condições para o acordo, isto não garante a sua celebração:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 166702 - SP (2022/0190099-2) DECISÃO [...] “AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. *As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.* 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, *estabelecendo que o Ministério Público ‘poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições’.* 3. A finalidade do ANP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento.” (HC 191124 AgR, Relator (a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021, grifou-se) *Em arremate, cuidando-se de faculdade do Parquet, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal.* A corroborar: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

IMPOSSIBILIDADE. 1. Consta que o recorrente está sendo processado pela prática dos crimes previstos nos artigos 216 e 223, caput, na forma do artigo 79, do Código Penal Militar. Os fatos foram supostamente praticados em março de 2020, sendo que a denúncia foi recebida em 26/11/2020. 2. ‘Esta Corte Superior sedimentou a compreensão de que a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, é restrita aos processos em curso até o recebimento da denúncia, o que não se enquadra na hipótese em apreço’. (AgRg no AREsp 1909408/SC, Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 13/10/2021). 3. ‘Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal’ (HC n. 194.677/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 13/8/2021). 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no RHC 148.704/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 16/11/2021, grifou-se). Nesse contexto, devidamente fundamentado o não oferecimento do acordo de não persecução penal, em razão do não preenchimento de todos os requisitos legais e tendo o Ministério Público entendido que o acordo não era suficiente para a reprovação e prevenção do crime, não se observa nenhuma flagrante ilegalidade a ser sanada, de ofício, nessa via. Ante o exposto, nego provimento ao recurso em habeas corpus. P. e I. Brasília, 01 de agosto de 2022. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) Relator (STJ - RHC: 166702 SP 2022/0190099-2, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Publicação: DJ 05/08/2022) (BRASIL, 2022, grifo nosso).

Do julgado acima, considera-se que o ANPP está inserido no rol dos instrumentos de política criminal ao dispor do Estado. Nesse sentido, embora o artigo 28-A do Código de Processo Penal traga em seu bojo os requisitos do ANPP, não quer dizer que sendo o investigado detentor de todas estas condições estará o Ministério Público vinculado a celebrar o referido acordo, não constituindo, portanto, direito subjetivo do investigado e tampouco discricionariedade do *parquet*, que, ao

negar a propositura do acordo, deverá fazê-lo de forma fundamentada, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se nesta questão, atendo-se ao controle de legalidade do oferecimento ou não da avença.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, no momento em que produz uma norma, busca a sua efetividade dentro do território em que domina e a consequente pacificação social. Neste bojo, o direito penal, a *ultima ratio*, atua como opção fmda para os problemas cujos liames os demais estratos jurídicos não são capazes de alcançar. Deste modo, até um certo tempo, o principal instrumento ao dispor da norma penal era a prisão, que pode até se mostrar como instrumento efetivo frente ao transgressor da lei, mas em seu sentido repressor.

Neste sentido, consagrou-se uma necessária evolução para o direito penal, que hodiernamente volta suas atenções não só ao caráter sancionador, mas reparador e de economia processual. Nesta seara, o Acordo de Não Persecução Penal, e sua aplicação aos crimes de colarinho branco, conforme trabalhado neste artigo, revelou-se de importante envergadura como método de política criminal, trazendo diversos benefícios, como a celeridade na reparação do dano causado, a economia de recursos estatais, e sem olvidar do caráter sancionador frente ao investigado.

Resta dizer que o direito penal brasileiro, embora muito tenha avançado, ainda necessita percorrer muitos passos rumando ao objetivo, não principal, mas corolário para uma saudável convivência em sociedade, a ressocialização. Nosso sistema de justiça ainda é falho em momentos importantes da persecução penal, desde a apuração delitiva, passando pela condenação até se chegar na execução da pena.

No tocante à apuração dos delitos e à eventual condenação, ainda existe um gigantesco desequilíbrio entre aqueles portadores de parques recurso (os chamados colarinhos azuis) e os detentores de grande poderio econômico e social (os denominados colarinhos brancos); enquanto aqueles não dispõem do mínimo de estrutura para o acompanhamento das apurações, estes não só desfrutam desta estrutura como manejam instrumentos para postergar ao máximo o andamento da marcha processual, culminando muitas vezes em prescrição delitiva.

Por fim, no momento da execução da pena imposta, o citado desequilíbrio permanece, onde o “marginalizado” cumpre sua pena sem qualquer individualização e tampouco perspectiva de trabalho ao terminar sua condenação, enquanto o “criminaloso de elite” muitas vezes cumpre sua “pena” de forma domiciliar e desfrutando dos recursos, em grande parte, obtidos de maneira ilícita.

Sendo assim, o ANPP é sim um importante instrumento de reparação criminal, mormente nos delitos de grande repercussão financeira, mas ainda não suficien-

te, o que não significa dizer que em dado momento de evolução social não se atingirá tais objetivos, afinal, o direito penal é parte da ciência jurídica, que consequentemente está em constante movimento e atenta às necessidades sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial – ARESP: 1828103 RS 2021/0032092-7*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 12 de março de 2021a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1199813983/agravo-em-recurso-especial-aresp-1828103-rs-2021-0032092-7/decisao-monocratica-1199813993>. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC: 143140 SP 2021/0056932-7*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 28 de abril de 2021b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1201173390/recurso-em-habeas-corpus-rhc-143140-sp-2021-0056932-7/decisao-monocratica-1201173401>. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC: 166702 SP 2022/01900-2*. Relator: Ministro Jesuíno Rissato. Brasília, 1º de agosto de 2022. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1608901146/recurso-em-habeas-corpus-rhc-166702-sp-2022-0190099-2/decisao-monocratica-1608901155>. Acesso em: 7 ago. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. v. 1.

MESSIAS, Mauro. *Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

O CONTROLE SOCIAL DA CORRUPÇÃO NO BRASIL E O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE FORTELECIMENTO DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL ANTICORRUPÇÃO

THE SOCIAL CONTROL OF CORRUPTION IN BRAZIL AND THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE AS A STRENGTHENING AGENT OF ANTI-CORRUPTION SOCIAL MOBILIZATION

Alessandro Brandão Marques¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo defender o papel da sociedade como elemento fundamental no controle da corrupção, elencando vasto rol de instrumentos formais de controle social da corrupção, a partir da Constituição Federal de 1988. Apresentaram-se teorias que indicam fatores que exercem influência no interesse das pessoas em grupo, objetivando entender como funciona o processo de mobilização social em torno da causa anticorrupção. Apresentou-se o Ministério Público como agente qualificado para o fortalecimento do controle social da corrupção, a partir de suas vedações e garantias constitucionais de independência funcional e autonomia frente aos Poderes do Estado.

Palavras-chave: controle social da corrupção; mobilização social; Ministério Público.

Abstract: The present work aims to defend the role of society as a fundamental element in the control of corruption, listing a wide range of formal instruments of social control of corruption, with reference to the Federal Constitution of 1988.

¹ Promotor de Justiça no MPMA, titular da 2ª Promotoria Criminal de Timon-MA. Coordenador do CAO Criminal. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Finalista do Prêmio CNMP 2015, na categoria Diminuição da Criminalidade e 2º colocado no Prêmio CNMP 2019, na categoria Comunicação e Relacionamento. E-mail: brandao@mpma.br.

Theories were presented that indicate factors which influence the interest of people in a group, aiming to understand how social mobilization related to the anti-corruption cause works. The Public Prosecutor's Office was presented as a qualified agent for the strengthening of the social control of corruption, based on its prohibitions and constitutional guarantees of functional independence and autonomy before the State Powers.

Keywords: social control of corruption; social mobilization; Public Prosecutor's Office.

1 INTRODUÇÃO

Etimologicamente, a palavra corrupção vem do latim *rumpere*, que deu origem ao vocábulo *corruptere* e significa decompor ou deteriorar algo. Trata-se de um conceito complexo, com significações variadas e que tenta reunir em si inúmeras condutas que, em essência, buscam corromper, isto é, tirar do estado de retidão, alguém, com o objetivo de auferir vantagens ilícitas para si ou para outrem.

A Organização das Nações Unidas – ONU estima que, anualmente, valores que equivalem a 5% do Produto Interno Bruto – PIB mundial são consumidos pela corrupção². Trazendo essa realidade para o Brasil, que fechou 2021 com PIB de R\$ 8,7 trilhões³, é possível estimar que R\$ 435 bilhões são desviados pela corrupção. Portanto, é intuitivo que a corrupção, notadamente no setor público, traz sérios prejuízos a direitos fundamentais, como saúde pública, moradia, emprego, educação e segurança pública, bem como corrói as bases de sustentação da Democracia e do Estado de Direito.

No Brasil, os registros de seu enfrentamento já são vastos. A Constituição Federal de 1988 – CF/88, dentre outros regramentos correlatos, trouxe como um dos objetivos fundamentais da República a ideia de uma sociedade justa (art. 3º, I), além de exigir a moralidade na Administração Pública (art. 37, *caput*). Ainda

2 Disponível em: <https://exame.com/brasil/onu-estima-que-r107-tri-5-do-pib-mundial-sejam-roubados-com-corrupcao/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

3 Disponível em: [https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestaopublica/2022/03/pib-cresce-4-6-em-2021-e-supera-perda-provocada-em-2020-pelos-efeitos-da-covid-19#:~:text=Economia-,PIB%20cresce%204%2C6%25%20em%202021%20e%20supera%20perda%20provocada,pelos%20efeitos%20da%20Covid%2D19&text=O%20Produto%20Interno%20Bruto%20\(PIB,R%24%208%2C7%20trilh%3%B5es](https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestaopublica/2022/03/pib-cresce-4-6-em-2021-e-supera-perda-provocada-em-2020-pelos-efeitos-da-covid-19#:~:text=Economia-,PIB%20cresce%204%2C6%25%20em%202021%20e%20supera%20perda%20provocada,pelos%20efeitos%20da%20Covid%2D19&text=O%20Produto%20Interno%20Bruto%20(PIB,R%24%208%2C7%20trilh%3%B5es.). Acesso em: 15 jun. 2022.

na seara legislativa, é possível, além das figuras típicas descritas no Código Penal e legislação penal extravagante, citar as leis de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e o chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Todavia, o Brasil continua mal no Índice de Percepção da Corrupção (IPC), divulgado anualmente pela Transparência Internacional⁴. Pelo IPC de 2021, divulgado em 25/01/2022, o Brasil caiu duas posições em relação ao ano anterior, passando a ocupar a 96ª posição em ranking de 180 países, recebendo 38 pontos de 100 possíveis⁵.

Este artigo abordará o papel da sociedade civil como elemento importante para a luta contra a corrupção, partindo-se do pressuposto de que, sozinha, a dogmática jurídica, entendida como a legislação e as instituições, não é capaz de acompanhar a contento os fenômenos ligados à corrupção. Por outro lado, serão discutidos fenômenos sociais que dificultam o estímulo da sociedade na direção da mobilização estável e permanente anticorrupção. Quanto ao método, seguirá a lógica dedutiva e, no que diz respeito à coleta de dados, será adotada a revisão bibliográfica em fontes do Direito e da Sociologia.

Os objetivos do trabalho apresentam-se na estrutura dos seguintes tópicos do artigo: indicação de instrumentos formais postos à disposição da sociedade para o controle da corrupção, a partir da Constituição Federal de 1988; estudo sobre alguns fenômenos sociais que interferem na mobilização da sociedade, embaraçando a formação de um tecido social estável e combativo; apresentação do Ministério Público como Instituição vocacionada e com meios para enfrentar esses fenômenos sociais que enfraquecem o engajamento social; considerações finais.

2 FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS FORMAIS PARA O CONTROLE SOCIAL DA CORRUPÇÃO

De largada, calha registrar os ensinamentos do Dr. Nicolás Roríguez García⁶, para quem a corrupção não deve ser encarada como um problema apenas de tipificação de condutas. O fenômeno da corrupção é mais corretamente entendido como sendo um problema sistemático e capilar, a exigir ações interdisciplinares e contínu-

4 Importante ONG internacional de combate à corrupção e que desde 2015 desenvolve o IPC, através de uma pesquisa metodologicamente apurada sobre a sensação de corrupção.

5 Disponível em <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>. Acesso em: 8 jun. 2022.

6 Professor Titular da Universidad de Salamanca, Espanha.

as. É preciso, pois, nas palavras do Professor espanhol, “crear una cultura global de rechazo a la corrupción”.⁷

Firme nessa linha de aproximação, é correto dizer que a sociedade tem seu papel fundamental nessa cultura de rechaço à corrupção. Não por outro motivo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁸ estabelece que cada Estado-parte fortaleça a participação da sociedade na luta anticorrupção, mediante o compromisso de garantir transparência e acesso à informação, bem como a promoção de programas de educação pública que estimule a intransigência à corrupção, além de adotar medidas para que a sociedade conheça os órgãos responsáveis pelo combate à corrupção e tenha acesso a esses órgãos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 – CF/88, logo no seu art. 1º, parágrafo único, trouxe o princípio republicano, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos previstos na Lei Ápice. Em verdade, esse princípio basilar da República impõe que os representantes do povo prestem contas de seus atos, mantendo proximidade com a população e, com isso, tornando possível o acompanhamento do desempenho na gestão da *res publica*. Garante, em última análise, fiscalização e controle dos atos praticados pelos gestores públicos. Desse controle, portanto, decorre o direito ao questionamento e de buscar a responsabilização (por ato ou omissão) dos agentes públicos, diversamente do que ocorre em outras formas de governo, como a monarquia absolutista, onde vigora a irresponsabilidade baseada na máxima *the king can do no wrong* (SIRAQUE, 2009).

O princípio constitucional da fraternidade⁹ também serve de fundamento para a mobilização da sociedade contra a corrupção, na medida em que o valor “fraternidade”, que fortemente se identifica com a solidariedade, legitima a construção dessa demanda da coletividade – de todos e de cada um – contra a corrupção. Nessa linha de raciocínio, extrai-se de Levinas (2008), citado por Fonseca (2019), “um conceito de fraternidade próximo à não-indiferença universal para com o outro” ou, em Eland (2016), igualmente citado por Fonseca (2019), “um quadro social da responsabilidade pluralista entre os indivíduos dentro de uma comunidade”.

Aqui, portanto, tem-se a relação entre o princípio da fraternidade e o fomento da cultura social de rechaço à corrupção, haja vista que, da fraternidade, floresce a reunião e o debate popular a partir de um compromisso com os direitos dos outros,

7 Aula inaugural do Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção, da ESMP/MA-UFMA, em 2. set. 2021.

8 Ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.687, de 31/01/2006.

9 O princípio da fraternidade está materializado na CF/88, dentre os objetivos fundamentais da República (art. 3º, I) e em seu preâmbulo, ao mencionar “os valores supremos de uma sociedade fraterna”.

o que favorece a construção de reivindicações autenticamente éticas e coletivas, como é o combate à corrupção, que afeta decisivamente a educação, saúde, segurança alimentar, moradia, e tantos outros direitos fundamentais.

Quanto aos instrumentos formais de controle social da corrupção no setor público, sua base de sustentação está nos instrumentos legais de controle da Administração Pública e ganhou notoriedade no Brasil com a CF/88 (SIMÕES, 2019).

De fato, para proporcionar esse controle social, a CF/88 trouxe diversas garantias, assegurando: acesso à informação administrativa (art. 5º, XIV e XXXIII); o direito de petição e de obtenção de certidão em repartições públicas (art. 5º, XXXIV); *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou estiver ameaçado de sofrer ilegalidade ou abuso contra liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII); mandado de segurança individual e coletivo contra ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade pública (art. 5º, LXIX e LXX); ação popular, sendo qualquer cidadão parte legítima para sua propositura, visando anular ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII); a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); a soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, I, II, III); a cooperação no planejamento municipal (art. 29, XII); o acesso com direito ao questionamento às contas municipais (art. 31, § 3º); a participação dos usuários de serviços públicos na administração pública direta e indireta, relativa às reclamações referentes à prestação do serviço público, acesso a informações e à disciplina da representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (art. 37, § 3º); a realização de audiências públicas nas Casas Legislativas para ouvir a sociedade (art. 58, § 2º, II); a legitimidade para qualquer cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º); a participação efetiva dos produtores e trabalhadores rurais no planejamento e execução da política agrícola (art. 187); a gestão quadripartite da seguridade social, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, parágrafo único, VII); e assegurando também à coletividade o poder/dever de defender e preservar o meio ambiente (art. 225).

Em cumprimento a esses comandos constitucionais, é possível citar a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que se destina a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, estabelecendo, dentre suas diretrizes, o desenvolvimento do controle social da administração pública (art. 3º, V).

Seguindo na legislação infraconstitucional, merece destaque a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/2000), segundo a qual é

obrigação do Chefe do Poder Executivo deixar suas contas disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade (art. 49). Nessa toada, a transparência na gestão fiscal deve incentivar, ainda, a participação popular, com a realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão da lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, além da plena liberação ao conhecimento da sociedade, em tempo real, de informações completas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público (art. 48, § 1º, I e II).

Igualmente, vale mencionar o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), que dispõe sobre a execução das políticas urbanas e onde se estabelece a gestão democrática por meio da participação da sociedade no desenvolvimento urbano. Dessa forma, é previsto que, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, além de assegurar a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e o seu acesso a qualquer interessado (art. 40, § 4º).

Por fim, e sem a pretensão de exaurir a matéria, merece destaque também a nova lei de licitações e contratos (Lei nº 14.113/2021), que prevê o dever de publicidade e transparência nos contratos e licitações realizados pela administração pública (art. 5º); a possibilidade da Administração convocar audiência pública ou consulta pública sobre licitações que pretenda fazer (art. 21); divulgação de todos os elementos do edital de licitação, incluindo a minuta do contrato, em sítio eletrônico oficial, sem necessidade de registro ou identidade para acesso (art. 25, § 3º); dever da administração pública de divulgar pela internet, mensalmente, a ordem cronológica dos pagamentos (art. 141, § 3º); direito a qualquer pessoa de impugnar edital de licitação ou solicitar informações, devendo ser dada resposta em até 3 (três) dias úteis (art. 164); subordinação dos contratos públicos ao controle social (art. 169); criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, sítio eletrônico oficial onde devem ser divulgados os contratos públicos e seus aditamentos, como condição de eficácia (art. 94), bem como para o funcionamento de gestão compartilhada com a sociedade, relativas a informações sobre a execução dos contratos e que possibilite, inclusive, a comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado, com o fim de prestar informações e esclarecimentos.

3 FATORES QUE INFLUENCIAM A MOBILIZAÇÃO SOCIAL CONTRA A CORRUPÇÃO

Como visto, a sociedade tem vasto rol de instrumentos para o controle da corrupção, sustentado na Lei Ápice do ordenamento jurídico brasileiro e em diversas leis infraconstitucionais. Contudo, um grande desafio é entender como funciona a mobilização social, refletindo sobre o que tem influência sobre a sociedade para que ela se mostre consciente de seu papel e, acima de tudo, permaneça motivada e unida no combate à corrupção.

Esse esforço de reflexão é de suma importância para o Ministério Público, porquanto vários são os trabalhos de combate à corrupção desenvolvidos pelo Ministério Público no Brasil e que ostentam, dentre seus eixos de atuação, a mobilização da sociedade. Foi o caso da chamada “Operação Lava Jato”, que se sustentava em quatro pilares, vale dizer, acordos de colaboração com investigados, avanços por fases, cooperação (doméstica e internacional) e a transparência, por onde advinha o apoio popular (DALLAGNOL, 2017).

Dessa maneira, serão apresentadas algumas teorias que conseguem lançar luz sobre o fenômeno da mobilização social e, por consequência, podem ajudar o Ministério Público a firmar parcerias verdadeiras com a sociedade e combater causas que provocam o seu desinteresse quanto à temática anticorrupção.

3.1 Teoria da hierarquia das necessidades humanas de Maslow

O psicólogo norte-americano Maslow (1943) desenvolveu a conhecida Teoria da Hierarquia das Necessidades Humanas, segundo a qual os indivíduos agem através de estímulos, que atuam como forças sobre eles, motivando seus comportamentos. Assim, para se realizar como ser humano, o indivíduo procura satisfazer suas necessidades em escala ascendente.

Inicialmente, a pessoa busca suprir suas necessidades fisiológica (fome, sede, repouso e os impulsos sexuais). Satisfeitas essas necessidades básicas, o ser humano passa às necessidades ligadas à segurança (moradia e emprego, por exemplo). No terceiro nível, os indivíduos perseguem as *love needs*, ou seja, aquelas que buscam o afeto e o amor, mediante convívio sadio entre seus pares. No quarto patamar, tem-se a fase da estima ou *status*, correspondente às necessidades do reconhecimento social de suas capacidades. Por fim, o último estágio corresponde às necessidades ligadas à autorrealização, quando o indivíduo somente se compraz de maneira integral mediante sua dedicação em atividades relativas à criatividade, à moralidade e à solidariedade.

Tal teoria recebeu críticas no sentido de não ser preciso os indivíduos percorrerem todas as fases anteriores para chegar a elevados níveis de satisfação. Essas discordâncias, contudo, não afastam o caráter pedagógico e esclarecedor da teoria de Maslow, pois, em última análise, procura entender que a busca da felicidade é contínua e ocorre através do maior número de necessidades satisfeitas (MENESES FILHO, 2020).

Logo, pela teoria de Maslow, o indivíduo somente se dedicaria à luta anticorrupção depois de satisfazer necessidades outras que, independentemente da ordem cronológica entre elas, certamente são antecedentes.

3.2 A lógica da ação coletiva de Olson

O economista e cientista social norte-americano Olson (1999), em sua obra *A lógica da ação coletiva*, faz, de largada, alerta sobre o fato de que comumente “Espera-se que os grupos de indivíduos com interesses comuns ajam por esses interesses tanto quanto se espera que os indivíduos isoladamente ajam por seus interesses pessoais.” Em verdade, o cientista social adverte que indivíduos reunidos em grupo não agirão para atingir os objetivos do grupo, senão quando houver algum tipo de coerção ou incentivo à parte, diferente do objetivo do grupo.

Em alguma medida, isso decorre do fato de que, embora todos os membros do grupo tenham interesse no alcance do objetivo comum, não haverá esse mesmo interesse comum no que toca a pagar os custos para o sucesso da empreitada. Tem-se aqui a relação custo/benefício.

Olson esclarece, todavia, que grupos pequenos, formados por poucos indivíduos, podem prover-se (pagar os custos) dos benefícios coletivos sem recorrer à coerção ou qualquer estímulo, além do benefício coletivo em si, como regra. Nessa configuração, cada indivíduo entenderá que seu benefício pessoal, ao obter o ganho coletivo, excederá o custo total dele prover sozinho essa mesma quantidade de benefício.

À medida que o grupo cresce, quanto maior for ele, mais difícil será manter equilibrada essa relação entre custo e benefício. Nos grupos maiores, os benefícios coletivos auferidos representarão cada vez mais um custo maior para uns e menores, ou mesmo zero, para outros. De forma mais clara e nas palavras de Olson (1999):

Essa tendência à subotimidade deve-se ao fato de que um benefício coletivo é, por definição, de natureza tal que os demais indivíduos do grupo não poderão ser impedidos de consumi-lo uma vez que qualquer membro do grupo tenha se provido dele. E, se esse membro obtiver somente um pe-

queno retorno de qualquer novo gasto que tiver para obter mais quantidades do benefício coletivo, ele irá interromper sua aquisição do benefício antes que a quantidade ótima para o grupo como um todo tenha sido obtida. Além disso, as quantidades de benefício coletivo que determinado membro do grupo receber de graça de outros membros irão reduzir seu incentivo para prover mais desse benefício às suas próprias custas.

É rigor o registro de que Olson desenvolve sua teoria mais ligada a grupos no contexto de mercado, muito embora se refira também a sindicatos, e a ação coletiva que ora se estuda refere-se à mobilização de pessoas no combate à corrupção. Contudo, entende-se que o raciocínio pragmático sobre custo/benefício, apontado pelo economista norte-americano, pode ser muito útil para entender o empenho das pessoas – em grupo – pela luta contra a corrupção.

3.3 Patronagem e clientelismo

Traçar um conceito de patronagem e clientelismo não é tarefa fácil, posto serem termos reconhecidamente imprecisos. Corporativismo, cooptação, autoritarismo, populismo, peleguismo, dentre outros, são também utilizados para se referir ao mesmo fenômeno social. Todavia, é possível apontar um cerne de análise desse fenômeno social, isto é, um núcleo duro do conceito, que se refere à extrema desigualdade de relações sociopolíticas (GAMA NETO, 2017).

Tem-se, pois, de um lado o patrono e de outro a clientela, sendo ambos mutuamente dependentes, porém, aquele em posição de superioridade e domínio sobre esta. O oferecimento de benefícios é recíproco, mesmo que marcadamente assimétricos. Aponta-se, ainda, o elemento constitutivo do sentimento de afetividade nessa relação, contudo, não tem a mesma força a depender do grau de desenvolvimento da sociedade. Quanto mais urbana e complexa for a sociedade, menos marcante será o elemento da afetividade.

Buscando uma origem histórica para a patronagem e o clientelismo, Gomes (2017) aponta para a relação ente Rei e súditos e, se referindo à história da monarquia portuguesa, conclui:

O Reino pertencia ao Rei, que dele usufruía a seu bel prazer, e por sua benemerência derramava graças aos seus súditos, que jamais seriam seus pares, e que tinham o dever de prestar-lhe inteira lealdade. Por mais que surgissem dissensões, a última palavra estava sempre com o Rei para dirimi-las e in-

dicar o caminho certo. *Mutatis mutandis*, eis o sentido absoluto do que é patronagem, ainda que ela nunca seja exercida em nenhum caráter absoluto, e sim, sempre por negociação.

Ainda nesse esforço de historicidade, Gomes associa a dominação dos indígenas como uma das raízes da patronagem no Brasil. Explica que os colonizadores portugueses tinham interesse no trabalho dos indígenas, contudo, não havia como impor o mesmo modelo de escravidão dos trabalhadores africanos. Apontou como razões para tanto as dificuldades impostas pela cultura indígena avessa ao trabalho forçado, a facilidade de fuga, bem como os compromissos cristãos assumidos pelos colonizadores, para a cristianização dos ocupantes originários das terras brasileiras, que impunham aos portugueses, por assim dizer, uma consciência pesada, que não havia em relação aos africanos.

Dessa forma, a fim de lançar luz empírica sobre o processo de constituição da patronagem no Brasil, Gomes estudou a história dos índios Tenetehara, que viveram, por volta do início do século XVII, no médio Rio Pindaré, no Maranhão. Por esse tempo, o termo “patrão” torna-se corrente no relacionamento de dependência dos Teneteharas com os fazendeiros, donos de vendas e armazéns, bem como com os compradores de peles e resinas.

Dessa relação patrão-cliente estudada, exurgiram as seguintes características, comportamentos e atividades: 1) ter um patrão com poder conferia melhor proteção e respeito ao cliente indígena; 2) a lealdade entre patrões e clientes era sólida e podia ser reforçada com o compadrio, quando o patrão se tornava padrinho de um dos filhos do cliente; 3) a relação de hierarquia entre patrão e cliente era essencial e permanente, além de proporcional à ignorância do cliente; 4) o patrão se sentia obrigado a arcar com despesas extras de seus clientes, tais como despesas médicas; 5) o patrão usualmente dava presentes aos clientes, como roupas, sapatos e utensílios domésticos usados; 6) os clientes se sentiam obrigados a atender a pedidos dos patrões para trabalhos extras, não sendo pagos por isso, salvo eventualmente por meio de “agrados”; 7) era tenso, porém, em geral aceitável se o patrão ou algum filho se engraçasse pela filha ou parenta de um cliente e a assediasse com segundas intenções.

Muito emblemático citar esse estudo empírico em indígenas do Maranhão do século XVII, porquanto se trata do Estado que ainda hoje ostenta os piores índices de desenvolvimento humano da Federação e, *mutatis mutandis*, é possível perceber a persistência de alguns dos comportamentos e atividades elencados, notadamente nos municípios mais pobres do interior do Estado.

Por outro lado, o estudo da patronagem e clientelismo mostra-se ainda válido, mesmo diante de sociedades desenvolvidas, com amplo acesso à informação e sistema eleitoral evoluído, vez que o declínio desse fenômeno é apenas quantitativo e persiste, embora de uma maneira mais sofisticada.

O fenômeno da patronagem e clientelismo, portanto, evoluiu e pode ser percebido em outras esferas, inclusive dentro do próprio poder político. Trata-se do que se chamou de clientelismo político, presente nas relações horizontais (executivo e legislativo) e verticais (governo nacional e governo regional), através das barganhas de recursos, cargos e equipamentos sociais em troca de apoios políticos (FARIAS, 2017).

Seja qual for o contexto social em que se insere, resta nítida a relação direta entre o fenômeno da patronagem e clientelismo com a corrupção. Desse fenômeno se extrai, também de forma clara, uma explicação plausível para o desinteresse da clientela em relação a assuntos de combate à corrupção, tão inserida que se encontra em contexto de submissão e, por que não dizer, de cumplicidade.

3.4 A mercantilização dos movimentos sociais e a cooptação de indivíduos

Em interessante ensaio sobre a mercantilização e cooptação dos movimentos sociais, o doutor em Sociologia e professor da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Brasília – UnB, Nilo Viana, define movimentos sociais como mobilizações de determinados grupos de pessoas, derivadas de situações sociais geradoras de insatisfação coletiva, senso de pertencimento e objetivos comuns. Ocorre que essas pessoas precisam suprir os custos de participação nos movimentos sociais. As despesas vão desde transporte, alimentação, cartazes, carros de som, chegando até as despesas com aluguel e folha de pagamento de funcionários para as sedes de movimentos mais estruturados. Assim, tanto maiores serão a visibilidade e pressão das reivindicações, quanto maiores forem os recursos financeiros disponíveis. Contudo, questiona o sociólogo, de onde vêm esses recursos e passa a desenvolver um raciocínio que classifica os movimentos sociais em escalas de mercantilização.

Na escala alta de mercantilização, a captação de recursos passa ser um objetivo da organização, a ponto de surgirem o que chamou de “profissionais da mobilização” ou “ativistas profissionais”, cujo verdadeiro e íntimo objetivo é o retorno financeiro. Outra consequência dessa escalada de mercantilização é a aproximação dos movimentos sociais com os partidos políticos, governos e setor privado. Dessa aproximação, exsurge o interesse por cargos, ascensão social e status.

Já é possível antever claramente que essa mercantilização está estreitamente ligada ao fenômeno da cooptação, enquanto processo pelo qual o aparato estatal, mas também o setor privado, consegue aliciar indivíduos através da adesão em troca de benefícios pessoais diretos ou indiretos, comumente cargos e financiamentos. Assim, quando um indivíduo constrói uma liderança em um movimento social, ele se torna atrativo para essas forças cooptadoras. Estas se valem da necessidade de financiamento da mobilização social para se aproximarem dessas lideranças e cooptá-los.

O resultado, segundo Viana (2019), é que o apontado processo de mercantilização e cooptação gera uma moderação crescente dos movimentos sociais, pois as exigências de financiamento e os compromissos assumidos com os financiadores acabam desviando algumas organizações do seu objetivo original.

Um exemplo pertinente com essa teoria pode ser o movimento dos caminhoneiros, que, em 2018, literalmente parou o País, tendo, dentre as principais reivindicações, o valor do combustível. Passados quatro anos, o valor do diesel ultrapassou o da gasolina e não se vê, nem de longe, a mesma indignação de outrora. Em verdade, é possível ver, desse mesmo movimento social, pautas diversas, ligadas a insatisfações com o Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional.

4 SOBRE O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE FORTALECIMENTO DO CONTROLE SOCIAL DA CORRUPÇÃO

As reflexões trazidas no tópico anterior deixam claro que não é tarefa simples criar um tecido social estável, combativo e avesso à corrupção. Trazer uma sociedade como a brasileira para dentro dessa “cultura global de rechazo a la corrupción”, a que se referiu o professor Nicolás García, demanda a atuação de um agente com vocação para tanto e dotado das garantias e prerrogativas necessárias para essa missão. Esse ator de fortalecimento da cultura social de rechaço à corrupção é o Ministério Público.

Isto porque, com a CF/88, o Ministério Público ganhou notável relevo, especialmente pela sua autonomia administrativa e independência funcional frente aos Poderes do Estado. Inegável, ainda, que o Ministério Público deixou de ser o ator meramente processual do passado, para exercer agora papel político (não partidário) relevante. Dentre as várias formas de exercer essa nova roupagem, cita-se o novo padrão de relacionamento, mais próximo, da Instituição com a sociedade, por exemplo, fiscalizando a administração pública (FERRAZ, 1999).

De largada, dentre as atribuições conferidas ao Ministério Público, merece destaque a fiscalização da exigência de concurso público para acesso aos cargos públicos. Isto porque, como foi discutido alhures, uma das principais formas de cooptar indivíduos, enfraquecendo seu interesse pela luta contra a corrupção, é justamente com o oferecimento de cargos na Administração Pública, sem concurso público.

A finalidade do concurso, portanto, é assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, evitando-se favorecimentos ou discriminações, além de permitir à administração selecionar os melhores. Fere, pois, os princípios da impessoalidade, igualdade, publicidade, probidade, legalidade e moralidade que a adminis-

tração escolha quem quer contratar, sem concurso, e discrimine aqueles a quem não quer contratar. Trata-se de princípios consagrados no art. 37, *caput*, e seu inciso I, da CF/88 (MAZILLI, 2012).

A garantia do concurso público gera, ainda, a estabilidade, não inerente aos contratados sem concurso. Estes, porque podem ter seus contratos não renovados ou simplesmente rescindidos, ficam atados, presos e submissos ao gestor contratante. Trata-se, portanto, da garantia do desempenho independente da função pública (FIGUEIREDO, 2008).

Nessa mesma linha de raciocínio, cabe ao Ministério Público a fiscalização do cumprimento das exigências legais de qualificação para ocupantes de cargos em comissão. Igualmente, o combate ao nepotismo. Para todas essas situações, a atuação do Ministério Público impede o uso da máquina estatal para barganhar apoio, em prejuízo da fiscalização social anticorrupção.

Outra importante atuação do Ministério Público, fortalecedor do controle social da corrupção, refere-se ao seu trabalho em prol de eleições limpas, que espelhem a real vontade dos eleitores. Assim o é por conta do art. 127, *caput*, da CF/88, que incumbiu ao Ministério Público a defesa do regime democrático, tendo, por consequência, legitimidade para intervir em todas as etapas do processo eleitoral, desde a inscrição de eleitores e registro de candidaturas, passando pela propaganda eleitoral, até chegar à votação e diplomação dos eleitos.

Nessa atuação em defesa da democracia, o Ministério Público combate atos que configuram abuso de poder político e econômico, através de instrumentos como a ação de investigação judicial eleitoral (art. 22, da LC 64/1990), ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da CF/88) e recurso contra diplomação (art. 262, I, do Código Eleitoral), além das ações penais eleitorais. O prejuízo maior que se busca evitar reside na quebra da liberdade de voto, decorrente da submissão de eleitores aos interesses particulares de detentores dos poderes político e econômico.

Além dessas atribuições, cabe, em verdade, registrar que a Magna Carta de 1988 inseriu nos incisos II e III, do seu art. 129, largo e quase invencível rol de atribuições. Em outras palavras, do cotejo de ambos os incisos, retira-se que ao Ministério Público cabe a tutela de qualquer interesse difuso e coletivo, além do que, sendo representante qualificado da sociedade (por força das prerrogativas e vedações insertas no art. 128, incisos I e II, CF/88), cabe-lhe, outrossim, o dever de zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados aos cidadãos na Constituição (ROCHA, 1998).

Aqui está um importante pilar de sustentação do papel do Ministério Público como agente fortalecedor do controle social da corrupção. Isto porque, dentre esses direitos assegurados aos cidadãos na CF/88 e que cabe ao Ministério Público

zelar, é possível citar o direito de acesso à informação administrativa, nos termos da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011); a cooperação e fiscalização no planejamento municipal, conforme explicitado no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001); acesso com direito ao questionamento às contas municipais e participação em audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão da lei orçamentárias, consoante regulamentado na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000); bem como o controle social das licitações e contratos públicos, nos termos como previsto na nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.113/2021).

A atuação fiscalizatória do Ministério Público quanto ao respeito a todas essas ferramentas colocadas à disposição do controle social da Administração Pública, certamente, fortalece o interesse da sociedade na temática anticorrupção, na medida em que abre os caminhos e permite que a sociedade faça uso desses instrumentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho almejou apresentar o papel da sociedade como elemento fundamental de uma cultura global de rechaço à corrupção. Entendeu-se, como premissa, que a dogmática jurídica – vista como a legislação e as instituições –, sozinha, não consegue acompanhar por completo o fenômeno da corrupção.

Nessa linha de raciocínio, apresentou os fundamentos que legitimam o controle social da corrupção, partindo-se do que está previsto em tratado internacional de que o Brasil é signatário e, internamente, elencou garantias previstas na CF/88 e suas regulamentações em legislação infraconstitucional, todas criando extenso rol de instrumentos formais para o controle social da corrupção.

A partir desse momento, objetivou lançar um olhar menos jurídico e mais sociológico sobre a mobilização social. Buscou entender como funciona o interesse dos indivíduos para, em grupo, lutar por uma causa coletiva. Assim, apresentou a teoria da hierarquia das necessidades humanas de A. H. Maslow; a teoria da ação coletiva de M. Olson; os fenômenos sociais da patronagem e clientelismo; e a teoria da mercantilização dos movimentos sociais e cooptação dos indivíduos.

Do estudo feito para o desenvolvimento deste trabalho, restou evidente que não é tarefa simples contar com um tecido social combativo, estável e permanente contra a corrupção.

Existem fatores de ordem comportamentais, como os apontados por Maslow, que exercem influência no interesse das pessoas por causas coletivas. Igualmente válido é o raciocínio pragmático de Olson, apontando na relação custo/benefício fator a ser considerado na ação coletiva de pessoas.

Para esses vetores comportamentais apontados por Maslow e Olson, que exercem influência no interesse das pessoas em grupo, ao Ministério Público cabe desenvolver trabalhos de conscientização, levando informações que busquem despertar no comportamento da sociedade o interesse pela causa coletiva anticorrupção, a partir da compreensão de que muitos dos interesses individuais, como lazer, estudo, felicidade, moradia e alimentação são obstaculizados pela corrupção.

Destaca-se a campanha “O que você tem a ver com a corrupção?”, inicialmente desenvolvida pelo Ministério Público de Santa Catarina, em 2004, e que hoje é nacionalmente conduzida pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e da União (CNPGE) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

O presente trabalho apontou, ainda, algumas atribuições do Ministério Público que combatem alguns pilares de sustentação da patronagem e clientelismo, bem como da mercantilização dos movimentos sociais e cooptação das pessoas. Assim, a atividade fiscalizatória do Ministério Público, através da qual se pugna pelo acesso aos cargos públicos por concurso público; pela observância das exigências legais de qualificação para acesso aos cargos públicos de livre nomeação; e pela proibição do nepotismo, todas essas atribuições impedem o uso da máquina estatal para barganhar apoio, em prejuízo da fiscalização social anticorrupção. Conclui-se que tais práticas, que devem ser combatidas pelo Ministério Público, criam barreiras ao controle social da corrupção, na medida em que subjugam as pessoas e retiram delas a autonomia necessária para buscar uma sociedade menos corrupta.

Igualmente importantes para garantir o controle social da corrupção são as atribuições do Ministério Público Eleitoral - MPE na garantia de eleições limpas. Conclui-se que as atribuições do MPE combatem a submissão de eleitores aos interesses particulares de detentores dos poderes político e econômico. Buscam, em última medida, garantir que os eleitores tenham condições de utilizar uma das ferramentas mais importantes de controle social da corrupção, que é justamente impedir que candidatos versados em corrupção alcancem os cofres públicos.

Ademais, a CF/88 trouxe ao Ministério Público, em seu art. 129, II, a função de zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados aos cidadãos na Constituição. Logo, cabe ao *parquet* garantir respeito a todo o rol de instrumentos formais postos à disposição da população para o controle social da corrupção.

Dessa forma, o controle social da corrupção deve ser considerado como elemento estrutural para uma sociedade menos corrupta. Para tanto, já existe extenso rol de instrumentos postos à disposição da população para o controle da corrupção na Administração Pública. Contudo, não basta criar instrumentos formais de con-

trole, é preciso que a sociedade desperte para um interesse anticorrupção verdadeiro e permanente, fazendo, de fato, uso daqueles instrumentos de controle.

Cabe ao Ministério Público, sendo representante qualificado da sociedade (por força das prerrogativas e vedações insertas no art. 128, incisos I e II, CF/88), exercer esse papel de agente de fortalecimento do controle social, posto que reúne as condições para desobstruir os espaços de controle, permitindo e incentivando a sociedade a fazer uso dos instrumentos de controle.

Todavia, faz-se imperioso aos seus membros buscar entender como funciona a mobilização social. Para tanto, é indispensável refletir sobre quais fatores comportamentais têm influência no agir das pessoas em grupo e quais fenômenos sociais podem retirar das pessoas a autonomia necessária para lutar contra a corrupção. Somente assim o Ministério Público poderá trazer a sociedade para dentro de seu trabalho institucional e retirar dele resultados mais efetivos no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Amon. COELHO, Caio César. Padrinhos e Caciques: o lado sombrio da atividade política corporativa na captura do Estado. *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, Curitiba, v. 20, n.1, p. 15-42, jan./abr. 2021.
- DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- FARIAS, Francisco Pereira. Patronagem e clientelismo: padrões de política no Estado burguês. In: SILVA, Patrícia Catarina de Sousa e; GOMES, Mércio Pereira; GAMA NETO, Ricardo Borges; FARIAS, Francisco Pereira de. *O que são patronagem e clientelismo*. Lisboa: Escolar Editora, 2017. p. 111-144. (Caderno de Ciências Sociais).
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. As relações entre o Ministério Público, a sociedade e os Poderes constituídos. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13., 1999. *Livro de teses: o Ministério Público social*. Curitiba: Confederação Nacional do Ministério Público, 1999. p. 395-402. Tema 4, tese 10. v. 3.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- GAMA NETO, Ricardo Borges. Clientelismo e patronagem no Brasil. In: SILVA, Patrícia Catarina de Sousa e; GOMES, Mércio Pereira; GAMA NETO, Ricardo Borges; FARIAS, Francisco Pereira de. *O que são patronagem e clientelismo*. Lisboa: Escolar Editora, 2017. p. 79-110. (Caderno de Ciências Sociais).

- GOMES, Mércio Pereira. Patronagem e Clientelismo. In: SILVA, Patrícia Catarina de Sousa e; GOMES, Mércio Pereira; GAMA NETO, Ricardo Borges; FARIAS, Francisco Pereira de. *O que são patronagem e clientelismo*. Lisboa: Escolar Editora, 2017. p. 49-78. (Caderno de Ciências Sociais).
- MASLOW, Abraham Harold. A theory of human motivation. *Psychological Review*, Washington, v. 50, n. 4, p. 370-396, 1943.
- MAZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- MENESES FILHO, Francisco Fernando de Morais. *A legitimidade processual do cidadão em demandas de natureza difusa: a legitimidade subsidiária à luz de um sistema jurídico aberto*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2020.
- OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*. São Paulo: Edusp, 1999.
- ROCHA, Mauro Sérgio. O Ministério Público e a tutela dos interesses individuais homogêneos, sob a ótica do acesso à Justiça. *Revista Araucária*, Curitiba, ano I, n. 1, 1998.
- SIMÕES, Fabiana Coelho. *Instrumentos de controle social da corrupção: análise da legislação e das propostas de medidas anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VIANA, Nilo. A mercantilização dos movimentos sociais. *Revista Caderno de Campos*, Araraquara, n. 26, p. 105-129, jan./jun. 2019.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DA “NOVA POLÍTICA CRIMINAL” BRASILEIRA

CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE: THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AS AN IMPORTANT INSTRUMENT OF BRAZILIAN “NEW CRIMINAL POLICY”

*Anderson Silva Pereira*¹

Resumo: O presente trabalho pretende abordar o propósito da justiça penal consensual, trazendo a visão doutrinária, e relacioná-la com a realidade jurídica do Brasil, pontuando dados do Conselho Nacional da Justiça sobre quantitativo do acervo processual nessa esfera, e sua relação com a produtividade no período pandêmico, bem como alguns princípios norteadores da justiça penal consensual. Aborda-se o acordo de não persecução penal, instrumento inserido no ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide da Lei nº 13.964/2019, sua relação, de forma sucinta, com o Direito Comparado, bem como um breve histórico de sua implantação no Brasil, além de seus requisitos. Por fim, elenca-se a importância do instrumento do Acordo de Não Persecução Penal como forma de efetivar a justiça penal consensual no sistema processual penal brasileiro.

Palavras-chave: justiça consensual; acordo de não persecução penal; Código de Processo Penal.

Abstract: The present work intends to approach the purpose of consensual criminal justice, bringing the doctrinal vision, and to relate it to Brazilian legal reality, punctuating data from the National Council of Justice on the numbers of the procedural collection in this sphere, and their relationship with productivity in the pandemic period, as well as some guiding principles of consensual criminal justice. The criminal non-prosecution agreement, an instrument inserted in Brazilian

¹ Servidor do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. E-mail: anderson@mpma.mp.br.

legal system, under the aegis of Law no. 13964 of 2019, is discussed, as well as its relationship with comparative law in a concise way, and a brief history of its implementation in Brazil, in addition to its requirements. Finally, it is highlighted the importance of the instrument of the criminal non-prosecution agreement as a way to implement consensual criminal justice in Brazilian criminal procedural system.

Keywords: consensual justice; criminal non-prosecution agreement; Criminal Procedure Code.

1 BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A justiça penal consensual surgiu como forma de encarar a problemática celeuma de que o modelo jurídico penal aplicado não vinha, nem de longe, sendo capaz de enfrentar a criminalidade, mas, pelo contrário, vinha sendo absorto pela morosidade e ineficácia diante do burocrático sistema acusatório.

Sobre o assunto, Barros (2021, p. 11-12) discorre:

O sistema Criminal Brasileiro é lento, oneroso e arcaico. Já não atende aos anseios da sociedade moderna, que exige uma resposta rápida aos criminosos que estão cada vez mais ousados e organizados. Não é possível combater a criminalidade com leis cuja fórmula configura verdadeiro incentivo ao cometimento de novos crimes. Os acordos criminais ou a chamada justiça penal negociada implica em uma mudança de mentalidade em todos os operadores do direito (promotores, juízes, defensores públicos, e advogados) que, hoje, seguem doutrinas elaboradas no século XVIII, as quais chegaram ao Brasil com o Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos na década de 40. Uma verdade precisa ser estabelecida: todo o ordenamento jurídico mundial criou mecanismos para estimular a justiça criminal consensual, trazendo à tona uma nova política criminal, que visa evitar o uso do processo penal tradicional, optando pela utilização de institutos negociais.

Para Cabral (2022, p. 15-16), os operadores do direito na seara criminal percebem que o modelo pátrio de justiça criminal não “anda bem das pernas”, sobretudo

considerando os dados dos delitos penais constantes da cifra oculta. Não bastasse, ele alerta que padecem as Varas criminais com a morosidade, infundável número de incidentes e dificuldades burocráticas. Aponta, ainda, que uma das alternativas mais promissoras, com o fito da eficiência, eficácia e adequação, funda-se no modelo de justiça penal negocial, elegendo apenas os delitos mais graves para julgamento plenário, instrução processual e julgamento perante um juiz. Ressalvou que o ideal seria a análise de todos os casos por um juiz, mas, considerando a situação vivida pelo Brasil, de recursos escassos e números de práticas ilícitas elevados, o modelo consensual da justiça penal é uma via a ser explorada.

Observa-se que a visão da necessidade de aplicação de um modelo alternativo à persecução penal judicializada transcende as fronteiras nacionais. Por exemplo, veja-se a visão de Schüneman (2009 apud BARROS *et al*, 2022, p. 16-17), em abordagem acerca do modelo alemão da justiça criminal:

O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento.

Diante do contexto exposto, percebe-se que a forma de encarar a sistemática da justiça penal precisa de uma nova ótica, sendo esta a imperiosa necessidade de celebração de acordos. Sobre esse ponto, Cabral (2022, p. 17) dialoga que:

De tal maneira, é possível concluir que a realização de acordos penais no Brasil – apesar de não ser a única e suficiente alternativa para a resolução dos graves problemas de nosso sistema – afigura-se como uma medida imprescindível e urgente para deflagrar um sério processo de aprimoramento e reforma do modo com que é realizada a nossa persecução penal.

O ilustre doutrinador de processo penal, Tourinho Filho (2015 apud BARROS, 2021, p. 31), mostrando-se favorável à celebração de acordos na esfera penal, sobretudo considerando a dignidade da pessoa humana, pontua dizendo:

Por outro lado, considerando a impossibilidade de o Estado construir estabelecimentos penais que propiciem um mínimo de dignidade aos presos, considerando que o Poder Público deve preocupar-se com a grande criminalidade que vem causando inquietação à sociedade, considerando que a pena de multa normalmente imposta nas transações penais é diminuta e, se não for paga, o Estado não tem interesse em acionar sua máquina administrativa para executá-la, uma vez que as despesas para a cobrança são maiores que a soma a ser recebida, melhor seria que nessa reforma processual penal que se anuncia ficasse estabelecido que, nas infrações cuja pena máxima não ultrapassar 2 anos, a composição dos danos ou a simples conciliação entre vítima e autor do fato constitua causa impeditiva da ação penal. Na Alemanha, o § 380 da StPO dispõe que nos crimes de ação penal privada (violação de domicílio, injúrias, calúnias, violação de correspondência, lesões simples culposas ou dolosas), a reconciliação entre as partes constitui obstáculo à ação privada (Karl Heinz Gossel, *El derecho processual penal em el estado de derecho*, Buenos aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, t. 1, p. 280), num genuíno processo penal de partes. Aliás, o art. 2º do Código de Processo Penal peruano confere ao Ministério Público o poder de abster-se de promover a ação penal nas infrações cuja pena máxima não supere 2 anos, e desde que não seja afetado gravemente o interesse público, se houver acordo entre o autor do fato e ofendido.

A doutrina, pelos mais diversos doutrinadores, sinaliza que a saída para a morosidade do processo penal é encarar a justiça penal consensual como algo a ser ampliado e sedimentado. Alguns até dialogam que, na verdade, só os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da justiça negociada. Veja-se como entendem Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Júnior:

Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais (ROSA; LOPES JÚNIOR 2017 apud CABRAL, 2022, p. 17).

Aliado à visão doutrinária, percebe-se ainda que os números do Judiciário brasileiro sinalizam claramente que é inviável a permanência do modelo criminal única e exclusivamente no formato acusatório atual. O próprio Conselho Nacional da Justiça publica relatórios anuais sobre avaliação do sistema de justiça pátrio. No *Relatório Justiça em Números* (BRASIL, 2021), observou-se que em 2020 o quantitativo de processos novos criminais diminuiu em relação ao ano de 2019, todavia se identificou um aumento no acervo de 12,2%, atingindo o terceiro maior quantitativo de processos criminais em tramitação de toda a série histórica. Os casos pendentes equivalem a 3,1 vezes a quantidade de processos baixados no mesmo ano.

Neste relatório, positivamente verificou-se que, no ano de 2020, ingressaram no Poder Judiciário 1,9 milhão de casos novos criminais, excluídas as execuções penais, e, que, mesmo diante do contexto pandêmico da Covid-19, o número de processos baixados criminais continuou sendo superior ao número de novos casos criminais, representando a capacidade da Justiça em atuar com um superávit positivo de resolutividade no ano.

Com base nesses dados, percebe-se que, mesmo com toda otimização na efetividade dos trabalhos judiciais, não tem sido possível em um contexto global diminuir o acervo processual na esfera criminal, que só vem aumentando ano após ano.

1.1 Princípios norteadores da justiça penal consensual

Conhecendo a realidade da seara penal, com um acervo cada dia maior, com recursos humanos e materiais escassos, e, então, buscando-se uma via alternativa pela celebração de acordos a fim de dar vazão à demanda reprimida, reflete-se sobre quais são os princípios que nortearam essa via alternativa.

Dentre esses princípios, destacam-se alguns, como o princípio da eficiência na persecução penal; o princípio da efetividade na persecução penal; o princípio da minimização dos danos causados à vítima; o princípio da voluntariedade objetiva; o princípio da informação integral; o princípio dos indícios criminais veementes; o princípio da correlação entre fatos narrados e a condição equiparada acordada; o princípio da persecução adversarial; o princípio da tutela da expectativa consensual legítima; o princípio da discricionariedade persecutória regrada; o princípio da divisibilidade na ação penal pública; o princípio da informalidade; princípio da instrumentalidade das formas consensuais; e o princípio da bilateralidade dos atos consensuais.

Neste trabalho, o qual não visa exaurir a temática, abordarei apenas dois destes princípios, os quais trarei para o cenário, após reflexão acerca de trecho do discurso do eminente jurista Ruy Barbosa aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escripto das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão commum vae tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente (BARBOSA, 1921).

Uma reflexão de que justiça atrasada não é justiça nos faz inexoravelmente pensarmos sobre os princípios da eficiência na persecução penal e o princípio da efetividade na persecução penal, os quais encontram-se lastreados sobretudo no princípio de eficiência expresso na Carta Magna, em seu art. 37. Aquele primeiro nos mostra que a justiça penal no modelo acusatório não contempla mais, diante da realidade atual, os anseios da sociedade por justiça. Neste sentido, nos ensina a doutrinadora Grinover (2005 apud BARROS, 2021, p. 58):

Constitui resposta realista do legislador (e, em nosso sistema, do constituinte) à ideia de que o Estado moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de toda atenção.

A reflexão no mundo jurídico de que o Estado não cumprirá sua função de prestação jurisdicional se ficar atrelado apenas ao modelo acusatório. Lacerda (2020 apud BARROS, 2021, p. 58) nos ensina que:

Os órgãos de persecução penal também estão subordinados ao cumprimento deste princípio. Entretanto, pode-se dizer que tais órgãos passam por uma verdadeira crise institucional, em que não se consegue cumprir em um tempo razoável a prestação jurisdicional na esfera penal, devido a uma intensa multiplicação de processos associados ao crescimento dos índices de violência nos últimos anos, havendo registro de cerca de 553 mil homicídios violentos intencionais nos dez últimos anos. Nesta senda, o acordo de persecução penal é proposto como uma solução ao problema, deixando o processo judicial penal para casos de crimes mais graves, garantindo dois direitos fundamentais, quais sejam a razoável duração do processo e a eficiência estatal, guardando mais recursos e mais tempo para solucionar crimes mais graves.

O princípio da efetividade na persecução penal está atrelado a uma resposta jurisdicional célere, e quando nos deparamos com a morosidade dos processos no sistema penal acusatório, percebemos que a tutela jurisdicional não está sendo efetiva, e conforme os dizeres do próprio Ruy Barbosa, justiça tardia não é justiça.

Sobre esse princípio podemos aprender com Sousa (2004 apud BARROS, 2021, p. 62):

Importa aos processualistas a questão da efetividade do processo como meio adequado e útil de tutela dos direitos violados, pois, consoante Vincenzo Vigoriti o binômio custo-duração representa o mal contemporâneo do processo. Daí a imperiosa urgência de se obter uma prestação jurisdicional em tempo razoável, por meio de um processo sem dilações, o que tem conduzido os estudiosos a observação fundamental, qual seja, a de que o processo não pode ser tido como um fim em si mesmo, mas deve constituir-se, sim, em instrumento eficaz de realização do direito matéria.

Tal relevância da efetividade na tutela jurisdicional penal, já foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal algumas vezes. Em uma dessas vezes percebemos, acerca desse princípio, pela dicção do Ministro Luís Roberto Barroso, as sábias palavras, ao proferir seu voto na ADI 3.995:

A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. [...] Assim, o aumento do volume de casos tende a gerar uma piora do serviço, quer em virtude do congestionamento das diversas instâncias, quer por perda da qualidade na prestação jurisdicional. A perda de qualidade favorece o erro, enseja a produção de decisões contraditórias e gera a inobservância de precedentes, provocando o que alguns autores têm denominado jurisprudência lotérica (BRASIL, 2018).

Assim, ratificamos que a tutela jurisdicional na seara penal precisa ser eficiente e eficaz, e, diante do contexto atual, o modelo puramente acusatório não será possível de atingir tal finalidade, necessitando que os operadores do Direito se socorram da justiça penal consensual, como alternativa para uma prestação efetiva e eficiente da persecução penal.

2 DO INSTITUTO: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal (ANPP), como instrumento legalizado, em sentido estrito, surgiu no ordenamento jurídico pátrio através da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, o qual foi responsável por fazer inovações em diversos diplomas legais, dentre eles o Código de Processo Penal.

A Lei nº 13.964/2019 foi responsável por inserir o art. 28-A no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 1941), qual seja, a regulamentação legal do ANPP. Destaca-se que essa inovação jurídica se assemelha a institutos da justiça penal negociada de outros países, como, por exemplo o *plea bargain*, da justiça norte-americana. Pontua-se, ainda, que o ANPP já vinha sendo aplicado de certa forma por meio das Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nº 181/2017 e nº 183/2018, tendo como cerne a negociação realizada entre o Ministério Público e o investigado/acusado.

Será feita a seguir uma abordagem relacionando a justiça penal consensual de outros países, bem como um breve histórico do ANPP no Brasil, além de apresentar de forma sucinta os requisitos deste instrumento.

2.1 Relação do acordo de não persecução penal com o Direito Comparado

Mundialmente vem se buscando solução para uma via efetiva de enfrentamento à criminalidade, e muitos países, deparando-se com um contexto de inviabilidade de adoção estrita do modelo acusatório, buscando alternativas, entenderam o modelo consensual penal como uma excelente opção.

Nos países de *Common Law*, a utilização da justiça penal consensual viu-se como uma forma de evitar um colapso do sistema de justiça. Neste sentido, leciona o eminente doutrinador Barros (2021, p. 33-34):

Sobretudo nos países do *Common Law*, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou sua utilidade para determinados tipos de infrações e, principalmente, para evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schunemann, embora crítico do *plea bargaining*, demonstra que não há como ignorar que o instituto, assim como outros semelhantes, expandiram-se para quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, prin-

principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna, como ocorreu na Itália, Alemanha, Chile e Argentina, o que reafirma essa tendência mundial.

Em outros países, como a França, a eleição de uma via alternativa, na seara criminal, surgiu de uma iniciativa dos juízes e promotores de justiça, ao se conscientizarem da limitação diante da gigantesca carga de trabalho na persecução penal dos delitos de menor potencial. O autor Etxeberria Guridi (2009 apud BARROS *et al.*, 2022, p. 31) nos ensina que:

[...] é resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam a ser dinamizadas pela busca de soluções de ‘diversificação’, e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas no âmbito penal, como também no âmbito social em geral. [...] Nesse contexto, surgem as primeiras experiências de mediação penal, que não tinham fundamento normativo, com exceção do princípio da oportunidade, previsto no CPP. Não é de estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade.

Destaca-se que o modelo alternativo inicialmente adotado na França se assemelha ao previsto na Resolução nº 181/17 do CNMP, pois aquele modelo serviu de inspiração ao CNMP. Ressalva-se ainda que o modelo proposto pelo CNMP possuía a vantagem de trazer detalhadamente as hipóteses de possibilidade de celebração do acordo, o que evitou a profusão desordenada de acordos, pois prejudicaria o princípio da igualdade (BARROS *et al.*, 2022, p. 22-23).

Outra nação que também se deparou com a necessidade de implementar um modelo alternativo ao modelo acusatório da seara criminal foi a Alemanha. Nas palavras da doutrinadora Turner (2009 apud BARROS *et al.*, 2022, p. 23):

O acordo penal foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, a medida que a carga de trabalho crescia. Defensores buscavam uma segurança maior e penas menores para os réus, em troca de sua cooperação. Considerando que a legislação não autoriza-

va esses acordos, essa prática se desenvolveu de forma lenta e, inicialmente, se limitava aos casos de delitos sem violência.

O doutrinador Cabral (2022, p. 25) destaca que, assim como em relação ao modelo francês, no tocante ao modelo inicial alemão, o modelo previsto pela Resolução nº 181/17 do CNMP guardava semelhança, mas também uma grande vantagem, pela maior formalidade e clareza nas regras, a exemplo da observância de uma negociação transparente, com necessidade de filmagem em áudio e vídeo de todo o procedimento negocial, tendo de ser o acordo devidamente celebrado por escrito e assinado pelo membro do *parquet*, pelo investigado e pelo patrono.

Observa-se, conforme o exposto, que as nações mundo afora se debruçaram na busca por encontrar uma alternativa ao sistema penal acusatório altamente burocratizado. Algumas nações, no afã de solucionar com urgência, adotaram medidas para implementar a justiça penal consensual sem a edição da legislação específica, e por isso enfrentaram alguns problemas, que precisaram ser solucionados, pela edição de leis específicas. Mas num contexto geral mundial, percebe-se que a celebração de acordos na seara criminal vem sendo adotada como medida alternativa àquele modelo alhures pinçado.

2.2 Histórico do instituto do acordo de não persecução penal no Brasil

Assim como em alguns países, o Brasil implementou a celebração de um acordo de não persecução penal sem a edição de legislação específica inicialmente. Todavia, no Brasil, diferentemente de alguns países, a implementação observou alguns parâmetros mínimos, pois o acordo era regido pela Resolução nº 181/2017, do CNMP, a qual foi posteriormente reformada pela Resolução nº 183/2018.

A edição da Resolução nº 181/2017/CNMP (BRASIL, 2017) considerou que a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa; considerou, ainda, a carga desumana de processos que se acumulavam nas varas criminais do país e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; observou, por fim, a exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma

condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Identifica-se que o CNMP, considerando todos os pontos alhures mencionados, possibilitou a celebração, pelo Ministério Público, de ANPP para os crimes de menor gravidade conforme a pena *in abstracto* atribuída. Observamos, assim, que os pontos centrais foram celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

A regulamentação do ANPP culminou com a edição da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, a qual foi responsável por inserir o art. 28-A, no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 1941).

2.3 Requisitos do Acordo de Não Persecução Penal

Conforme exposto anteriormente, a regulamentação legal atual do ANPP encontra-se no art. 28-A, do Código de Processo Penal. Veja-se:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

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 juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (BRASIL, 1941, grifo no original).

Observa-se que os requisitos do acordo de não persecução penal se subdividem em requisitos de natureza objetiva e requisitos de natureza subjetiva.

Dentre os requisitos objetivos, destacam-se: 1) enquadramento de crime com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; 2) se tratar de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa ofendida; 3) confissão formal do investigado.

Dentre os requisitos subjetivos, destacam-se: 1) não ser o investigado reincidente ou não haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual;

2) não pode ter sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores à infração com ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Considerando que a proposta do trabalho não é, neste momento, esmiuçar os requisitos elencados pela legislação acerca do ANPP, passa-se agora a analisar a importância deste instrumento para a “nova política criminal” brasileira, isto é, o da sedimentação da justiça penal consensual como alternativa ao sistema penal acusatório.

3 IMPORTÂNCIA DO ANPP COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL

Após um passeio pela compreensão da justiça penal consensual e seus princípios norteadores, uma análise do acordo de não persecução penal à luz do direito comparado, uma breve consideração sobre o histórico desse instituto no sistema jurídico pátrio, além da sucinta explanação sobre os requisitos legais para celebração do aludido acordo, mister se fazer neste momento uma análise da importância do ANPP para a “nova política criminal” brasileira, qual seja, a da justiça penal negociada.

Observa-se que a realidade brasileira, assim como a realidade de muitos países, é norteadora por um sistema judiciário abarrotado de processos, nos quais os recursos materiais e humanos não conseguem absorver o número de demandas, o que implica aumento do acervo processual anualmente e morosidade na solução das demandas. Identificamos que, no ano de 2020, só na seara penal houve um aumento no acervo de 12,2%, atingindo o terceiro maior quantitativo de processos criminais em tramitação de toda a série histórica.

Identificamos ainda que, mesmo diante do contexto pandêmico da covid-19, o número de processos baixados criminais continuou sendo superior ao número de novos casos criminais, representando a capacidade da Justiça em atuar com um superávit positivo de resolutividade no ano. Todavia, mesmo com o superávit positivo, identificamos que o aumento do acervo se reflete em morosidade no julgamento dos processos e prescrições.

Tais consequências demonstram que a prestação da tutela jurisdicional não vem sendo prestada de forma efetiva e eficiente, e, como se sabe, justiça tardia não é justiça.

Nesse contexto, observamos que alternativas ao modelo penal acusatório, como as desenvolvidas pelo modelo de justiça penal consensual, tais qual o ANPP, são imprescindíveis para que o Estado brasileiro continue prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva e eficiente, deixando apenas os delitos mais graves para processamento e julgamento pelo modelo acusatório.

Nesse sentido, direciona Cabral (2022, p. 28-29):

Num modelo sem acordo, a demora na tramitação processual, o excesso de serviço e a pressa para fazer frente a essa carga de trabalho, gera seríssimos efeitos colaterais. É dizer, num modelo tradicional, sem acordo, paga-se um alto preço com a proliferação de injustiças. Essas injustiças são de duas ordens. De um lado, o Estado descumpre o seu dever de tutela jurídica, de outro, por mais surpreendente que possa parecer, se enfraquece substancialmente a capacidade do processo penal ser um processo materialmente justo.

Outro ponto relevante que demonstra a importância do ANPP para a “nova política criminal” é trazer maior celeridade à prestação da tutela, além de reforçar o caráter preventivo da criminalidade. Cabral (2022, p. 30) sinaliza assim:

Por outro lado, o acordo é muito bom para a realização dos objetivos político-criminais preventivos e de pretensão de justiça que devem informar a persecução penal. A resposta célere e não privativa de liberdade, às vezes poucos dias depois dos fatos, pode significar o freio de arrumação necessário para colocar nos trilhos a vida de quem envolveu-se na prática dos crimes pela primeira vez. Um acordo tempestivo e adequado reforça a ideia de credibilidade e efetividade do sistema, o que torna mais fácil o fortalecimento dos vínculos de confiança entre os cidadãos e o Estado, incentivando a busca de justiça, dentro da legalidade e do sistema penal. Não há incentivo maior para que as pessoas possam confiar no Estado e em suas normas do que uma atuação efetiva e proporcional.

Diante do exposto, sem a pretensão de esgotar a discussão, evidencia-se a importância do acordo de não persecução penal para a “nova política criminal” brasileira, consubstanciada na justiça penal consensual, mostrando vantagens como: maior celeridade na solução dos processos criminais; maior otimização dos recursos materiais e humanos; maior efetividade e eficiência na justiça penal; a maior exequibilidade dos acordos; reforço da ideia de credibilidade e efetividade do sistema judiciário penal.

Assim, por tudo o que foi exposto, temos a certeza de que o modelo acusatório única e exclusivamente, nos moldes em que se encontra, não é suficiente para atender de forma célere e eficiente à demanda que atualmente se encontra submetida ao Poder Judiciário, necessitando de alternativas na via do modelo de justiça penal consensual, com o objetivo precípua de atender aos anseios sociais, proporcionando uma maior efetividade na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA. Ruy. *Oração aos moços*: discurso aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920. São Paulo: Martinelli, Passos e Companhia 1921. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564016/000005350_Oracao_aos_mocos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 5 ago. 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos criminais*. Leme, SP: Mizuno, 2021.

BARROS, Francisco Dirceu *et al.* (coord.). *Acordos de Não Persecução Penal e Cível*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodvim, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.995 Distrito Federal*. Acórdão. Relator Min. Roberto Barroso, j. 18-12-2018, P, DJE de 1º-3-2019. Brasília, 13 dez. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267870>. Acesso em: 5 ago. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A, CPP) – versão modificada e adaptada à lei anticrime *In*: BARROS, Francisco Dirceu *et al.* (coord.). *Acordos de Não Persecução Penal e Cível*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodvim, 2022. cap. 1, p. 15-54.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 181 de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluco-181-1.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2022.

ROSA, Alexandre de Moraes da. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. Florianópolis: Emais Editora, 2021.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS DELITOS FISCAIS E A CONDIÇÃO APOROFÓBICA DA REPARAÇÃO DO DANO

THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT IN TAX OFFENSES AND THE APOROPHOBIC CONDITION OF DAMAGE REPAIR

Artur Guedes da Fonseca Mello¹

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar, a partir dos princípios gerais do Direito Penal e do Direito Tributário, a possibilidade, ou não, da aplicabilidade da reparação de danos como condição à celebração de acordos de não persecução penal em ações cujos tipos penais estejam vinculados àqueles contra a ordem tributária. Partiu-se da hipótese da impossibilidade de fazê-lo por parte das pessoas que não possuem condições financeiras, revelando um aspecto aporofóbico do instituto. Adotou-se ainda, de forma comparativa, a análise do princípio constitucional da intervenção penal mínima e da inadequação da via penal para cobrança tributária. A seguir, discorreu-se sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento e da reserva de lei complementar para normas gerais tributárias.

Palavras-chave: delitos fiscais; aporofobia; Acordo de Não Persecução Penal; reparação de danos.

Abstract: Based on the general principles of criminal law and tax law, this article seeks to analyze the possibility, or not, of the applicability of repairing damages as a condition to carry out criminal non-prosecution agreements in criminal actions, whose crimes are listed among those which offend the tax order. It took into account the hypothesis of the impossibility of doing so on the part of people who do not have financial conditions, revealing an aporophobic aspect of the institute. It

¹ Servidor do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. E-mail: arturdafonsecamello@gmail.com.

was also adopted, in a comparative way, the analysis of the constitutional principle of minimum penal intervention and the inadequacy of the criminal method for tax collection. Then, the extinction of punishment due to payment and the reserve of complementary law for general tax rules were discussed.

Keywords: tax offenses; aporophobia; Criminal Non-Prosecution Agreement; damage repair.

1 INTRODUÇÃO

O Estado tem como principal fonte de receita a arrecadação tributária, e em razão de sua importância, eventuais violações foram alçadas ao patamar de crime contra a ordem tributária, tendo, em razão do objeto tutelado, previsão normativa de extinção da punibilidade em caso de pagamento dos tributos, mesmo havendo crime.

A proposta da temática se dá na análise do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, que prevê a não deflagração de ação penal em caso de cumprimento de requisitos, especialmente no que tange à reparação de dano como condição, em detrimento de seu caráter aporofóbico.

Além disso, verificar-se-á o instituto no conflito com o ordenamento, sobretudo quando da análise do princípio constitucional da intervenção penal mínima, da inadequação da via penal para cobrança tributária, da extinção da punibilidade pelo pagamento e da reserva de lei complementar para normas gerais tributárias.

E nesta linha, sem o propósito e compreensão de um tratado, com a aplicação do método indutivo, por meio de pesquisa documental e bibliográfica especializadas, tem-se a reflexão crítica sobre o tema como principal objetivo.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS DELITOS FISCAIS E A CONDIÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO

2.1 A função social da tributação

É cediço que o Estado, enquanto instituição de suporte à sociedade, tem as receitas tributárias como principal fonte de custeio aos serviços públicos e ao apoio administrativo.

A geração de receitas tributárias encontra respaldo no poder de tributar do Estado moderno, que por sua vez homenageia a supremacia do interesse da coletividade (VASQUES, 2011, p. 12-15) em desfavor do autoritarismo do príncipe, influenciada na ideia das práxis da sociedade do pensamento aristotélico (ARISTÓTELES, 2015).

Mais tarde, segundo o professor Novais (2013, p. 40-55), com o advento da doutrina moderna, afasta-se a soberania como fundamento da tributação, para reconhecer a democracia representativa do povo, que exerce o poder de tributar por meio da delegação de produção legislativa, fundamentando o brocardo que “o povo tributa a si mesmo”.

Trotabas (1938, p. 24-25), ainda que por meio de uma racionalização econômica da tributação vinculada à ciência das finanças, afastando-se de seu desenho propriamente jurídico, justifica² a necessidade do consentimento dos contribuintes, na celeuma de que o imposto, que se trata do resultado da distribuição dos encargos públicos, infringe diretamente no direito de propriedade, que, por sua vez, se trata de um direito tido como natural.

Estabelece-se, assim, a partir desta premissa do consentimento, o princípio da legalidade tributária, que possui gênese apontada pela doutrina majoritária na Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra da Inglaterra, tornando-se regra (PAULSEN, 2017, p. 18-19) em diversas normativas e ordenamentos³, incluindo a atual Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Cinge registrar que a Constituição brasileira traz em seu bojo, de forma estruturada e analítica, um sistema tributário verdadeiramente positivado no Título VI do texto, “Da tributação e do Orçamento”, em seu Capítulo I, “Do Sistema Tributário”, que, em decorrência de sua posição constitucional, passa a ter como base os

2 “La science des finances, qui comprend le double problème de la détermination et de la répartition des charges publiques, s’est développée surtout par l’érude du problème de l’impôt. La théorie moderne de l’impôt remonte au xv siècle: alors apparaît le principe que l’impôt doit être établi avec l’assentiment des contribuables. C’est la doctrine des Etats généraux. Elle repose, au fond, sur cette idée que l’impôt porte atteinte au droit de propriété, qui est de droit naturel” (TROTABAS, 1938, p. 24-25). “A ciência das finanças, que inclui o duplo problema da determinação e distribuição dos encargos públicos, desenvolveu-se sobretudo através do estudo do problema da tributação. A teoria moderna do imposto remonta ao século XV: surge então o princípio de que o imposto deve ser restabelecido com o consentimento dos contribuintes. Esta é a doutrina dos Estados Gerais. Baseia-se, basicamente, nessa ideia de que o imposto infringe o direito de propriedade, que é um direito natural” (Tradução livre).

3 Para Leandro Paulsen, diversas foram as ferramentas normativas que homenageavam o princípio da legalidade tributária, verificado em Portugal e Espanha, e na Inglaterra através do Statutum de Tallagio non Concedendo, de 1296, que mais tarde foi incorporado ao Petition of Rights, de 1628, assim como na Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789.

mesmos objetivos da República⁴, devidamente regulamentado pela Lei nº 5.172 de 1966, o Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

Para Torres (2001), o sistema tributário remete não apenas à existência de um arquétipo voltado para a função arrecadatória, em sua função fiscal, mas, ao se vincularem às normas constitucionais, erigem às garantias atribuídas ao contribuinte, valores fundamentais ao Estado social e sua função social.

Conforme ensinado pelo professor Campos (2006, p. 93-95), essas garantias atribuídas ao constituinte são elevadas constitucionalmente ao rol de garantias e direitos fundamentais.

Deste norte, decorrem diversos outros direitos fundamentais do contribuinte, destacando-se o princípio da igualdade, corolário da justiça fiscal, que por sua vez tem a progressividade tributária como ferramenta de adequação, e o princípio da capacidade contributiva como critério de aplicação, devidamente positivados em nossa Carta Republicana (BRASIL, 1988).

Isto significa que, sob o pálio do princípio constitucional da justiça fiscal, que compreende o princípio da capacidade contributiva, se inserem no campo do direito tributário os ideais da República e do Estado social.

Pois, segundo ensina Carraza (1993, p. 522), “é justo e jurídico que, em termos econômicos, quem tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos do que quem tem pouco”, assim como, por lógica, aquele que “tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais impostos do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública.”

Ocorre que a influência do direito tributário brasileiro decorre diretamente da experiência germânica, quando da edição do primeiro Código Tributário Alemão, o Reichsabgabenordnung (DEUTSCHLAND, 1941), em 1919, em cenário de crise⁵ econômica pós-Primeira Guerra Mundial, em que a assertividade fiscal era demasiadamente objetiva, com características proeminentes de austeridade.

Além disto, com a evolução do modelo estatal, cujo marco originário político se deu mundialmente em uma escalada após a instituição do governo de Franklin Roosevelt nos Estados Unidos da América, em 1932, em que foi promovida uma re-

4 “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” (BRASIL, 1988).

5 Importante ressaltar que cenários de crise sempre foram uma justificativa utilitarista para uma agressividade arrecadatória, desde os tempos mais remotos, como a crise no império romano (ZILVETI, 2017, p. 86-89), que geraram um rigor fiscal excessivo e que também geraram revoltas.

estruturação de seguridade pública nominada do “berço à sepultura” (FRIEDMAN; FRIEDMAN, 2015, p. 402-410), gerou uma necessidade cíclica de arrecadação, trazendo os orçamentos estatais aos seus limites, em decorrência da ampliação e necessidade do provimento de direitos fundamentais aos cidadãos.

Neste sentido, verifica-se a importância da receita tributária para a execução das políticas públicas, e por consequência a importância do adimplemento e conformidade das obrigações tributárias, de forma justa e equânime para a sociedade.

Hobbes (apud ZILVETI, 2017, p. 175) asseverara que a imposição equânime dos tributos não depende apenas da igualdade de riquezas, mas principalmente da qualidade de vida que todo homem espera da comunidade.⁶

Ou seja, mais do que uma mera imposição arbitrária do Estado contra o contribuinte, a tributação tem uma função social, de cumprimento dos deveres sociais e fundamentais, tal qual o objeto de estudo do professor Nabais (2009), em sua obra homônima ao tema, qual seja, *O dever fundamental de pagar impostos*.

Em jeito de conclusão, vale destacar a anotação preambular da Reforma Fiscal Portuguesa de Transição para o século XXI (PORTUGAL, 1998), que ilustra de forma brilhante o referido mote, quando assevera que “os impostos não podem continuar a ser vistos como uma mera imposição coactiva e arbitrária do Estado, mas têm de ser encarados como uma forma de partilha de solidariedade e responsabilidade”.

Assim dizendo, evidencia-se a função social da arrecadação tributária a partir da ideia de que esta gera o financiamento e respaldo econômico para o provimento das políticas públicas sociais, e cumprimento dos direitos fundamentais por parte do Estado.

2.2 A tutela penal da cobrança dos tributos e seu caráter aporofóbico

Não obstante a demasiada importância da arrecadação estatal em decorrência de sua função social econômica para as garantias sociais, é necessário que se façam algumas reflexões acerca da intervenção do direito penal nesta seara.

Para Prado (2021, p. 239), “a tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza metaindividual, de cariz institucional, do bem jurídico”, visto que é através dos “recursos auferidos das receitas tributárias que dão o respaldo

6 “To equal justice, appertaineth also the equal imposition of taxes; the equality whereof dependeth not on the equality of riches, but on the equality of the debt that every man oweth to the commonwealth for his defense. It is not enough, for a man to labour for the maintenance of his life; but also to fight, if need be, for the securing of his labour.”

econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais.”

E nesta toada, inobstante o viés contemporâneo de conceber o direito penal como *ultima ratio*, homenageando os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, que determinam que a sanção penal deve ser utilizada somente naquelas hipóteses de afronta grave aos bens jurídicos tutelados, devendo se utilizar de outros meios administrativos para este fim, como multas administrativas e civis, ainda assim, o legislador optou por tipificar, no âmbito penal, algumas condutas que afrontam essa atividade tributária do Estado.

A título exemplificativo, podemos citar aqueles tipos penais da Lei nº 8.137, de 1990 (BRASIL, 1990), especialmente⁷ nos artigos 1º e 2º, que têm como bem jurídico tutelado o erário no sentido metaindividual por meio da proteção da “política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades” (PRADO, 2021, p. 239), que, em razão dos inúmeros núcleos do tipo, se deixa de aprofundar no presente artigo, inclusive por não se tratar do objeto de estudo.

7 “Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária. - Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Todavia, vale salientar que a norma penal que define os crimes contra a ordem tributária, em razão da identificação como tipo penal em branco, e da delegação normativa ao direito tributário, torna-a de difícil compreensão, pouco delineada e de percepção difusa (PRADO, 2021, p. 8).

E também a dificuldade de compressão pela turboprodução legislativa fiscal (NABAIS, 2009, p. 22) é acentuada pelas mais de 440 mil normas tributárias⁸ editadas em 33 anos de Constituição (AMARAL *et al.*, 2021), gerando uma verdadeira hipernomia, já debatida alhures na obra *Tributação, hipernomia e medo* (MELLO, 2022), resultando em uma verdadeira lacuna do direito⁹, transformando as normas tributárias num “agregado informe, unidas pela vontade imperiosa do legislador, [...] pelo interesse do legislador em obter cada vez mais receitas” (CAMPOS, 2006, p. 15-16).

Além disso, cediço que, na doutrina de Roxin (2006, p. 17), “o direito penal certamente é uma instituição social muito importante. Ele assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa”, pois garante a toda a sociedade “os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito”.

E ainda,

[...] a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, se deve promover — mas que continua sendo um mal. Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações. Seria, portanto, melhor se os benefícios que se imputam ao direito penal pudessem ser obtidos de modo socialmente menos oneroso (ROXIN, 2006, p. 18).

Em jeito de comentário desta anotação, aplicada ao tema em testilha, necessário trazer à baila manifestação do Ministro César Peluso (BRASIL, 2003), quando

8 O estudo aponta que nesse período, de 1988 até 2021, foram editadas no Brasil aproximadamente 36.483 normas tributárias federais, 146.849 normas tributárias estaduais, e 259.904 normas tributárias municipais, totalizando 443.236 normas tributárias.

9 “[...] as normas inflacionadas, causam uma verdadeira hipernomia, que alegada à sua gênese na liquidez e dinamicidade da sociedade, justifica-se na necessidade do cidadão, contribuinte, reter apenas as informações úteis no momento, em que tudo deve ser abreviado e acelerado. Todavia, o choque deste emaranhado de normas para todos os sentidos, acaba que, gerando lacunas de direito, onde o valor normativo de uma assertiva acaba anulando a outra, por antinomia, ou pelo simples e claro desconhecimento” (MELLO, 2022, p. 92).

do julgamento do Habeas Corpus nº 81.611, ao asseverar que “[o] Direito Penal é um mal necessário e, quando se transpõem os limites da necessidade, resta apenas o mal”. E complementou, afirmando que “[n]ão há como nem por onde convalidar interpretação que, com o devido respeito, permita o uso de remédio de caráter penal, para obter resultado tributário que é impossível de ser logrado na via civil”.

Isto porque se verifica, através do princípio da intervenção penal mínima, que o direito penal só deve ser acionado quando os demais ramos do direito se mostrarem ineficazes na tutela do bem jurídico, sendo estes fragmentados quanto aos objetos mais importantes para a ordem jurídica.

Pois, como bem assevera Prado (2021, p. 95), o “simples fato de incriminar uma conduta não é sinônimo de maior proteção do bem; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”¹⁰.

Neste ponto, inclusive merece destaque, a *contrario sensu* de manifestações ministeriais em ações penais, a inaplicabilidade da fixação de valor mínimo de reparação de danos causados pelos delitos fiscais prevista em sentença penal condenatória, conforme preceitua o art. 387¹¹ do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Isto pois, para que seja tipificado o crime material contra a ordem tributária, é necessário que haja a constituição antecedente do crédito tributário¹², que, por corolário lógico, prescinde do lançamento fiscal¹³ com posterior expedição da Certidão da Dívida Ativa¹⁴, com força de título de executivo¹⁵, por presunção de certeza

10 “Embora admitida e, muitas vezes, necessária, a intervenção penal nesse campo se apresenta, com frequência excessiva, mais como prima ratio do que como ultima ratio, em constante fricção com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, o que de resto muitas vezes só põe em evidência o descompasso com a verdadeira missão do Direito Penal do Estado democrático e social de Direito” (PRADO, 2021, p. 8).

11 Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

12 “Súmula vinculante 24 – Enunciado - Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

13 “Código Tributário Nacional - Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível” (BRASIL, 1966).

14 “Código Tributário Nacional - Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular” (BRASIL, 1966).

15 “Código de Processo Civil - Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;” (BRASIL, 2015).

e liquidez¹⁶, e assim, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgado da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior (BRASIL, STJ, 2020), que “se posiciona pela inviabilidade de fixação de valor mínimo a título de reparação de danos por crimes tributários, notadamente por conta de a Fazenda Pública possuir meios próprios para reaver os valores sonogados”.

No mesmo sentido, os julgados de relatoria dos Ministros Rogério Schietti Cruz (BRASIL, STJ, 2022), Jorge Mussi (BRASIL, STJ, 2019) e Antonio Saldanha Palheiro (BRASIL, STJ, 2021).

Outro ponto que deve ser articulado neste tema é o caráter patrimonial da tutela penal tributária, em razão da previsão de extinção da punibilidade dos delitos fiscais pelo pagamento do crédito tributário pendente, cuja previsão se encontra no art. 83¹⁷ da Lei nº 9.430/1996 (BRASIL, 1996).

Nesta senda, depreende-se da tutela penal tributária, uma proteção àqueles que detêm recursos financeiros, pois em uma afronta direta à isonomia, diferencia estes tipos de delitos, com outros como o furto e a apropriação indébita, pois nestes a devolução do bem furtado, ou apropriado de forma indevida, não extingue a punibilidade.

Caracteriza-se, assim, o caráter aporofóbico, decorrente do neologismo cunhado pela filósofa espanhola Cortina (2017), em uma tradução semântica, na qual o termo “aporofobia” tem o significado de “aversão ao pobre”, já debatido no âmbito do direito penal, por Bem e Martinelli (2022), ao reconhecer seletividade da clientela habitual do sistema penal e penitenciário.

16 “Lei de Execuções Fiscais - Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez” (BRASIL, 1980).

17 “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. §1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. §2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. §3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. §4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. § 5º O disposto nos §§1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. § 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia para juiz.”

2.3 A impossibilidade da reparação do dano como condição do ANPP nos delitos fiscais

Adentrando ao tema proposto, necessário citar a Lei nº 13.964 de 2019, nominada como Pacote Anticrime, que adicionou ao Código de Processo Penal o art. 28-A, que instituiu um acordo de não deflagração de ação penal, batizado pelo legislador de acordo de não persecução penal (doravante ANPP), cujo objetivo é trazer mais um instrumento de desjudicialização criminal, tal qual a transação penal e a suspensão condicional do processo, para a vertente da justiça penal negociada, neste caso, considerando como um negócio jurídico pré-processual.

O objetivo do instituto é alçar a mecanismos multiportas com perspectiva de uma justiça restaurativa, por meio de métodos alternativos de solução de conflitos, otimizando recursos públicos, buscando celeridade, efetividade, possibilitando que o titular da persecução penal, no caso o Ministério Público, envidasse esforços em políticas criminais de maior importância e relevância.

Nos ensinamentos do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, expoente nos temas que permeiam o reconhecimento normativo-constitucional do Princípio da Fraternidade, deve-se priorizar a dignidade da pessoa humana e a cidadania quando da aplicação da hermenêutica jurídica, senão vejamos:

O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça. Logo, ainda que as normas jurídicas não possam impor a fraternidade, pode a atuação dos operadores do Direito testemunhá-la (FONSECA, 2019, p. 121)¹⁸.

Neste sentido, a norma traz como requisitos¹⁹ que o tipo penal em transação seja sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos,

18 Esta mesma passagem doutrinária foi autocitada pelo Ministro, em decisão no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 136.961-RJ, em que à luz do Princípio da Fraternidade, determinou a contagem em dobro do período em que um condenado esteve preso no Complexo Penitenciário Bangu, decorrente da inadequação do ambiente. Ele se encontrava em situação degradante e desumana, incompatível com a execução das penas.

19 “Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal. - Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]”

devendo haver ainda a confissão formal detalhada pelo investigado, assim como, por lógica, não ser caso de arquivamento.

Traz ainda, além dos requisitos já elencados, condições²⁰ que devem ser ajustadas para que seja firmado o ANPP, dentre eles, a renúncia voluntária ao produto do crime, a prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, pagamento de prestação pecuniária, cumprimento de outras condições indicadas pelo Ministério Público, assim como a reparação do dano objeto do crime.

Sobre este último, qual seja, a reparação do dano objeto do crime, em interpretação conjunta com o tema desta pesquisa, os crimes contra a ordem tributária, ao conceituá-lo como o verdadeiro pagamento do crédito tributário, têm-se que se encontraria em evidente antinomia quanto aos interesses do ordenamento.

Nota-se que, na tentativa de equiparar a reparação do dano ao pagamento do crédito tributário objeto do tipo penal, estaria configurada uma inadequação da via eleita para tanto, pois, conforme já visto, além do processo de execução fiscal ser a via adequada e legítima para este fim, se estaria transformando o Ministério Público num mero ente de cobrança estatal, afastando-o de suas precípuas funções constitucionais²¹, podendo caracterizar, ainda, excesso de cobrança e até mesmo em duplicidade.

Ademais, na tentativa de mais uma vez se utilizar do sistema penal de justiça como instrumento de arrecadação, demonstra-se novamente o seu caráter aporofóbico, gerando mais oportunidades aos detentores de recursos financeiros, e por conseguinte, gerando aversão dicotômica ao pobre.

Como já bem demonstrando alhures, verifica-se, através do princípio da intervenção penal mínima, que o direito penal só deve ser acionado quando os demais ramos do direito se mostrarem inefcazes na tutela do bem jurídico, sendo estes fragmentados quanto aos objetos mais importantes para a ordem jurídica.

20 “Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal. - I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na 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 juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V- cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.”

21 “Constituição da República Federal do Brasil. - 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.”

Além disso, o evidente conflito de interesses da norma é verificado também quando o próprio ordenamento jurídico²², em homenagem ao bem jurídico tutelado penalmente, prevê a extinção da pretensão punitiva destes crimes tributários, quando o contribuinte, ora autor do crime, efetuar o pagamento integral do crédito tributário, tornando o ANPP inócuo, pois em razão das demais condições, sempre será mais gravoso.

Ademais, vale ressaltar excerto de Anatole France, quando afirmou que “o direito, na sua igualdade majestática, proíbe tanto o rico como o pobre de dormir debaixo das pontes, de mendigar nas ruas ou de roubar pão”²³, evidenciando assim, que, para que o ANPP seja aplicado de forma universal, se deve relativizar a reparação do dano, visto que na grande maioria das vezes o agente estaria impedido de fazê-lo, pois do contrário, por certo, já teria se filiado ao pagamento do crédito tributário com o fito de ser agraciado pela extinção da punibilidade.

Não se pode ainda afastar da autorização normativa expressa em sua letra fria, em sua parte final, que determina que a reparação de danos será uma condição para que seja firmado o ANPP, “exceto na impossibilidade de fazê-lo”, dispensando nesta qualquer necessidade hermenêutica, em razão de sua clareza hialina.

E ainda que se queira trazer uma fluidez conceitual e plurisignificativa, imperioso que sob o pálio do princípio constitucional da fraternidade, se demande moderação hermenêutica com contenção exegética, sob pena de tornar o instituto inepto e/ou duplamente sancionador.

Outro ponto em destaque é que, em evidente caráter paradoxal, considerando que o ANPP é um negócio jurídico complexo, seus diversos requisitos e as múltiplas condições impostas precisam estar efetivadas para que o investigado possa alcançar o benefício disposto no instrumento.

Assim, em caso de reparação do dano em eventual ANPP envolvendo delitos fiscais, com o pagamento do crédito tributário, acarretaria na extinção da punibilidade, que em resposta sinalagmática, antes de findo o hiato lógico-temporal entabulado, esvaziaria o objeto do acordo, pois afastaria do órgão acusador qualquer possibilidade de pretensão punitiva, resultando num acordo de não persecução penal de Inocentes, ou ainda, em caso de seguimento de procedimentos investigativos ou persecutórios, incidir nos tipos penais previstos nos arts. 30 e 31 da Lei de Abuso de Autoridade²⁴ (BRASIL, 2019).

22 “Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. [...] §2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

23 Frase atribuída a Anatole France, pensador e escritor francês premiado pela Academia.

24 “ Lei nº 13.869/2019 - Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou

Em jeito de conclusão, adentrando ao tema das normas tributárias, registra-se que as normas gerais, por força do comando constitucional do art. 146²⁵, devem ser regulamentadas por lei complementar, qual seja, a Lei nº 5.172 de 1966, o Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), que não obstante ter sido aprovada originalmente como Lei Ordinária, em decorrência de estratégia parlamentar²⁶ (CRETTON, 1996, p. 122-123), foi recepcionada pelo ordenamento constitucional atual, por força do art. 34, §5º²⁷, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ainda que dispensável por força da aplicação da teoria da recepção constitucional, como ensina Bastos²⁸ (1988, p. 366-367).

Assim, qualquer regulamentação, inovação ou alteração das hipóteses de extinção de crédito tributário, elencadas de forma taxativa no art. 156²⁹ do Código Tributário Nacional, estar-se-ia diante de inconstitucionalidade formal.

administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.”

- 25 “Constituição da República Federal do Brasil. Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...]”
- 26 A Emenda Constitucional nº 17 de 1965, referente a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, determinava que Códigos deveriam ser aprovados por Lei Complementar, todavia, por estratégia parlamentar foi votada como Lei Ordinária, visto que os prazos regimentais precisariam ser abreviados para que ela tivesse eficácia a partir de 1º de janeiro de 1967. Posteriormente, foi adequadamente nominada como Código Tributário Nacional, por força do Ato Complementar nº 36 de 1967.
- 27 “Constituição da República Federal do Brasil. Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. [...] §5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e §4º.” (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.)
- 28 Trata-se de um processo abreviado de criação de normas jurídicas, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro. Portanto, a nova lei não é idêntica à lei anterior; ambas têm o mesmo conteúdo, mas a nova lei tem seu fundamento na nova Constituição, a razão de sua validade é, então, diferente.”
- 29 “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no §2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado. XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.”

E nesta hipótese, ao tratar com analogia a reparação do dano do ANPP com o pagamento do crédito tributário, e conseqüentemente sua extinção, por ter sido instituído em nosso ordenamento por lei ordinária, torna evidente o procedimento legislativo impróprio.

Por fim, não se tem o condão de pugnar pela autonomia pura ou superioridade da norma tributária, como adotara Myrbach-Rheinfeld (apud ZILVETI, 2017, p. 52), ao reconhecer a primazia sob a importância de homenagear a arrecadação em prol da coletividade e o Estado como seu representante, e como defendeu Trotabas (1951, p. 50-51), que afirmara “que, tanto em relação aos outros ramos de direito público, como em relação ao direito privado, a lei fiscal possui uma independência que lhe permite estabelecer regras próprias”, mas sim, interpretar a norma a partir da integração de todo o ordenamento jurídico, como bem alinhou Geny (1950), em sua obra acerca do Particularismo do Direito Fiscal.

3 CONCLUSÃO

Por meio da análise do princípio constitucional da intervenção penal mínima e da inadequação da via penal para cobrança tributária, assim como da extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário e da reserva de lei complementar para normas gerais tributárias, pode-se delinear que a reparação de dano como condição do ANPP encontra óbices de diversas ordens em nosso ordenamento.

Ademais, o necessário resgate do princípio constitucional da fraternidade nos remete à imperiosa hermenêutica em favor da aplicação universal do ANPP, relativizando-se a reparação do dano, visto que na grande maioria das vezes o agente estaria impedido de fazê-lo, pois do contrário, por certo, já teria se filiado ao pagamento do crédito tributário com o fito de ser agraciado pela extinção da punibilidade.

Assim, pode-se verificar, atingindo os objetivos desta pesquisa, a impossibilidade da reparação do dano como condição do acordo nos crimes contra a ordem tributária, sob pena de se estar diante de um hipotético Acordo de Não Persecução Penal de Inocentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gilberto Luiz do *et al.* *Quantidade de normas editadas no Brasil: 33 anos da constituição federal de 1988*. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2021. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1QKTCGcu-r4dR8cM_2ayzgj-dDtxivmwj/view. Acesso em: 1º maio 2022.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2015.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *ANPP: Acordo de não persecução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.
- BRASIL. [Constituição, (1988)]. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Instituiu o Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003*. Altera a legislação tributária. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.684.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 1º maio 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 81.611, Tribunal Pleno*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807>. Acesso em: 1º maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1844856 SC 2019/0318617-1*. Relator: Ministro Jorge Mussi. 2019. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855189534/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1844856-sc-2019-0318617-1>. Acesso em: 1º maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1870015 SC 2020/0080961-0*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206243149/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1870015-sc-2020-0080961-0/inteiro-teor-1206243159>. Acesso em: 1º maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1844154 SC 2019/0314964-6*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. 2022. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1488133520/recurso-especial-resp-1844154-sc-2019-0314964-6/decisao-monocratica-1488133527>. Acesso em: 1º maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1953199 SC 2021/0255807-9*. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1485231203/recurso-especial-resp-1953199-sc-2021-0255807-9/decisao-monocratica-1485231213>. Acesso em: 1º maio 2022.

CAMPOS, Diogo Leite de. *O sistema tributário no Estado dos cidadãos*. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.

CRETTON, Ricardo de Aziz. Normas gerais de direito tributário e Lei Complementar. *Rev. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTk4Mg%2C%2C>. Acesso em: 1º maio 2022.

DEUTSCHLAND. *Reichsabgabenordnung*. Berlin: Reichsfinanzministerium, 1941. Disponível em: <https://archive.org/details/Reichsabgabenordnung>. Acesso em: 1º maio 2022.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GENY, François. O particularismo do direito fiscal. Trad. Guilherme Augusto dos Anjos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 6-31, abr./jun. 1950. Título Original: Melanges R. Carré de Malberg. Sirey, Paris. e-ISSN: 2238-5177.

MELLO, Artur Guedes da Fonseca Mello. *Tributação, pipernomia e medo: quando o perdão se torna ofensa*. Florianópolis: Emais Editora, 2022.

NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PORTUGAL. *Lei n. 127-A/97, de 20 de dezembro*. Instituiu as Grandes Opções do Plano Nacional para 1998. Lisboa: Assembleia da República, 1997. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/659682/details/maximized>. Acesso em: 1º maio 2022.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva, em: estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TROTABAS, Louis. Ensaio sobre o direito fiscal. Trad. Guilherme Augusto dos Anjos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 34-59, out. 1951. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12146>. Acesso em: 1º maio 2022.
- TROTABAS, Louis. *Précis de Science et Législation Financières*. 5ª éd. Paris: Librairie Dalloz, 1938.
- VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.
- ZILVETI, Fernando Aurélio. *A evolução histórica da teoria da tributação: análise das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

INVISIBILIDADE DA MULHER CRIMINOSA: CAUSAS E EFEITOS SOCIAIS SUBJACENTES

INVISIBILITY OF THE CRIMINAL WOMAN: UNDERLYING SOCIAL CAUSES AND EFFECTS

*Gabriele Gadelha Barboza de Almeida*¹¹

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar o fenômeno da criminalidade feminina e o expressivo crescimento da respectiva população carcerária, abandonando-se a ultrapassada compreensão de inaptidão da mulher para a vida criminosa. Mediante pesquisas pautadas na legislação, na literatura, na jurisprudência e em dados do sistema de justiça, debate-se o forte papel estigmatizante atribuído à mulher, criminosa ou não, decorrente da reprodução de condutas de gênero fortemente solidificadas no curso da história. Ademais, de forma igualmente crítica, pondera-se como o olhar androcêntrico que permeia o direito penal e o sistema prisional brasileiro tem recepcionado as detentas neste universo quantitativamente masculino.

Palavras-chave: criminalidade; gênero; androcentrismo; desigualdade.

Abstract: This article aims to analyze the phenomenon of female criminality and the significant growth of the respective prison population, abandoning the outdated understanding of women's inaptitude for the criminal life. Through research based on legislation, literature, case law and data from the justice system, it includes the debate on the strong stigmatizing role attributed to women, criminal or not, due to the reproduction of gender behaviors strongly solidified in the course of history. In addition, in an equally critical way, it is considered how the androcentric view that permeates criminal law and the Brazilian prison system has welcomed female inmates in this quantitatively male universe.

Keywords: criminality; gender; androcentrism; inequality.

1 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito (2008). E-mail: gabrielegadelha@mpma.mp.br.

1 INTRODUÇÃO

Em países em que prevalece uma cultura masculina e que não se preocupam em obter soluções aos problemas decorrentes das desigualdades de gênero, à figura da mulher é associado o papel de vítima e, ao homem, o personagem de agressor.

No processo histórico brasileiro, com seus marcantes conceitos e papéis sociais calcados em forte cultura patriarcal, machista e sexista, as mulheres foram sendo retratadas como pessoas frágeis, incapazes, tementes a personagens masculinos predominantes (sobretudo pai e marido), sendo que a elas caberia se dedicar à maternidade e ao cômputo.

Diante dessa concepção submissa, a mulher não era vista como um indivíduo nem mesmo biologicamente apto à prática de crimes.

Sucedendo que, conforme dados consolidados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, entre os anos de 2020 e 2021 houve um aumento considerável de mulheres em privação de liberdade, principalmente quando se observa a variação das taxas por 100 mil habitantes.

Mesmo com toda mobilização advinda da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, pela qual se priorizou a adoção de medidas restritivas de liberdade em meio aberto como forma de prevenção à propagação de infecção do novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, no período de julho a dezembro de 2021, detectou-se um total de 31.038 detentas em regime fechado, registrando-se um crescimento de 6,7% na taxa de homens presos por 100 mil habitantes, ao passo que o incremento foi de 21,3% em relação às mulheres. Ainda conforme a publicação, de acordo com os últimos dados do SISDEPEN, o principal motivo pelo qual as mulheres são encarceradas continua sendo por delitos relacionados a drogas, envolvendo a Lei nº 11.343/06, sem prática de violência ou grave ameaça, portanto.

No presente trabalho, através de pesquisas pautadas na legislação, na literatura, na jurisprudência e em dados do sistema de justiça, propõe-se uma reflexão crítica acerca do forte papel estigmatizante, decorrente da reprodução de conceitos e preconceitos consolidados no curso da história em relação à figura da mulher na sociedade, assim como da criminalidade feminina, atentando-se, sobretudo, ao impacto da violência familiar e institucional, bem como à intangibilidade subjacente como fatores expoentes na história de vida da grande maioria de brasileiras encarceradas.

2 CRIMINALIDADE FEMININA, CRIMINOLOGIA E RELAÇÕES PATRIARCAIS DE GÊNERO

A criminologia surge como ciência no século XIX, quando, pela primeira vez, é enfrentado de modo empírico e sistemático o fenômeno dos delitos – que antes eram vistos pela perspectiva moral e apenas secundariamente jurídica.

Sob um viés androcêntrico, a criminologia, por muito tempo, ignorou a figura da mulher como sujeito ativo de um delito. Enquanto discurso escrito por homens, para homens e do ponto de vista masculino, a mulher foi considerada incapaz de cometer crimes.

Para Buglione (2022, on-line), “é como se a lei ao preservar e prescrever determinadas condutas como certas ou erradas o faça separando aquelas tipicamente masculinas e femininas, mas é uma separação realizada através de um olhar masculino”.

Cesare Lombroso, fundador da antropologia criminal, chegou a definir o delito como algo tipicamente masculino. Na visão do autor, apenas mulheres que padecessem de males dos úteros e dos óvulos delinquiriam.

Ao lado de Lombroso, outro grande estudioso da “patologia feminina” foi o historiador Guglielmo Ferrero. Juntos, em 1893, escreveram a obra *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Segundo os autores, a mulher é inferior ao homem biológica e intelectualmente, ao passo que a criminalidade feminina constituía uma verdadeira patologia e desvio social. Nesse sentido, França (2020, p. 245):

Com base nas características das mulheres que consideravam “normais”, os autores buscaram analisar aquelas consideradas desviantes, compostas por prostitutas e criminosas, separando-as em três tipos: as criminosas natas, que constituíam um tipo mais perverso, em razão da grande quantidade de caracteres degenerativos (evoluíram menos do que os homens). Apesar dos “defeitos genéticos” era esse grupo que mais se aproximava das características masculinas, isto é, demonstravam um comportamento mais violento do que muitos homens; as criminosas por ocasião, portadoras de características femininas, porém, de forma dissimulada, demonstravam tendência delituosa em graus variados; e por fim, as criminosas por paixão que agem conforme a intensidade de suas paixões.

Desconsiderando questões socioculturais que perpassavam a vida das mulheres, Guglielmo e Lombroso defendiam que, quando o delito fosse praticado por uma mulher, seria fruto da influência de elementos biológicos causados por alterações hormonais decorrentes do advento da puberdade, ciclo menstrual, menopausa e parto, por serem eventos que propulsionavam instabilidade, irritabilidade e agressividade à mulher.

Nesse contexto, quando se identificava a possibilidade de a mulher vir a delinquir, seria para o cometimento de crimes passionais ou relacionados à maternidade, como infanticídio e aborto. Imputar-lhe a prática de crimes voltados exclusivamente à obtenção de vantagens econômicas não habitava o senso comum.

No século XIX, a mulher que não se submetesse às normas e aos padrões que lhe fossem socialmente impostos era considerada “desviada” e despertava grande espanto, repulsa e ódio na comunidade em que estivesse inserida. Mais do que isso, a mulher “desviada” representava a maior inimiga da sociedade, pois sua perversidade seria tamanha, que até mesmo os instintos da maternidade seriam por ela superados. Tal conclusão afastava a mulher da visão sacra atribuída ao papel reprodutor, visto, então, como verdadeira e única função feminina.

Cuida-se de mentalidade fruto da construção social dos papéis de gênero², segundo os quais as funções tipicamente femininas são aquelas restritas às esferas doméstica e familiar, destinadas à reprodução e aos cuidados com a prole, ao passo que funções produtivas, no espaço público, eram destinadas ao homem, visto como provedor, chefe da família e a quem a mulher – passiva por natureza – devia irrestrita obediência e subjugação.

Como bem destacado por Dias (2015, p. 25):

Ao homem sempre coube o espaço público. A mulher foi confinada nos limites da família e do lar, o que ensejou a formação de dois mundos: um de dominação, externo e produtor. Outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam polos de dominação e submissão. A essa diferença estão associados papéis ideais atribuídos a cada um: ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando sua função. Padrões de comportamento assim instituídos de modo tão distinto levam à geração de um verdadeiro código de honra. A sociedade in-

2 “Gênero é um conceito que permite compreender de que modo a sociedade opera a construção do masculino e do feminino em relação a uma diferença sexual, desmascarando-se a ideia de que ‘as coisas são como são porque é natural que assim sejam’” (CANO; ASSUMPCÃO FILHO, 2016, p. 29).

siste em outorgar ao macho um papel paternalista, exigindo uma postura de submissão da fêmea.

Alinhadas a tal concepção, as máfias se apresentam como claro espectro da reprodução dos tradicionais papéis de gênero, porquanto, através de suas complexas estruturas internas e esquemas lucrativos dos quais advém um dos maiores modelos de crime organizado no mundo, sobressaem como fenômeno rigidamente masculino, com ampla exaltação à virilidade e ao uso de métodos violentos, reservando-se às mulheres mafiosas em quase sua totalidade papéis de filhas, irmãs, mães e esposas dos membros da máfia. A subordinação à vontade de um indivíduo do sexo masculino com papel sobrepujante é marcante, destinando-se à mulher a transmissão dos valores mafiosos aos filhos.

Sob viés protetivo e paternalista que desacreditava da habilidade feminina delitativa e que vislumbrava a postura da mulher exclusivamente subjugada à vontade masculina dominante, desenvolveu-se no sistema de justiça uma postura complacente com mulheres envolvidas com a máfia, resultando inclusive em sanções mais brandas e absolvições.

Mesmo na década de 1990, já com uma atuação feminina mais destacada e com a presença da máfia no mundo empresarial – especialmente na gestão financeira das empresas que reciclavam dinheiro ilícito, em geral proveniente do tráfico de drogas e de armas – ou diante de aparente assunção de poder pela mulher mafiosa, o que se vislumbra é uma situação temporária, durante um vácuo transitório de poder masculino, permanecendo reservado à figura feminina a subordinação às decisões tomadas pelo líder enclausurado, cabendo a ela o simples papel de repassá-las aos demais integrantes da organização sem que seja efetivamente incumbida de qualquer poder decisório.

Da mesma forma, no citado período de referência, mas já no ambiente das gangues, condicionava-se a mulher a um papel acessório ou de objeto sexual de satisfação dos integrantes masculinos, sem qualificá-la como membro verdadeiramente pertencente àquela organização. Em contrapartida, para amenizar o tratamento sexualizado e buscar respeito e igualdade, era comum as integrantes adotarem comportamentos socialmente tachados como masculinos, almejando-se afastar da visão de desamparo e subserviência que lhes era atribuída.

Sucede que o caráter estreito dessa concepção reducionista acerca das características da mulher emerge como forte fator impeditivo de um olhar mais amplo sobre a criminalidade feminina, obstaculizando, por conseguinte, uma atuação estatal preventiva e repressiva eficaz.

Na realidade, a dificuldade em vincular às mulheres uma perspectiva violenta acaba por associar o seu envolvimento na criminalidade a psicopatologias, coações,

paixões e insensatez, ensejando desqualificação dos atos ilícitos e inconsciente recusa em constatar a expressiva expansão de mulheres envolvidas em situações criminosas.

Nesta senda, não se pode olvidar, ainda nos dias atuais, a ressonância da mídia ao veicular ocorrências policiais praticadas por mulheres, cingindo-as a presunções individualizantes de anormalidade, imoralidade, ausência de caráter, mediante verdadeira conexão entre criminalidade feminina e conduta desviante, através de nítido reforço de “premissas conservadoras de feminilidade” (CARVALHAES; TONELI; MANSANO, 2018, p. 4):

Em cada um desses enunciados, constata-se que a maneira de veicular o envolvimento de mulheres na criminalidade tem como desdobramento a definição de traços que são exclusivamente identitários e naturalizados, bem como a expectativa pela adequação das práticas de mulheres às normas e valores tradicionais de gênero.

A narrativa muitas vezes transcende diferenças físicas entre homens e mulheres, adentrando no campo da delimitação de comportamentos e atitudes socialmente tidas por adequadas mediante evidente prisma de gênero.

Calcada em descrição de atributos puramente individuais, rejeita-se a importância da avaliação das circunstâncias implícitas ao ato ilícito, deslocando-se o foco do estudo dos crimes cometidos por mulheres do ato em si para a observação da conduta individual da mulher que o praticou.

De forma muito elucidativa, pode-se rememorar o caso de Suzane Von Richthofen, enquanto mulher branca, de classe média alta, com amplo acesso às melhores instituições de ensino do país, tratada pela mídia como alguém abalada emocionalmente e manipulada pelo então namorado (LINHARES, 2006): “Verdades e mentiras de Suzane Von Richthofen: repudiada pela família, sem dinheiro, com medo de sair às ruas e manipulada pelos advogados, a jovem que participou do assassinato dos pais está mais perdida do que nunca”.

Trata-se de narrativa comum para revelar crimes chocantes, tais como homicídios, sequestros, parricídios, que afastam a mulher da imagem dócil, frágil e maternal. Ao vincular tais atos a condições psíquicas e/ou anormais, condiciona a violência feminina a expressões individuais de irregularidades.

O efeito pernicioso de tal direcionamento recai no reducionismo da análise do fato criminoso, deixando-a adstrita a aspectos psíquicos, corporais e/ou ao modo de vida das criminosas, deslocando-se para um julgamento de ordem moral e/ou psíquica, em razão da prática de um ato dissonante a uma normativa de gênero.

No entanto, há que se atualizar o discurso, atentando-se que o próprio reflexo em dados estatísticos acerca da ampliação do número de mulheres presas defluiu não apenas do aumento real dos delitos cometidos, mas da própria mudança de paradigma do sistema de justiça criminal, que não mais descarta a mulher como sujeito ativo de crimes – apesar de ainda negligenciar as particularidades da mulher criminosa como demanda social crescente.

Imprescindível, portanto, avaliar as trajetórias das mulheres inseridas em maior ou menor grau no mundo da criminalidade através de produções múltiplas e viés multifatorial, que transcendem perspectivas tradicionais e que, por tal motivo, não podem ficar confinadas em vetustos modelos de agir em sociedade.

3 CRIME COMO FENÔMENO SOCIAL E REALIDADE DA MULHER CRIMINOSA

Emergindo de tais vicissitudes, a criminologia contemporânea lança um novo olhar à figura da mulher, percebendo-a como ativa e potencial delinquente, ressaltando que sempre houve envolvimento feminino no mundo do crime.

A mudança do enfoque, no entanto, perpassa pelo reconhecimento de que a frequência delitiva e a assunção de funções de maior relevância, especialmente em meio às organizações criminosas, deveriam ser validadas e reconhecidas em sua proeminência.

Como bem ressaltado por França (2020, p. 218):

De acordo com o pensamento de Lemgruber (1999), a relação entre mulher e crime envolve vários aspectos, entre eles: diferenças biológicas e socioculturais, em que as conquistas sociais das mulheres, creditado, sobretudo, ao movimento feminista e, provocando a gradativa mudança de papéis, leva a supor segundo a autora que “à medida que as disparidades socioeconômicas entre sexos diminuem, há um aumento recíproco da criminalidade feminina” (LEMGRUBER, 1999, p. 6). Por outro lado, com o aumento da precarização das condições sociais de sobrevivência para amplas parcelas sociais, independentemente de gêneros e papéis, há uma tendência no agravamento da questão da criminalidade.

Nesse aspecto, são igualmente inegáveis os efeitos alcançados pelo feminismo, enquanto movimento social e político organizado por mulheres que analisam, se insurgem e apregoam o fim da desigualdade entre os sexos até então socialmente chancelada sob a perspectiva biológica.

Ao contestar valores tradicionalmente assentados, denunciar a opressão e os mecanismos de subordinação das mulheres, os grupos feministas trouxeram luz ao conceito de gênero, demonstrando que a concentração dos meios de produção nas mãos dos homens era justamente o instrumento que assegurava a primazia masculina.

Ao defender o fim do jugo imposto às mulheres enquanto indivíduos dominados, o feminismo apresentou proposições importantes que permitiram a busca por igualdade e a inserção da mulher nos espaços públicos, assim como propulsionou reflexões sobre os papéis por ela ocupados em ambientes privados.

De acordo com Dias (2019, p. 56, grifo no original)

Ainda que a igualdade não signifique o desconhecimento das *diferenças*, a divisão da sociedade nos espaços público e privado, destinados respectivamente aos homens e às mulheres, impõe uma disputa de poder e marca a inferioridade do feminino em relação ao masculino.

Assim, enquanto o termo sexo se refere às distinções orgânico-biológicas entre homens e mulheres, a concepção de gênero remonta aos citados papéis sociais atribuídos ao masculino e ao feminino, através de perene construção histórica, de submissão das mulheres aos homens.

Essa percepção proporcionou a ocorrência de mudanças nas relações de gênero, sobretudo com a admissão da mulher no espaço público e a construção de uma nova representação do feminino.

Afastando-se do padrão de subalternidade, ao sair do recôndito do lar, as mulheres depararam-se com o desequilíbrio do mercado de trabalho, restrições de acesso, diferenças salariais injustificáveis, assim como foram apresentadas a desigualdades sociais impactantes.

Nessa conjuntura, a partir do momento em que a mulher rompe com antigos padrões sociais limitantes, ela também adentra em um universo ilícito, tanto mais por necessidade do que por oportunidade.

Frente a novas perspectivas e circunstâncias outrora impensáveis, a prática de crimes também se revelou como uma possibilidade palpável, exurgindo, na realidade, como fenômeno social com crescente atuação das mulheres – que têm demonstrado ousadia para portarem-se com agressividade, cometendo delitos cada vez mais violentos.

Destarte, se por um lado as mulheres têm buscado maior inclusão em áreas às quais não tinham acesso, o mesmo acontece em relação ao contato com o mundo do crime e de organizações criminosas.

No tocante à criminalidade organizada, por exemplo, em um primeiro momento, é possível vislumbrar a situação subalterna que lhe é destinada. Normalmente usada como trunfo para conquistas favoráveis àqueles integrantes que desempenham papéis de maior destaque, essa é a hipótese de maior vulnerabilidade da mulher faccionada. Nessa situação, temos, a título ilustrativo, as mulheres que, por amor aos filhos ou ao homem que está preso e/ou por necessidades financeiras ou por sofrer ameaças, se submetem a ingressar em presídios portando armas, celulares ou drogas.

Em uma situação intermediária, afiguram-se aquelas arregimentadas por organizações criminosas, apesar da escolarização e capacidade produtiva. É o que ocorre com mulheres cujos estudos são financiados por facções, com o posterior intento de que a graduanda venha a atuar em benefício da organização criminosa.

Há ainda uma terceira posição, na qual as mulheres passam a verdadeiramente integrar a estrutura das facções criminosas, mediante posições de associadas e até mesmo de líderes.

Com as mudanças políticas, jurídicas, econômicas e culturais ocorridas ao longo do tempo, as relações sociais têm se tornado, portanto, cada vez mais complexas, inclusive no universo do crime, permeado pelo incremento do tráfico de drogas, uso de armas de fogo cada vez mais letais e outras tecnologias, sobressaindo-se a criminalidade como uma preocupação recorrente.

O crime, muitas vezes violento e até mesmo fatal, colide com a ordem dominante imposta à sociedade e tem uma grande influência nas relações estabelecidas entre as pessoas, pois se encontra presente em todas as classes sociais.

De forma antecedente à prática do delito e visando a estabelecer o modo de agir dos indivíduos, o Direito Penal, através das normas contidas no Código Penal e na Legislação Penal extravagante, demarca o fenômeno do delito através de conceitos formais e normativos. Por conseguinte, a realidade do crime só é possível e compreensível a partir da lei penal, previamente estabelecida³.

Atentando-se ao objeto de estudo do presente trabalho, com o fito de analisar o envolvimento da mulher com práticas criminosas, outro fator que precisa ser devidamente considerado para além daqueles já diagnosticados são os processos violentos aos quais as mulheres estão submetidas, porquanto representam um grave problema social que afeta expressiva parcela dessa população.

A necessária análise dos processos de criminalização feminina perpassa, pois, pelas crenças, condutas e modelos culturais enquanto fontes informais de controle, bem como pelas agências punitivas estatais como fonte formal de controle.

3 “Artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal - XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “Artigo 1º, Código Penal - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Com efeito, para se fazer uma interpretação para além dos números catalogados no Anuário de Segurança Pública, é preciso valorar que, se por um lado, praticar ou não um ato ilícito se submete, a princípio, ao juízo do pretense agente provocador, não se pode olvidar, por outro lado, todo amálgama que reveste tal processo no cenário nacional, geralmente assentado em um histórico de violências contra a mulher – fator expoente na cronologia da grande maioria de brasileiras encarceradas.

Trata-se de narrativas que ensejam uma avaliação para além do fator econômico, eis que os exercícios diários das fontes de poder se revelam em diversos relatos de violência que praticamente se confundem com a própria trajetória das mulheres que chegam à prisão.

Deste modo, afere-se um certo continuísmo entre a violência intrafamiliar (em geral perpetrada por pais, padrastos ou pelo companheiro) e aquela com a qual se depara na cadeia, apresentando-se esta última como mais uma etapa dentro do longo circuito de violações praticadas contra estas mulheres⁴.

O caráter multifacetado desta agressão sinaliza o grau de vulnerabilidade feminina que emerge dos espaços públicos e também dos espaços privados. Sob tal diretriz, importante considerar as instituições informais como espaços de relações de poder, de modo que a violência de gênero e a opressão sejam consideradas para além do aspecto socioeconômico.

Quando recolhida ao cárcere, a mulher brasileira sofre severa discriminação por parte da sociedade e padece de intenso abandono dos familiares. A dinâmica dos presídios elucida bem isso, com diminutas filas de visitas para as detentas, destoando das longas filas dos presídios masculinos, repletas de mulheres e crianças que se dispõem a servir os detentos com comida, roupas e produtos de higiene.

Enquanto sujeitos que se apresentam como visitantes, as mulheres estão sendo vistas como cumpridoras do papel de mãe, irmã, esposa e incentivam o convívio da prole com o familiar aprisionado. Diversamente, quando elas estão na clausura, são tratadas como infratoras das leis e da família e são submetidas a uma punição muito mais rigorosa, pois, além do poder punitivo estatal, sujeitam-se ao ostracismo social e à vergonha dos parentes.

Por vezes, a solidão decorre da penúria financeira da família de origem, pois, não raro, o local em que se encontram detidas é distante da antiga moradia, já que poucos são os locais disponibilizados pelo Estado ao acolhimento das presas.

4 Oportuno registrar que não se está a justificar, tampouco a defender qualquer relação de consequência necessária e/ou de causalidade imediata entre a criminalidade feminina e uma história de vida submersa em pretérita violência. Em verdade, pautando-se em um dos pilares centrais da criminologia, é cediço que nenhum fator sozinho pode explicar o fato criminoso aprioristicamente. Contudo, diante da realidade social brasileira, esse recorte precisa ser devidamente valorado face ao alto grau de incidência.

Não obstante, de maneira mais cruel, não é incomum a deliberada rejeição a essas mulheres, uma vez que a postura tida por desviante atribui às infratoras a pecha de perversidade e gera constrangimento no seio familiar. Em relação a maridos e companheiros, o rompimento da relação amorosa é muito frequente, mesmo por parte dos homens que também estão presos e que preferem encontrar novas companheiras para as funções então exercidas por aquela que agora está segregada.

A par das exceções, mas para fins de planejamento de políticas públicas e dosagem da adequada atuação estatal, também não se pode desconsiderar que o perfil das mulheres presas é composto em sua grande maioria por jovens mães de um ou mais filhos, pobres e responsáveis por proverem as necessidades básicas do núcleo familiar. Sendo assim e durante o período de abandono no cárcere e afastamento da prole, a prisão impacta e engloba diversas áreas da vida feminina, no interior e fora do presídio.

Perante tais constatações, depreende-se o motivo pelo qual na realidade do sistema prisional é naturalizada a compreensão de que à mulher são destinadas punições mais duras do que aos homens. Cuida-se de aplicação prática da inteligência do duplo desvio pela infratora, que, além de romper com a ordem jurídica posta, também transgrediu os papéis imputados ao gênero feminino.

Frente a tais verificações, necessário pontuar que a prisão ainda segue um modelo androcêntrico. O descaso em relação às particularidades das mulheres presas, cujos direitos são diuturnamente violados, denunciam a condição de invisibilidade a que são submetidas no cerne das políticas públicas criadas para atender, sobretudo, às necessidades do sistema penal que tem o homem como figura central.

A própria legislação ratifica essa comprovação, uma vez que reserva poucos dispositivos às detentas e, quando o faz, atua de forma preconceituosa, tal qual ocorre no artigo 19, parágrafo único, da Lei de Execução Penal⁵, que eterniza a ideia de profissão a ser desempenhada conforme o sexo.

Em consonância com o entendimento sufragado, Cunha e Pinto (2020, p. 1932) sustentam que “O parágrafo único, endereçado à mulher condenada, nos parece discriminatório (e ultrapassado), não havendo razão legítima para não se lhe aplicar aos homens (qual profissão, hoje, é exclusiva do homem? Ou da mulher?).”

A crítica em testilha possui evidente repercussão prática na medida em que, para além da precariedade da assistência educacional reservada aos presos, a realidade é que, com frequência, as atividades profissionalizantes oferecidas exaltam justamente aptidões tidas por femininas, tais como esmaltação de unhas e confecção de bijuterias. Além de institucionalizar a prática do papel de gênero, são cursos oferecidos que, no futuro, não assegurarão independência financeira para as egressas.

5 Artigo 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição (BRASIL, 1984).

Outrossim, é preciso pontuar alguns efeitos colaterais que transcendem os muros das penitenciárias diante do encarceramento feminino. Atentando-se que o verbo cuidar ainda possui forte cunho identitário feminino no país, a responsabilidade pela criação dos filhos recai maciçamente à genitora.

Assim, o encarceramento da mãe gera uma devastadora desestruturação familiar e abalo dos vínculos com os filhos, que, por vezes, ficam sem um parente de referência que se habilite para prestar-lhes a assistência afetiva, emocional e financeira necessárias ao sadio desenvolvimento, culminando-se, por vezes, em processo de institucionalização da criança e/ou adolescente.

Por toda fundamentação exposta, não restam dúvidas acerca da desigualdade brasileira, havendo igual reflexo no sistema carcerário, que ainda não reconhece as especificidades femininas. Nesse diapasão e atentando-se ao fato de que o país possui uma das maiores populações carcerárias femininas do mundo, é passada a hora de reconhecer a singularidade deste público.

Atentando-se a tal panorama – que não é exclusividade brasileira –, em 2010 foram editadas as Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras, conhecidas como “Regras de Bangkok” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019), cujo princípio básico é a necessidade de considerar as distintas necessidades das mulheres presas, elencando-se, para tanto, regras de ingresso e alocação; observância à higiene pessoal; cuidados à saúde; atendimento médico específico; cuidados com a saúde mental; prevenção de doenças sexualmente transmissíveis; modos para realização de revistas; correta capacitação de funcionários; prevalência do contato com o mundo exterior; individualização da pena; cuidados especiais com gestantes e lactantes, estrangeiras, indígenas e mulheres com deficiência.

Assegura, ainda, que as mulheres presas sejam alocadas em prisões próximas à família; recebam auxílio para contatar parentes; acesso à assistência jurídica; permissão de tomar as providências necessárias em relação aos filhos, dentre outras medidas.

Em que pese o governo brasileiro tenha participado ativamente nas negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, no âmbito interno pouco tem sido feito para aplicação dessas diretrizes.

A Lei nº 13.257/2016, conhecida como o Marco Legal da Primeira Infância, aproximou o mosaico normativo interno às diretivas estatuídas pelas Nações Unidas ao estabelecer alterações no CPP⁶, em especial no regime de prisão domiciliar, fixando: i) a prisão domiciliar para gestante independente do tempo de gestação e de sua situação de saúde (art. 318, inciso IV); ii) prisão domiciliar para mulher que tenha filho

6 Artigo 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

menor de 12 anos (art. 318, inciso IV); iii) prisão domiciliar para homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho menor de 12 anos (art. 318, inciso IV).

No tocante à gestante, a regra anterior concedia o benefício a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou no caso de gestação de alto risco. Em relação às duas outras hipóteses, a Lei nº 13.257/2016 inovou, prevendo novas situações em que a prisão domiciliar se mostra cabível.

Considerando a assunção de um compromisso internacional e visando à promoção de maior efetividade às Regras de Bangkok, o Supremo Tribunal Federal (STF), que já havia reconhecido no bojo da ADPF 347 MC/DF o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e do qual deriva violação generalizada de direitos fundamentais dos presos (BRASIL, 2015), em novo julgamento, agora em sede de *habeas corpus* coletivo (HC 143.641/SP; BRASIL, 2018), concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças (até 12 anos)⁷ ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP.

O Ministro Lewandowski, na condição de relator do *writ*, assentou em seu voto (p. 20):

[..] há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País (BRASIL, 2015).

Adiante, ao analisar as Regras de Bangkok, pontuou:

Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de

7 VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas.

O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.

E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, grifos no original).

Atentando-se a um possível efeito reverso da decisão judicial em comento, mediante aliciamento de gestantes e mães de crianças menores de doze anos ou com deficiência, o STF também firmou entendimento de que a concessão da prisão domiciliar a essas mulheres não é automática, podendo ser afastada no caso concreto.

O próprio CPP, modificado pela Lei nº 13.769/2018, rechaça a substituição nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça a pessoa ou quando o crime tiver sido praticado contra o próprio filho ou dependente.

Como exemplarmente destacado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do referido precedente, “o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, reconhecido no julgamento da ADPF 347, não implica automático encarceramento domiciliar. Apenas à luz dos casos concretos se pode avaliar todas as alternativas aplicáveis”.

Perfilhando o mesmo entendimento, a Ministra Carmen Lúcia, ao analisar o HC 191.939/PR, no qual a impetração requeria a concessão de prisão domiciliar a mulher gestante e mãe de criança menor de doze anos que já havia sido agraciada com o benefício pleiteado, com brilhantismo registrou:

A decisão pela qual indeferida a substituição da prisão preventiva por domiciliar harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido da inadequação da medida prevista no art. 318-A do Código de Processo Penal “quando usada a própria residência para guardar produtos de origem ilícita” (HC n. 147.301, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 21.3.2019).

É de se realçar que, no julgamento do Habeas Corpus n. 143.641, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, “não [se] reconheceu direito automático ao benefício da prisão domiciliar para todas as mulheres presas gestantes, ou mães de crianças menores de 12 (doze) anos ou com deficiência, impondo-se a apreciação pelo ‘jugador, como em todo ato restritivo de liberdade, proceder ao exame da conveniência da medida à luz das particularidades do caso concreto’ (HC 157.084/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJe 08.6.2018)” (HC n. 182.877, Relatora a Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, DJe 14.4.2020).

[...]

A prisão domiciliar como medida substitutiva à prisão preventiva dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal exige do magistrado análise de adequação da situação prevista na norma às condições subjetivas do custodiado, para que não se frustrem os objetivos da execução penal, de resguardo ao processo penal ou à ordem pública, sob pena de transformarem-se em escudo para continuidade de práticas delitivas e fomento à impunidade.

Na espécie, a paciente estava em prisão domiciliar quando foi novamente flagrada cometendo o ilícito de tráfico de drogas, realizado na própria residência e com auxílio do seu esposo, demonstrando que nova concessão do benefício não se revela, na compreensão dos julgadores, apta a dificultar ou impedir a reiteração delitiva.

[...]

A específica condição de grávida da paciente não pode ser desconhecida nem proteladas medidas a serem adotadas para garantia de seus direitos e também os do feto a cuidados que são inerentes à dignidade humana. A situação de grávida dota-a de necessidades específicas sem o atendimento das quais o bebê será o ser punido pela prática de sua mãe, antes mesmo do seu nascimento, o que é de atrocidade inaceitável pela humanidade. Os cuidados a serem garantidos pelo Estado em relação à mulher grávida respeitam a sua dignidade e estendem-se aos que são devidos pela sociedade e pelo ente estatal ao feto. Mais ainda agora, em tempos de pandemia, os cuidados têm de ser redobrados, ausentes, na ordinária condição, nas prisões brasileiras. Por isso, a despeito de não se poder, de pronto, conceder a ordem na forma pleiteada, qual seja, determinando-se a soltura da paciente ou a sua colocação em prisão domiciliar, por ter sido comprovado que ela pode persistir na via criminosa que demonstra trilhar, também não é humanamente possível, nem o direito permite, que se desconheça a sua condição de grávida e as demandas que o corpo e a psique da mulher nesta situação impõem ao Estado, que a recolheu sob sua custódia.

Considerada a gravidez da paciente, portanto, concedi a ordem de ofício para determinar que na custódia da paciente sejam garantidas condições de cuidados específicos quanto à saúde e à integridade física da gestante e do nascituro, assegurando-se acompanhamento pré-natal, atendimento médico periódico e, ainda, a manutenção em cela adequada, separada ou com outras detentas gestantes e/ou com filhos recém nascidos (BRASIL, 2020).

Sensível à condição específica da paciente, a decisão judicial manteve a prisão, assegurando-se à gestante e ao feto condições dignas para que, ao mesmo tempo, a ordem pública fosse devidamente resguardada e a lei penal fosse concretamente aplicada, evitando-se impunidade ou mesmo recrutamento de mulheres à criminalidade – o que é justamente o que se quer evitar.

Malgrado toda digressão que vem sendo realizada no curso deste estudo acerca das violações sofridas por mulheres dentro e fora do sistema penitenciário e que precisam ser extirpadas do sistema de justiça, não se visa à defesa de indulgência ao indivíduo que transgrida a ordem jurídica.

Sustenta-se, em verdade, o pleno conhecimento das mazelas sociais e humanas para que políticas públicas sejam planejadas e colocadas em prática a favor da sociedade, perpassando pelas características próprias dos indivíduos, sem preterir parcelas mais vulneráveis da população, tampouco promover uma repressão meramente seletiva.

A defesa é, dessarte, da aplicação de um devido processo legal justo, sendo o Estado o maior responsável pela efetivação dos direitos humanos, ainda que no gozo do *ius puniendi*.

4 CONCLUSÃO

Se inicialmente a mulher não era vista como possível sujeito ativo de delitos, o fluxo da vida em sociedade tem demonstrado que, além da aptidão feminina para delinquir, a criminalidade dessa parcela populacional vem crescendo de forma exponencial, sendo, pois, imperioso que tal fenômeno seja detidamente analisado.

A percepção do papel desempenhado pela mulher quando envolvida em atividades criminosas, tanto quanto a dinâmica desta prática e as respostas que lhe são direcionadas pela sociedade e pela justiça têm a importante função de aprofundar o questionamento acerca da diferenciação entre gênero e opressão feminina.

Em verdade, o que se verifica como ponto de contato entre a figura da mulher na sociedade, assim como da mulher no mundo do crime, é que em qualquer das duas esferas há forte papel estigmatizante, decorrente da reprodução de conceitos e preconceitos consolidados no curso da história.

A perspectiva crítica abordada neste artigo não procura justificar, tampouco rogar clemência aos crimes cometidos por mulheres. O que se almeja é trazer à lume a necessidade de reconhecer o contexto em que está inserida a mulher na sociedade atual, inclusive no que tange às mazelas que lhe são tipicamente reservadas.

Propõe-se, ainda, esclarecer o caráter nocivo e reducionista da visão androcêntrica intrínseca à legislação penal e ao sistema prisional brasileiros, que, ao jogarem uma cortina de fumaça sobre o expressivo crescimento do encarceramento feminino, perpetuam a grave situação de crise ora vivenciada, seja pela ausência de estruturas e políticas públicas adequadas, seja pela supressão de direitos próprios da condição feminina que deveriam ser priorizados, inclusive para interromper o ciclo coercitivo do crime preventiva e repressivamente, promovendo-se, em caso de delinquência, a ressocialização da apenada.

Defende-se a reformulação do sistema de justiça, de modo que passe a contemplar efetivamente as particularidades das detentas, reservando-lhes, como se es-

pera de um estado democrático de direito, que eventual pena de prisão seja humanizada, respeitando-se sua particular condição e permitindo-se, ao fim, a construção social de mulher independente, mesmo perante uma ordem social complexa e em intensa transformação.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, ano 16, 2022. ISSN 1983-7364.
- BERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. *Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 set. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2º turma). Habeas corpus 191.939/PR. Habeas corpus. Direito processual penal. Tráfico de drogas. Liminar indeferida no Tribunal de Justiça: Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal. Dupla supressão de instância. Inviabilidade jurídica. Gestante. Ilícito cometido quando em pressão domiciliar. Risco de reiteração delitiva. Ausência de ilegalidade manifesta. Relatora: Min. Cármen Lúcia. 28 de outubro de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Paraná, 22 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154782862/habeas-corpus-hc-191939-pr-0104047-3820201000000>. Acesso em: 1º ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 fev. 2018. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º mar. 2018.
- BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 38, 1º jan. 2000. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/946>. Acesso em: 30 jul. 2022.

CANO, Leandro Jorge Bittencourt; ASSUMPTÃO FILHO, Mário Rubens. *Lei Maria da Penha (11.340/06): dez anos de vigência avanços e retrocessos, sob o ponto de vista da prática forense e da justiça restaurativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHAES, Flávia Fernandes; TONELI, Maria Juracy Filgueiras; MANSANO, Sonia Regina Vargas. *Mulheres no crime: análise sobre enunciados difundidos pela mídia brasileira. Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 30, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação Geral nº 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)*. Brasília, DF: CNJ, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020*. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília/DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 2 ago. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados artigo por artigo*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Gênero e criminalidade: o protagonismo feminino às avessas? *Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, Juiz de Fora, n. 32, 2020. ISSN 1807 - 8214 217.

LINHARES, José. Verdades e mentiras de Suzane Von Richthofen. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2579, 2006.

O USO DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NOS PROCESSOS DE COMPRAS PÚBLICAS

THE USE OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AS AN INSTRUMENT TO COMBAT CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES

*Joanilce Gusmão Mota Lima*¹

Resumo: O presente trabalho busca analisar a tecnologia de *blockchain* como mecanismo de combate à corrupção, no âmbito das contratações públicas, com ênfase nos processos de compras e contratos. Para tanto, parte da identificação dos conceitos e características da *blockchain*. Por conseguinte, parte-se para análise do potencial de utilização de tal tecnologia nos processos de compras públicas, em especial a partir dos contratos inteligentes, demonstrando como tal utilização pode ser um instrumento de transparência e combate à corrupção no âmbito público.

Palavras chave: blockckain; gestão pública; contratos inteligentes; compras públicas; corrupção.

Abstract: This paper seeks to analyze the blockchain technology as a mechanism to combat corruption in the public contracting field, with emphasis on procurement procedures and contracts. To do so, it starts with the identification of blockchain concepts and characteristics. Consequently, it includes the analysis of the potential use of such technology in public procurement procedures, especially taking into account the smart contracts, demonstrating how such use can be an instrument of transparency and anti-corruption fight in the public sphere.

Keywords: blockchain; public management; smart contracts; public procurement; corruption.

1 Servidora do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Email: joanilce@mpma.mp.br.

1 INTRODUÇÃO

As crescentes demandas por mais transparência na administração pública em todo o mundo exigem dados abertos e também o estabelecimento de outros mecanismos. O enfrentamento efetivo da corrupção requer a utilização de outros meios para além das medidas legais, e, nesse cenário, as novas tecnologias devem ser aliadas. A maioria dos esforços relacionados à redução dos níveis de corrupção nas organizações diariamente se concentra em medidas legais, que por regra se encontram mais voltadas para a punição daqueles implicados em infrações.

A corrupção já é vista como um verdadeiro fenômeno global, responsável por acarretar inúmeros prejuízos à economia dos Estados e, por conseguinte, prejuízos e atrasos na implementação dos direitos humanos. Diante desse cenário, torna-se fundamental compreender sua dinâmica e estabelecer métodos de combate.

Nesse diapasão, um tema tão complexo e abrangente como a corrupção precisa de uma discussão mais ampla, considerando várias dimensões legais, culturais, econômicas, políticas, além das administrativas e de governança. Diante desse cenário, a presente pesquisa busca investigar o combate à corrupção a partir da utilização da tecnologia *blockchain* como alternativa para amenizar as vulnerabilidades à corrupção.

No âmbito de utilização da tecnologia *blockchain* as transações são seguras, confiáveis, auditáveis e imutáveis. Tais características auxiliam na redução da quantidade de documentos, além de evitarem a duplicidade de informações (UNDERWOOD, 2016). Por tais características, essa tecnologia tem demonstrado um grande potencial de auxiliar governantes e gestores públicos que têm interesse em utilizá-la no serviço público, tendo em vista o seu potencial para melhorar a transparência, aumentar a segurança e melhorar a qualidade das informações nos serviços públicos. Essas características possibilitam a redução da burocracia, das fraudes e das corrupções, além de melhorar a qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Nesse contexto, o presente estudo tem como foco demonstrar as características da tecnologia *blockchain* a partir de sua utilização no âmbito de projetos de órgãos públicos municipais, em razão das indagações pertinentes às necessidades sociais de enfrentamento da corrupção por meio de instrumentos tecnológicos. Indaga-se de que forma a tecnologia *blockchain*, enquanto instrumento de controle dos negócios da administração pública municipal, poderia contribuir com solução real no controle da corrupção.

Assim, o presente estudo justifica-se em razão da necessidade latente e de novos instrumentos de mitigação dos efeitos da corrupção a partir do uso das novas tecnologias, a *blockchain*, desenvolvida para ser praticamente à prova de fraude, apresentando características únicas de criptografia e segurança, além de possuir sistema

aberto que não requer terceiros confiáveis, pois todas as transações são registradas em um livro público imutável, que não requer repositório central de dados.

Para alçar uma resposta ao questionamento central, o presente estudo apresenta uma análise da tecnologia *blockchain* partindo da análise de normas corporativas e legislativas, no contexto das organizações públicas, para as decisões sobre os projetos, aferindo todos os pontos relacionados ao processo de escolha da tecnologia *blockchain* que podem influenciar no sucesso ou na falha de contratações e projetos públicos, buscando minimizar a possibilidade do uso inadequado da tecnologia, permitindo, dessa forma, que seja empregada como verdadeiro instrumento de combate à corrupção, conforme se verá ao longo do estudo.

Para a realização da pesquisa foi escolhido o método bibliográfico exploratório, que é construído a partir da busca de referências de trabalhos analisados e publicados em mídias reconhecidas. Como técnica de coleta de dados, será realizada a análise de documentos relacionados ao tema.

A abordagem exploratória é projetada para aprofundar os conhecimentos sobre as características da *blockchain* para mitigação de vulnerabilidades à corrupção. A natureza da pesquisa é qualitativa, sem se focar na representatividade numérica, pois busca analisar a percepção dos atores envolvidos no estudo sobre o tema proposto. O propósito imediato da exploração geralmente é desenvolver hipóteses ou questões para pesquisas adicionais.

O estudo inicia-se com a revisão da literatura, onde são apresentadas as definições, além dos conceitos centrais da tecnologia *blockchain* com foco no conceito de contratos inteligentes e compras públicas. Após isso, são apresentadas as aplicações da tecnologia *blockchain* em serviços públicos enquanto instrumento de transparência e combate à corrupção. Por fim, parte-se para a análise dos dados e conceitos tratados nos demais tópicos, a fim de apresentar alternativas e instigar a discussão sobre a respectiva temática.

2 BLOCKCHAIN

Nos últimos anos, houve um crescimento substancial em dois movimentos os quais vêm ganhando força e recebido especial atenção da sociedade e da comunidade acadêmica. O primeiro deles refere-se à necessária busca por maior transparência dentro dos modelos de administração pública em diversos países do mundo. O segundo, por sua vez, diz respeito a uma tecnologia considerada por muitos a maior revolução tecnológica desde o surgimento da internet: o *blockchain* (TAYLOR, 1995). Tais movimentos que a um primeiro olhar mostram-se distantes um do outro, acabam por convergir para o surgimento de um novo modelo de gestão pública, capaz de prover muito mais transparência e confiabilidade.

Tendo em vista esse panorama evolutivo tecnológico, surge a chamada *blockchain*, uma cadeia de blocos criptografados que carregam informações condensadas geradas a partir de uma transação digital, sem a figura de um terceiro intermediador, tendo em vista que a validação dos dados é transferida a uma rede de computadores distribuídos horizontalmente.

Em 2008, Satoshi Nakamoto mostrou ao mundo a chamada Bitcoin, uma versão peer-to-peer de dinheiro eletrônico, a qual permite a transferência pecuniária sem a necessidade de um intermediário, qual seja, uma instituição financeira (NAKAMOTO, 2008, p. 1). Essa capacidade descentralizadora propiciada pela *blockchain* poderia auxiliar no desenvolvimento de diversos setores, inclusive do setor público, cuja característica burocrática é marcada por uma morosidade na prestação de informações e serviços. Em análise ao que Nakamoto (2008) define em sua pesquisa, Mougayar (2017, p. 3) destaca algumas características fundamentais, isto é, as transações e interações eletrônicas peer-to-peer, que ocorrem sem interferência de instituições financeiras, a formação de prova criptográfica no lugar de confiança centralizada, além da confiança em rede, em vez de em uma instituição unificada.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte definição de *blockchain*: *blockchain* é uma base distribuída de dados que mantém uma lista encadeada com todos os registros dos elementos de um conjunto, bem como os registros temporais de qualquer criação de novos elementos e modificação destes, impossibilitando assim sua revisão e adulteração dos mesmos (LUCENA; HENRIQUES, 2016, p. 692).

De acordo com os apontamentos de Mougayar (2017, p. 4), tal tecnologia pode ser vista a partir de uma abordagem tripla, ou seja, técnica, cooperativa e legal, senão vejamos:

Tecnicamente, o blockchain é um banco de dados de back-end que mantém um registro distribuído que pode ser inspecionado abertamente. Em modelos de negócios, o blockchain é uma rede de troca para movimento de transações, valores, ativos entre pares, sem assistência de intermediários. Legalmente falando, o blockchain valida as transações, substituindo entidades anteriormente confiáveis.

Blockchain caracteriza-se como uma tecnologia descentralizada de gerenciamento de transações, além de apresentar característica disruptiva, o que permite alterar a forma como ocorrem nas transações. A utilização de tal tecnologia já ultrapassou as fronteiras de sua aplicação inicial, passando agora a gerar interesse tanto da iniciativa privada quanto do setor público, justamente por oferecer segurança das informações, anonimato e integridade de dados sem que seja necessário um validador central (YLI-HUUMO *et al.*, 2016).

O *blockchain* pode ser então descrito como uma cadeia de registros imutáveis, públicos e distribuídos. Trata-se de uma cadeia porque os registros estão cuidadosamente encadeados uns aos outros por meio de chaves públicas, entradas e saídas. Suas características imutáveis estão relacionadas à impossibilidade de alteração do registro após a sua inserção na cadeia. Trata-se de um registro público, pois a única condição necessária para um cidadão comum ter acesso aos registros do *blockchain* é que ele tenha acesso à internet, e distribuídos porque esta cadeia de registro não está armazenada em um único servidor central, ao contrário, está replicada em milhões de máquinas distribuídas pelo mundo todo e nenhuma empresa ou indivíduo pode reivindicar a propriedade destes registros.

Em linhas mais gerais, a *blockchain* pode ser definida essencialmente como um livro descentralizado que mantém registros de transações em muitos computadores simultaneamente, conforme corroboram os apontamentos de Figueiredo Junior (2020, p. 237):

Depois que um grupo ou bloco de registros é inserido no livro, as informações do bloco são conectadas matematicamente a outros blocos, formando uma cadeia de registros. Devido a esse relacionamento matemático, as informações em um bloco específico não podem ser alteradas sem alterar todos os blocos subsequentes da cadeia e criar uma discrepância que outros detentores de registro na rede notariam imediatamente, logo as informações são transferidas de maneira segura e auditável. Dessa forma, a tecnologia *blockchain* produz um registro confiável sem exigir que os detentores de registros se conheçam ou confiem um no outro; não possuem uma instituição ou organização como intermediária, como um banco; as transações ocorrem diretamente ponto a ponto, o que elimina os perigos que acompanham os dados mantidos em um local central por um único proprietário. Com essa definição, o documento identifica os seguintes conceitos como os conceitos principais para desvendar o significado da *blockchain* – imutável, distribuído, razão digital, criptografia, rede ponto a ponto, mecanismo de consenso, descentralização.

Nesse contexto, a tecnologia *blockchain* cria um registro viável e descentralizado de transações que permite um único banco de dados mestre, mantendo imutável de todas essas transações. Algo essencial, possibilitando às instituições revisar todas as etapas da transação e reduzir o risco de fraude. Ao permitir que as informações digitais sejam distribuídas, mas não copiadas, a tecnologia *blockchain* criou a espinha dorsal de um novo tipo de internet.

A *blockchain* já é considerada a próxima geração de tecnologia de inovação disruptiva. A principal vantagem vislumbrada para esse instrumento consiste na criação de um modelo de confiança e um mecanismo de colaboração, consentindo a sua aplicação em diversos cenários. Por tal razão, a *blockchain* é considerada uma tecnologia disruptiva, asseverando inovação em infinitas áreas, inovação tecnológica mais revolucionária desde o início da internet.

2.1 Aplicação da tecnologia à esfera pública

A problemática da corrupção, apesar de não se mostrar como uma novidade, ainda se encontra presente de modo muito expressivo nas relações que envolvem a Administração Pública, ocasionando altos custos de eficiência, além de possibilitar acessos a recursos de forma privilegiada a determinados indivíduos, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

No Brasil, os custos da corrupção apresentam impacto altamente relevante, gerando uma clara violação aos direitos humanos, notadamente pela deficiência de políticas públicas, seja ela ocasionada pela ausência de recursos, seja pela má-gestão. De acordo com dados do Relatório da Transparência Internacional, o IPC avalia 180 países e territórios, e o faz em uma escala de 0 (zero) a 100 (cem), na qual 0 significa que o país é percebido como altamente corrupto e 100, como muito íntegro. Mais de dois terços dos países (68%) tiveram uma pontuação inferior a 50, sendo que a média global parou em 43 pontos. O Brasil alcançou 38 pontos, ocupando a posição 96. Em termos gerais, o Índice de Percepção da Corrupção mostra que o controle da corrupção estagnou ou piorou em 86% dos países na última década (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021).

O custo com a corrupção alcança cifras importantíssimas. Segundo a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a corrupção representa 5% (cinco por cento) do GDP global, estimando-se o pagamento de mais de 1 trilhão de dólares todos os anos, adicionando-se um custo de 25% (vinte e cinco por cento) dos contratos públicos em países em desenvolvimento, afetando a economia e os direitos dos cidadãos (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 94).

Ainda, a corrupção é vista como fator negativo no âmbito da economia de qualquer país, visto que gera insegurança e instabilidade, com a consequente desconfiança dos agentes econômicos acerca do respectivo mercado nacional, e impacta negativamente sobre a legitimidade da democracia e das instituições (FERREIRA, 2018).

Diante do presente cenário, é forçoso indicar a relevância da investigação de instrumentos e novos mecanismos no combate e mitigação de tais efeitos da

corrupção, que podem ser aplicados pelo Estado a fim de modificar essa realidade e trazer eficiência à máquina pública. Nesse sentido, essa nova ferramenta de combate às fraudes vem ganhando destaque, no Brasil e na Europa, a tecnologia *blockchain*, originalmente concebida para infraestrutura de criptomoedas e para a realização de compras públicas.

No âmbito das compras públicas, há uma grande cobrança das organizações e seus gestores quanto ao desenvolvimento de técnicas e introduções de mecanismos de melhoramento nos processos de aquisição, a fim de alcançar a redução dos custos de contratação e maior celeridade e transparência nos gastos públicos (REIS; CABRAL, 2018). Por tudo isso, compreender de que modo a *blockchain* pode contribuir enquanto instrumento de melhoria em tais processos constitui-se, por si só, um imperativo. Analisar a tecnologia *blockchain* como possível instrumento de controle dos negócios das administrações públicas é uma questão de grande interesse.

Na era da informação, os governos demonstram ter plena consciência de que o futuro será condicionado pela forma como as novas tecnologias de informação e comunicação serão assimiladas, assim como pelo êxito e rapidez dessa absorção. Quanto maior a visão de que a informação, o conhecimento e seu uso apropriado serão as fontes de controle e riquezas na economia digital, mais o acesso à tecnologia da informação torna-se crucial e necessário (BRITO, 2006, p. 110).

A partir de tal cenário, segue-se agora um estudo referente aos contratos inteligentes ou *smart contracts*, que se constituem como novos mecanismos relacionados à tecnologia da informação que passam a ganhar destaque no âmbito da administração pública.

2.2 Contratos inteligentes ou *smart contracts*

O conceito de *smart contracts* ou contratos inteligentes foi formado inicialmente por Nick Szabo, em 1994, tendo somente retornado às discussões a partir do surgimento da tecnologia Bitcoin, no ano de 2009, passando a atuar como um princípio elementar de *blockchain* (MOUGAYAR, 2017, p. 43). Os contratos inteligentes podem então ser caracterizados como códigos de execução automática, exceto se houver mecanismos que a antevejam, por um sistema de computadores e cujo intuito consiste na eliminação de riscos de contrapartida (FINCK, 2018, p. 670).

Nota-se, contudo, que tais modelos não são considerados como uma forma de Inteligência Artificial, que necessitam de resultados externos para determinar

eventos do mundo real, bem como também são considerados como contratos legais (FINCK, 2018).

Existem diferentes definições para Smart Contract, porém, essas são agrupadas em duas categorias: (i) Smart Contract Code – no qual o código é armazenado, verificado e executado em um blockchain; e, (ii) Smart Legal Contracts – no qual o código substitui completamente os contratos legais. O que diferencia as duas categorias é que, no caso da 1ª, a efetividade do Smart Contract depende exclusivamente da capacidade da linguagem de programação utilizada em expressar o contrato e suas características no blockchain, enquanto na 2ª a efetividade é baseada nas regras legais, políticas e de negócio (ROSA *et al.*, 2021, p. 7).

Os modelos de contratos inteligentes são escritos no código-fonte cuja função consiste na criação de acordos digitais que permitam a certeza de cumprimento em todos os bancos de dados das partes envolvidas (FINCK, 2018, p. 671). Assim, “os nós dentro da rede blockchain são os executores do contrato inteligente, devendo todos eles auferir os mesmos resultados e estes serem devidamente registrados na blockchain” (YAGA *et al.*, 2018, p. 32).

O usuário que queira realizar uma transação envia os dados para as funções públicas oferecidas pelo *smart contracts*, e este realiza o método mais adequado para a execução do serviço. Assim, considerando que o código se encontra dentro da *blockchain*, também é revestido de inviolabilidade, podendo ser utilizado como um terceiro participante, dentre outras alternativas (YAGA *et al.*, 2018).

Por tais características, é possível apontar que os contratos inteligentes podem representar uma transação multipartidária, especialmente em processos de negócios, cujas vantagens principais constituem a confiabilidade dos dados, transparência, confiança, o que permite um discernimento para a uma melhor tomada de decisão, reduzindo assim custos associados ao processo tradicional de negócios, bem como tempo gasto para completar a transação.

Para além de tais características, os contratos inteligentes devem ser determinísticos, visto que a definição de um *input* deve gerar necessariamente o mesmo *output*, não havendo qualquer tipo de margem interpretativa divergente no processo de execução do código (YAGA *et al.*, 2018). Logo, a transação tem um comportamento totalmente programado que permite a execução automática do contrato.

Considerando que os contratos inteligentes operacionalizam as redes permissionadas, não há que se falar na exigência de contrapartida monetária para a execução do código do contrato inteligente, fato este que o difere de redes não-permissionadas

que se utilizam dessa medida para fins de garantia de segurança frente a ataques de usuários maliciosos, já que os participantes são conhecidos e há previsão de outros mecanismos de prevenção a maus comportamentos, como é o caso da revogação do acesso do determinado participante (YAGA *et al.*, 2018).

Os contratos inteligentes podem refletir os mecanismos de governança e permissão do mundo real. O princípio operacional dos contratos inteligentes consiste nas suas características de automação completa e confiabilidade do cumprimento das obrigações especificadas pelas partes. Deste modo, os participantes esclarecem e especificam os termos e condições que serviram de base para que o algoritmo possa elaborar um contrato inteligente.

Assim, sempre que os termos e condições especificados forem atendidos, a transação será realizada automaticamente. A *blockchain* cria então uma trilha imutável de transações, o que possibilita o rastreamento de cada ação realizada, com ênfase no monitoramento de operação, em especial as que envolvam altos riscos, como contratos públicos ou transferência de valores, o que possibilita a mitigação do risco de fraude e vazamento no fluxo de recursos.

3 A BLOCKCHAIN NO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

A corrupção no setor público leva à falta de confiança entre cidadãos e instituições governamentais. A transparência no âmbito da atuação governamental em qualquer esfera de poder, bem como os registros abertos, constitui-se como instrumento valioso que permite um melhor monitoramento e controle, reduzindo os riscos da corrupção e dos prejuízos causados por tais práticas.

Um governo que tenha embasamento em uma tecnologia do tipo *blockchain* tem o potencial de resolver pontos problemáticos herdados e permitir benefícios como a transparência e fator de confiança, proteção de dados governamentais, automação e eficiência, potencial reduzido de corrupção e abuso e medida de redução de custos excessivos associados ao gerenciamento. A confiabilidade, segurança e integridade fornecidas pela *blockchain* às informações que ele gerencia, são pontos extremamente importantes para a redução de riscos, visto que elimina intermediários, reduz a burocracia e o risco de discricção arbitrária. No mais, a possibilidade de rastreamento das transações pode auxiliar o trabalho de autoridades policiais e auditores governamentais, que trabalham no enfrentamento da corrupção no setor público.

A característica inviolável e imutável trazida pelo uso da *blockchain* constitui, por si só, um mecanismo precioso para coibir práticas delituosas, distinguindo-se como uma tecnologia disruptiva altamente promissora na luta contra a corrupção, visto que seus recursos asseguram a integridade de dados, garantindo maior transparência, rastreamento de fundos, registro de ativos e aquisição de contratos.

A transparência é, sem dúvidas, um elemento essencial para qualquer medida ou esforço que vise combater a corrupção. Todas as transações em uma *blockchain* aberta são pesquisáveis. Todas as moedas extraídas em forma de criptomoeda e colocadas em circulação são contabilizadas. O mecanismo de verificação impede que haja uma duplicidade nos gastos, garantindo o correto registro das transações. Considerando a quebra de confiança ocasionada pela corrupção, uma tecnologia que traz transparência e confiabilidade à gestão pública se torna uma solução atraente em projetos governamentais.

A busca por maior transparência dentro da administração pública deve partir de uma transformação digital, por meio de um envolvimento ativo da sociedade, tal como os departamentos governamentais, atores privados e públicos. Considerando a pluralidade de instituições, órgãos e departamentos e sujeitos envolvidos nos processos públicos, é notório que haja atualmente uma multiplicidade de processos que operam em sistemas de tecnologia diferentes e separados, levando a possíveis problemas de integridade e consistência dos dados.

No que se refere às multifunções e à capacidade transformadora da tecnologia *blockchain*, sintetiza o TCU:

[...] em um mundo em que cidadãos e empresas não dependem de intermediários para registrar informações e contratos inteligentes substituem controles manuais, nota-se que a automação e a confiança provida por soluções em *blockchain* poderá ser um instrumento poderoso no desafiador processo de transformação digital, uma vez que a tecnologia *blockchain* oferece a oportunidade de criar novas maneiras de colaboração por meio da descentralização (BRASIL, 2020).

Diante de tal cenário, é notória a importância de uma unificação dessa pluralidade de identidades, a fim de facilitar o processo de referência cruzada. A *blockchain* surge então como instrumento capaz de assegurar um nível sem precedentes de segurança das informações e a integridade dos registros que a tecnologia gerencia, garantindo a autenticidade dessas informações, além de reduzir os riscos de falsificação de registros e os riscos associados à concentração do gerenciamento de dados em um único ponto.

No mais, a tecnologia *blockchain* fornece um sistema transparente e descentralizado, o que permite características adaptativas podendo ser um sistema fechado ou aberto ao interesse público, dependendo de como venha a ser implementada. Permite ainda, dentro do seu conceito, a representação digital de valor (dinheiro), identidade e ativos físicos como *tokens* digitais, termos e obrigações contratuais, controles regulatórios e resultados por meio de contratos inteligentes.

Ao contrário do que ocorre com o uso de moedas tradicionais, a corrupção é mais difícil devido ao seu anonimato e ampla rastreabilidade. Os contratos inteligentes contêm cláusulas coerentes programadas em código que acionam os processos de acordo com os termos do contrato. Essas condições podem definir os critérios a serem atendidos para liberar os fundos, as datas a partir das quais eles podem estar disponíveis etc. O cumprimento do contrato ajudará a evitar despesas desnecessárias. Um ponto essencial no combate à fraude é usar a tecnologia para evitar equívocos ou minimizar seu impacto.

Os contratos são um tema muito complexo, pois são a principal forma de os governos transferirem dinheiro para outras organizações, incluindo o setor privado. Os contratos inteligentes podem reduzir as informações assimétricas porque são mais abertos e autoexecutáveis, o que significa que, uma vez criados e implementados, suas informações estão disponíveis para todas as partes envolvidas. Se um deles for uma organização pública, as informações sobre os contratos devem estar disponíveis ao público. Além disso, os contratos não podem ser modificados de forma enganosa, o que afeta as garantias e declarações contratuais e reduz as assimetrias de informação.

Dentre as aplicações da *blockchain* em organizações públicas, podemos citar: a transferência de recursos de um nível de governo para outro ou do governo para empresas privadas, a gestão e manutenção de contratos de licitação com *smart contracts* e a participação de cidadãos em eleições ou referendos. Os contratos inteligentes podem ser utilizados para todos os pagamentos governamentais como forma de aumentar a transparência e evitar o superfaturamento, uma vez que contratos e licitações são formas comuns de utilização de fraudes, como acontece, por exemplo, em licitações.

Outra vantagem é a possibilidade de administrar os recursos públicos de forma transparente e segura, o que permite prevenir o uso ilícito de seus recursos, garantindo que sua finalidade seja mantida. Também limita as ações humanas, reduzindo assim o risco de atividades ilegais, corrupção e fraude. Além de aumentar o acesso às informações e a transparência, o aspecto de automação do contrato pode reduzir os custos de pagamento manual, bem como erros e atrasos, risco de fraude e má conduta. Erros e atrasos consomem tempo e esforço administrativo e podem incentivar, direta ou indiretamente, a corrupção resultante de informações assimétricas ou más práticas.

Os *smart contracts* são independentes e realizam todas as operações sem auxílio ou interferência de terceiros, apresentando transparência inigualável, aumentando a eficiência e reduzindo o risco. As instituições brasileiras não têm sido muito eficazes no monitoramento e controle do uso dos recursos públicos, por isso existem várias delas, criadas para fins de monitoramento e controle, em todos os níveis da organização.

O Brasil despense muito tempo e recursos públicos no combate à corrupção por meio de ações conjuntas e específicas entre diferentes órgãos do Estado, além da participação da população no monitoramento e controle do uso dos recursos públicos. Já se forma no Brasil um desejo de implementar o uso de *blockchain* na administração pública. Encontra-se em apreciação no Conselho dos Deputados o PL 3443/2019, apresentado por um amplo grupo de deputados e que dispõe sobre a “Prestação Digital de Serviços Públicos na Administração Pública”. De acordo com art. 4º, inciso X, do Projeto de Lei 3.443/2019, “*blockchain*: sistema que atua como ferramenta de registro de blocos, permitindo a transferência de informações criptografadas, sem a presença de uma autoridade central para verificação” (BRASIL, 2019, p. 5).

No que concerne ao combate à corrupção no Brasil, há vários exemplos de medidas adotadas, algumas delas bem-sucedidas. Trata-se, por exemplo, do tema da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada por órgãos governamentais e diversos órgãos, que tem como atribuição definir diretrizes e políticas públicas voltadas ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, que anualmente elabora um plano para as ações a serem tomadas no ano seguinte. Entre as principais ações da estratégia, aparece o Eixo 08 do programa ENCCLA para 2020: “Aprimorar o diagnóstico das possibilidades de uso de tecnologias como *blockchain* no setor público” (BRASIL, 2019).

Um sistema de *blockchain* governamental integrado poderia transformar completamente as operações burocráticas, proporcionando um governo mais eficiente e transparente, visto que a integração *blockchain* não apenas desencoraja a corrupção, mas também facilita a detecção de crimes e a responsabilização. A necessidade de uma plataforma de construção de confiança essencial em cenário em que a confiança no governo e nas grandes corporações está diminuindo.

4 RESULTADOS

A *blockchain* vem ganhando atenção em meio a questões de privacidade de dados e confiança nas instituições governamentais. A implementação bem-sucedida da cadeia de bloqueio poderia transformar verdadeiramente o Estado. Tal situação é especialmente crucial se vista a partir dos termos da segurança da informação que está a ser transacionada.

A tecnologia tem o potencial enorme de ser uma mudança de jogo nos esforços anticorrupção. Contudo, o seu sucesso encontra-se vinculado a mais fatores, tais como infraestruturas, sistemas legais e composição social e política, mais até que da própria tecnologia. A sua introdução na governança afeta aspectos fundamentais da sociedade, tais como a confiança nas instituições, identidade, transparência, proteção de dados e privacidade.

Há muitos desafios na utilização de tecnologia de cadeias de bloqueio para reduzir a corrupção. Atualmente, carece ainda de um quadro legal e regulamento para operar, o que leva a uma série de questões legais. E, embora tenham um grande potencial, ainda podem ser necessários alguns anos até que este método seja amplamente adotado. O potencial da tecnologia de cadeias de bloqueio é enorme e num mar de escândalos recorrentes de corrupção, a sua promessa de erradicação de práticas corruptas não pode ser ignorada.

Conseguir ultrapassar os seus principais desafios pode reforçar a integridade governamental. Mesmo diante das incertezas e riscos, a tecnologia proporcionaria um nível de segurança particularmente para registros e transações que estão expostos e potenciais casos de corrupção. No mais, os baixos custos de instalação, bem como o aumento da segurança tornam os programas anticorrupção em cadeia uma decisão sensata para qualquer governo.

Contudo, é bem sabido que a cadeia de bloqueio por si só não seria capaz de resolver todos os problemas; o papel mais importante das organizações públicas ainda é o de criar valor para os cidadãos, independentemente da tecnologia utilizada, e isso não substitui a necessidade de instituições mais fortes.

A publicação de códigos sobre regras comerciais de contratos inteligente também vem permitir a divulgação de decisões estabelecidas para automatizar o processo de contratação. Por outras palavras, quando regras de decisão são apresentadas em código, torna-se claro para qualquer cidadão o porquê de certas ações acontecerem da forma como acontecem. Deste modo, acredita-se que os contratos inteligentes podem ser utilizados para melhorar a transparência dos contratos, não apenas em termos de dados, mas também no que se refere aos termos da execução do processo em tempo real e das descrições estabelecidas na sua gestão.

Sobre os desafios da tecnologia, nota-se primeiro a necessidade de utilização de uma moeda própria de criptografia para o processamento de contratos, e no caso do setor público, ainda não há uma lei estabelecida quanto à possibilidade de os governos comprarem e negociarem por meio de criptomonedas o que torna impraticável a utilização de uma cadeia de bloqueio pública.

Ainda que haja potencial para aumentar a eficiência das transações, reduzir os custos e aumentar a transparência, a utilização de contratos inteligentes não é totalmente isenta de críticas, visto que são levantadas questões quanto à confiança na tecnologia e seus impactos negativos em intermediários tradicionais, bem como a regulamentação desses contratos em diferentes jurisdições. No mais, há ainda preocupações relativas às dificuldades de adaptação do quadro jurídico, visto que tais pontos precisam, necessariamente, ser considerados no momento de introdução dos contratos inteligentes.

A busca por alternativas para a criação de uma plataforma de cadeia de bloqueio para processar contratos inteligentes é um dos principais desafios a serem supe-

rados pelos órgãos públicos, visto que nem todos os participantes de contrato têm o hábito de utilizar carteiras digitais, e a obrigação de criar uma carteira digital pessoal para interagir pode se constituir como fator limitativo, cabendo assim estudos que visem à eliminação ou mitigação de tais problemas.

Assim, conforme vista a parte da revisão bibliográfica do presente, a tecnologia *blockchain* possui grande potencial no setor público, principalmente no que diz respeito à transparência e acesso à informação, servindo como instrumento de contenção de fraudes e melhoria na qualidade de dados públicos, controle e segurança da informação e aumento da eficiência, podendo contribuir para o cumprimento dos princípios de boa governança no setor público brasileiro

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Lucas Teles de *et al.* Uso da tecnologia Blockchain como instrumento de governança eletrônica no setor público. *In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CONTABILIDADE PÚBLICA*, 2., 2019, Lisboa. *Trabalhos [...]*. Lisboa: Ordem dos Contabilistas Certificados, 2019. Disponível em: https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/iicicp//fnais_site/7..pd. Acesso em: 10 maio 2022.

ALECRIM, Jaqueline de Souza Cardoso. *Análise crítica da sistemática de compras governamental pela perspectiva de novas tecnologias de contratos inteligentes*. 2019. 136 f. Dissertação (Programa Stricto Sensu em Gestão do Conhecimento e da Tecnologia da Informação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2655>. Acesso em: 16 jul. 2022.

ANDRADE, Guilherme Paulo. *Governo eletrônico: oportunidades de aplicação da tecnologia blockchain em processos da administração pública do Brasil*. 2021. 70f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2021.

BRASIL. *Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019*. Altera o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9690.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Sumário executivo: levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília, DF: TCU, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/59/02/40/6E/C4854710A7AE4547E18818A8/Blockchain_sumario_executivo.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRITO, José Augusto P. Cibercidadania: a virtualização na comunicação pública contemporânea. *Organicom*, São Paulo, ano 3, n. 4, p. 106-123, 1º sem. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/organicom/article/download/138914/134262>. Acesso em: 9 mar. 2022.

CARVALHO, Carla Arigony de; ÁVILA, Lucas Veiga. A tecnologia Blockchain aplicada aos contratos inteligentes. *Revista em Tempo*: Revista da área de Direito do UNIVEM, Marília,

v. 18, n.1, p. 156 - 176, dez. 2019. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3210>. Acesso em: 1º jul. 2022.

FERNANDES, Matheus Teixeira. Utilização de redes Blockchain na administração pública para proteção das informações. *Revista Processus Multidisciplinar*, Brasília, DF, v. 2, n. 4, p. 1047-1071, nov. 2021. ISSN 2675-6595.

FERREIRA, F. P. G. As boas práticas anticorrupção e a livre iniciativa. In: MARTINS, R. L.; LARA, L.; PALUMA, T. (org.). *Direito e livre iniciativa nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios no âmbito do direito empresarial e corporativo no contexto global*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018. p. 51-68.

FIGUEREDO JUNIOR, Jorge. Implementação da tecnologia disruptiva do blockchain no enfrentamento a corrupção. In: NOGUEIRA, Higor Vinicius (coord.). *Enfrentamento da Corrupção e Investigação criminal tecnológica: procedimentos, fontes abertas, estudo de casos e direito anticorrupção*. Salvador: JusPODVIM, 2020. cap. 10, p. 235-251. Disponível em: <https://www.higorjorge.com.br/wp-content/uploads/2020/08/amostra-enfrentamento-da-corrupcao-inv-crim-tecn.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

FINCK, Michèle. Blockchains: regulating the Unknown. *German Law Journal*, Cambridge, v. 19, n. 4, 2018.

FORTINI, C.; MOTTA, F. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, v. 16, n. 64, p. 93-113, 2016.

LUCENA, A. U.; HENRIQUES, M. A. A. Estudo preliminar sobre o uso dos blockchains de Bitcoin, Litecoin, Ethereum e Namecoin em gestão de identidades. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO EM SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS, 16., 2016, Niterói. *Anais eletrônicos [...]*. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Computação, 2016. Disponível em: <http://sbseg2016.ic.uff.br/pt/files/anais.pdf>. Acesso em: 2 maio 2022.

MAGNAGNAGNO, O. A.; LUCIANO, E. M.; WIEDENHÖFT, G. C. Redução dos Níveis de Corrupção no Brasil: Qual o papel da Tecnologia da Informação e Comunicação. *Gestão. Org.* Recife, v. 15, edição especial, p. 157-170, 2017. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/14272/2/Reducao_dos_Niveis_de_Corrupcao_no_Brasil_Qual_o_papel_da_Tecnologia_da_Informacao_e_Comunicacao.pdf. Acesso em: 1º mar. 2022.

MORAES, Juliana Moreira. *Blockchain e o compartilhamento de dados na esfera da administração pública federal brasileira: análise do bCPF*. 2019. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Gestão de Políticas Públicas) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/24680>. Acesso em: 2 maio 2022.

MOUGAYAR, W. *Blockchain para negócios: promessas, prática e aplicação da nova tecnologia da internet*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.

- PIRES, Timoteo Pimenta. *Tecnologia Blockchain e suas aplicações para provimento de transparência em transações eletrônicas*. 2016. 57 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Engenharia de Redes de Comunicação) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2016.
- REIS, P. R. D. C.; CABRAL, S. Para além dos preços contratados: Fatores determinantes da celeridade nas entregas de compras públicas eletrônicas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 107–125, 2018.
- ROSA, Fabricia Silva da *et al.* Blockchain para aprimoramento da gestão e da transparência em contratações públicas: proposta de um modelo de Smart Contract para o Poder Executivo de Santa Catarina. ENCONTRO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 8., 2021, Brasília, DF (Virtual). [Anais...]. Brasília, DF: SBAP, 2021. Disponível em: <https://sbap.org.br/ebap/index.php/home/article/download/207/58>. Acesso em: 1º mar. 2022.
- SANTOS, F B; SOUZA, K R. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-Book. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B08KFG92WF>. Acesso em: 25 jun. 2022.
- SETA, L. As possíveis relações entre a blockchain e o direito. *Jusbrasil [S.l.]*, 2017. Disponível em: <https://lucasetta.jusbrasil.com.br/artigos/572357462/as-possiveis-relacoes-entre-a-blockchain-e-o-direito>. Acesso em: 16 jul. 2022.
- TAYLOR, F. W. *Principles of Scientific Management*. New York: Harper & Row, 1911. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. São Paulo: Atlas, 1995. Disponível em: <https://nc400.files.wordpress.com/2012/02/taylor-1911.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2021. Brasil: TI, 2021. Disponível em: <https://ipc.transparenciainternacional.org.br>. Acesso em: 7 mar. 2022.
- UNDERWOOD, S. Blockchain beyond bitcoin. *Communications of the ACM*, [s. l.], v. 59, n.11, p. 15–17, 2016.
- YAGA, D. *et al.* *Blockchain Technology Overview*. Gaithersburg: NIST, U.S. Department of Commerce, 2018.
- YLI-HUUMO, J. *et al.* Where is current research on blockchain technology? - systematic review. *Plos one*, [S. l.], v. 11, n. 10, p. 1-27, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308877750_Where_Is_Current_Research_on_Blockchain_Technology-A_Systematic_Review. Acesso em: 22 mar. 2022.

A INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR: INCOMPATIBILIDADE SISTEMÁTICA

THE INAPPLICABILITY OF THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT IN MILITARY JUSTICE: A SYSTEMATIC INCOMPATIBILITY

Lia Raquel da Cruz Batista da Hora¹

Resumo: O presente artigo versa sobre a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Militar. O citado instituto despenalizador, apesar de ter sido tratado, inicialmente, em Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, foi oficialmente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei Federal nº 13.964/2019, que alterou de forma significativa alguns dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro. Porém, o diploma legal foi silente quanto à aplicabilidade do acordo de não persecução penal na Justiça Castrense, o que levou à discussão, pela doutrina e jurisprudência, se tal fato era opção ou omissão legislativa, em razão de o Código de Processo Penal ser aplicado subsidiariamente ao Direito penal militar. Este estudo busca, portanto, analisar a evolução da justiça consensual no Brasil, percorrendo, em seguida, sobre as especificidades da Justiça Militar brasileira para, finalmente, abordar os argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários acerca da aplicabilidade do acordo de não persecução penal na Justiça Militar. Utiliza-se do método científico hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, a fim de apresentar os diferentes pontos de vista que permeiam a questão e fomentar o debate, visando contribuir para a melhor aplicação do instituto.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; Justiça Militar; justiça penal negociada.

1 Servidora do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. E-mail: liaraquel@mpma.mp.br.

Abstract: This article deals with the possibility of applying the criminal non-prosecution agreement within the scope of military justice. The aforementioned decriminalizing institute, despite having been initially addressed in Resolutions of the National Council of the Public Prosecutor's Office, was officially introduced into the Brazilian legal system with the advent of Federal Law No. 13964 of 2019, which significantly altered some provisions of Brazilian Criminal Procedure Code. However, this law was silent on the applicability of the criminal non-prosecution agreement in military justice, which led to the discussion, in the fields of doctrine and case law, whether this fact was a legislative option or omission, due to the fact that the Criminal Procedure Code is applied in a subsidiary manner to military criminal law. Therefore this study seeks to analyze the evolution of consensual justice in Brazil, to discuss the specificities of Brazilian Military Criminal Justice and, finally, to address the favorable and contrary doctrinal and case law arguments about the applicability of the criminal non-prosecution agreement in military justice. It uses the hypothetical-deductive scientific method and the bibliographic research technique, in order to present the different points of view that permeate the issue and to encourage debate, aiming to contribute to the best application of the institute.

Keywords: criminal non-prosecution agreement; military justice; negotiated criminal justice.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal tem a finalidade de tutelar bens que não podem ser suficientemente protegidos por outros ramos do Direito, ante a sua essencialidade política e econômica para o convívio em sociedade. No ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação da pena ao delito cometido está submetida ao devido processo legal previsto constitucionalmente, devendo-se, ainda, considerar o contraditório e a ampla defesa, para que, ao final do processo, seja aplicada uma sanção ou haja absolvição, de acordo com o apurado ao longo da instrução processual e confirmado por meio de provas.

No entanto, todo esse procedimento apresenta-se, em regra, dispendioso, repleto de formalismos e, não raro, causa a impressão de que é ineficaz, ante a demora na resposta punitiva estatal. Nesse contexto, o Estado pode primar por manter o caráter rígido do processo ou por incrementar meios alternativos na resolução dos conflitos na seara penal, sem que isso importe em impunidade.

Nos últimos anos, a justiça penal negociada tem sido colocada em evidência, considerando a morosidade do Estado no que diz respeito à persecução penal, o que

causa, na sociedade, um sentimento de descrédito quanto à eficácia e celeridade da justiça. Diante desse cenário, a expansão dos mecanismos de consenso na justiça criminal se revela como alternativa, a fim de assegurar, no âmbito do processo penal, uma resposta estatal mais célere ao fato típico praticado (BRANDALISE, 2016).

A negociação de sentença criminal tem origem no direito comparado e foi pensada, ainda no século XIX, no sistema anglo-saxônico, sob a forma de *plea bargain*, do sistema americano; no entanto, o *nolo contendere* (igualmente americano) e o *patteggiamento*, do sistema italiano, também podem ser citados como as formas mais tradicionais desse tipo de negociação, que serviram como base para o desenvolvimento e expansão da justiça penal negociada no Brasil².

A introdução de institutos consensuais penais no ordenamento jurídico brasileiro revela a intenção do legislador de se preocupar com as condutas realmente graves, de modo que, em relação às de menor lesividade social, a opção da incidência do direito penal negocial aumenta a eficiência na prestação da persecução penal estatal e desinfla a máquina estatal.

Nesse contexto, foi editada a Lei Federal nº 13.964/2019, que ficou popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, que alterou dezessete leis penais, a exemplo do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais, e passou a incluir, no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, a figura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no ordenamento brasileiro³.

2 Nos Estados Unidos, o procedimento negocial é denominado de *plea bargain* e os acordos, quanto à sanção a ser imposta, correspondem às *guilty pleas*. O *plea bargain* consiste em um acordo entre acusação e defesa, em que há concessões recíprocas, com o objetivo de buscar-se a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração de que não haverá a contestação da acusação (*plea of nolo contendere*). Ao fim do acordo, se pretende uma condenação mais leniente do que a que poderia ocorrer caso o processo seguisse o rito convencional (BRANDALISE, 2016, p. 27). Na Itália, o procedimento negocial da pena trata-se da *applicazione della pena su richiesta* ou *patteggiamento*, que consiste na aplicação imediata de uma pena a pedido do acusado. O Código de Processo Penal italiano prevê, em seu artigo 444, *comma* I, que o imputado pode autorizar que lhe seja aplicada uma pena restritiva de direitos ou pecuniária, reduzida de até um terço, ou mesmo uma reprimenda privativa de liberdade, desde que, minorada também de até um terço, não ultrapasse cinco anos de detenção, cumulativamente ou não com sanção pecuniária. Ao término de cinco anos, se o objeto da condenação era um crime, ou de dois anos, se o objeto era uma contravenção, a infração penal é extinta, apagando-se todos os efeitos penais da sentença, salvo se o condenado cometer delito ou contravenção da mesma natureza. Essa condenação não poderá ser invocada para obstar a outorga de futura suspensão condicional da pena, conforme art. 445, *comma* II, do CPP italiano. O *patteggiamento* é, em regra, um acordo conjunto do Ministério Público com o acusado – art. 444, *comma* I, do CPP (SANTOS, 2016, p. 62).

3 A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi prontamente adjetivada de “Pacote Anticrime”, nomenclatura, aliás, infeliz, porque contempla, subliminarmente, a antítese, ou seja, a existência de propostas legislativas pró-crime, quadra inimaginável. Chega a pecar,

O instituto, inicialmente inserido na legislação penal brasileira a partir da Resolução nº 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi oficialmente introduzido na legislação processual penal, que sanou o pretensão vício de origem e inseriu no ordenamento jurídico pátrio um modelo de justiça negociada com similaridade ao *plea bargain* (do sistema americano).

A inclusão do instituto, nos moldes propostos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, suscitou debates doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que a Lei Federal nº 13.964/19 não fez expressa referência à aplicação do instituto na Justiça Militar – o que chegou a ser previsto em âmbito de resolução do Conselho Superior do Ministério Público Militar. Por isso, o presente artigo propõe-se à análise da expansão da justiça negociada no Brasil, apontando seus principais institutos, dando ênfase ao ANPP.

Em seguida, abordar-se-á o sistema da justiça penal militar brasileira, enfatizando os seus fundamentos e, por fim, será feita a análise da possibilidade de aplicação do ANPP na Justiça Castrense, observando-se os argumentos favoráveis e contrários para tal fim.

2 EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL

Diante da crise enfrentada pela justiça criminal brasileira, a busca por alternativas ao processo penal clássico permite celeridade nos conflitos jurídico-penais de menor gravidade, otimiza os recursos financeiros do Estado, vez que reduz a duração do trâmite processual clássico – ou mesmo impede a deflagração de uma ação penal.

Ademais, admite que os crimes menos prejudiciais, praticados sem o emprego de violência, por exemplo, sejam resolvidos de forma mais célere, por meio da justiça penal negociada, que se revela como novo modelo de resposta ao delito, mitigando o princípio da obrigatoriedade⁴, vigente no processo penal brasileiro, a fim de se alcançar resolução antes mesmo da propositura da ação penal ou, uma vez proposta, de obter sua suspensão e seu encerramento antecipado (FERNANDES, 2012, p. 207).

A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, foi o marco do consenso no processo penal brasileiro (estabelecido entre o titular da ação penal, o acusado e/ou a vítima) e regulamenta as questões atinentes aos delitos de menor potencial ofensivo. As possibilidades de consenso, na Justiça Penal,

inclusive, pela empáfia, sugerindo que as críticas porventura formuladas ao “Pacote Anticrime” seriam, em verdade, favoráveis à criminalidade. Por tais razões, evitaremos a expressão, referindo-se à lei ou à reforma de 2019 (SANTOS, 2020, p. 1). Tal posição é adotada no presente trabalho.

4 Art. 42 – O Ministério Público não poderá desistir da ação penal (BRASIL, 1941). Art. 576 – O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto (BRASIL, 1941).

previstas no ordenamento jurídico brasileiro são: composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo – estas previstas na Lei nº 9.099/95 – colaboração premiada, prevista em diversas leis esparsas e, o mais recente instituto, o ANPP, inserido no Código de Processo Penal com o advento da Lei nº 13.964/2019.

O presente artigo tratará de forma mais objetiva as quatro primeiras possibilidades de consenso na Justiça Penal, atendo-se, com mais detalhes, ao ANPP, por ser este o objeto de estudo. O primeiro instituto da Lei nº 9.099/95, que possibilita a realização de acordo, é a composição civil de danos, que consiste na reparação do dano por parte do acusado, extinguindo, assim, a pena⁵.

A busca por essa reparação está regulada nos artigos 72 a 75 da referida lei e acontece da seguinte forma: cometida uma infração de menor potencial ofensivo⁶, após a lavratura de termo circunstanciado pela autoridade policial, esta o remeterá ao Juizado, para que seja designada uma audiência preliminar. Nesta audiência, na presença do autor do fato (ofensor), da vítima, do responsável civil⁷ – se possível – e do representante do Ministério Público, será tentada uma conciliação, através de uma composição dos danos civis entre o ofensor e a vítima, da transação penal ou pela conjugação dos dois institutos.

Havendo acordo, a sentença que o homologará é irrecorrível e adquire a eficácia de título executivo judicial, a ser executado no juízo cível competente, conforme dispõe o art. 74⁸. Em se tratando de ação penal pública incondicionada, o acordo entre o autor do fato e o ofendido não possui efeito despenalizador, passando-se à segunda fase do procedimento do Juizado Especial Criminal, ocasião em que o *parquet* analisará se há cabimento para oferecimento da proposta de transação penal.

Este último instituto está previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, que dispõe que “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor

-
- 5 Processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (BRASIL, 1995).
 - 6 Lei nº 9.099/95 - Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006) (BRASIL, [2006]).
 - 7 O responsável civil é aquele que pode responder civilmente, no Juizado Especial Criminal, pela conduta do autor do fato. Em outras palavras, é aquele que seria acionado no âmbito cível para indenizar os prejuízos causados à vítima da infração de menor potencial ofensivo.
 - 8 A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz, mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (BRASIL, 1995).

a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”.

Assim, por serem os crimes caracterizados na lei como de menor potencial ofensivo, a realização de um acordo benéfico para ambas as partes, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, acarreta a prevenção da ação penal – se proposta na audiência preliminar, impedindo a formação do processo e ocasionando a aplicação imediata da pena (restritiva de direitos). Ainda que a proposta de transação seja oferecida somente na audiência de instrução e julgamento, se for aceita, acarreta a extinção da ação penal, nos termos do art. 79⁹.

Para o Estado, a aplicação da transação penal o isenta dos custos e movimentações processuais e, conseqüentemente, acelera a prestação jurisdicional; já para o autor do fato, evita as conseqüências advindas do processo penal, principalmente a restrição de liberdade¹⁰. Ressalte-se que o autor do fato se submete ao cumprimento de determinada medida, a fim de evitar a instauração de um processo sem, no entanto, admitir culpa – ponto que diferencia substancialmente a transação penal do ANPP, conforme adiante explicitado.

A suspensão condicional do processo também está inserida no contexto da justiça penal negociada no Brasil e está prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, segundo o qual o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá também apresentar proposta de suspensão condicional do processo, desde que atendidos os seguintes requisitos: pena mínima cominada igual ou inferior a um ano; que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; presentes os demais requisitos para a suspensão condicional da pena¹¹.

9 No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei (BRASIL, 1995).

10 Art. 76, §2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I- ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II- ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III- não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. O Ministério Público está vinculado aos requisitos mencionados e, ausentes os fatores impeditivos do art. 76, a proposta de transação penal deve ser ofertada. Se presente qualquer fato impeditivo ou o autor do fato não aceitar a proposta, o Ministério Público deverá propor a devida ação penal, em vista da obrigatoriedade vigente. É um poder-dever do parquet (BRANDALISE, 2016).

11 Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I- o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III- Não seja indicada ou cabível a substituição prevista

A colaboração premiada, por sua vez, é uma técnica especial de investigação, por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal (LIMA, 2021). O instituto está previsto em diversas leis esparsas, tendo, na Lei nº 12.850/2013, descrição mais detalhada acerca desse procedimento negocial¹².

Em síntese, o art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, dispõe que o juiz, a requerimento das partes, poderá conceder o perdão judicial, reduzir até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, em favor de quem tenha efetivamente e de forma voluntária colaborado com a persecução penal, desde que esta colaboração resulte em alguns dos resultados listados¹³.

no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) §1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) §2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) (BRASIL, 1940).

- 12 Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos – que, no artigo 7º, acresceu o § 4º ao art. 159 do Código Penal, referente ao crime de extorsão mediante sequestro, a fim de estender a benesse da delação premiada aos integrantes em concurso de agentes que contribuísssem para a liberação do sequestrado. Lei nº 9.080/1995, que acrescentou dispositivos às Leis nº 7.492/1986 – Lei dos Crimes contra o sistema financeiro nacional, mais conhecida como Lei do Colarinho Branco, e Lei nº 8.137/1990 – Lei dos crimes contra a ordem tributária; na Lei nº 9.269/1996, que deu nova redação ao parágrafo quarto do artigo 159 do Código Penal Brasileiro; na Lei nº 9.613/1998 – Lei de lavagem de dinheiro, na Lei nº 9.807/1999 – Lei de Proteção a vítimas e testemunhas, na Lei nº 10.149/2000 – Lei do Acordo de Leniência e na Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas. A Lei nº 12.850/2013, que revogou a antiga Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995), dispõe sobre organização criminosa e prevê, de forma mais detalhada, a delação premiada, com requisitos, benefícios e direitos do colaborador. Ademais, o Brasil é signatário de convenções internacionais que preveem a colaboração premiada, reconhecendo a sua compatibilidade com as ordens constitucionais dos Estados que fazem parte da Convenção, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida ou UNCAC – 2003), promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006 (HORA, 2017).
- 13 I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

O art. 4º, §4º, do citado diploma, dispõe que o promotor de justiça pode deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa, bem como se for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Pontue-se que a Lei nº 13.964/2019 deu nova redação ao referido parágrafo, ao dispor que essa colaboração só será possível se referir-se a infração de que o Ministério Público não tenha prévio conhecimento¹⁴.

Em suma, o instituto da colaboração premiada é um acordo perpetrado entre acusador e defesa, cujo objetivo é refutar a resistência do réu, a fim de facilitar a investigação criminal em troca de benefícios em favor de quem colabora, mitigando as consequências penais da conduta criminosa (VASCONCELOS, 2017).

Finalmente, convém tratar do ANPP, inicialmente previsto na Resolução nº 181/2017, alterada pela Resolução nº 183/2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e oficialmente introduzido na legislação processual penal a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Essa introdução atípica suscitou críticas quanto à violação da reserva legal, razão pela qual gerou questionamentos sobre a constitucionalidade do instituto¹⁵.

Porém, introduzido pela citada legislação, passou a ser regulamentado no art. 28-A, do Código de Processo Penal, tratando-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, realizado entre o Ministério Público e o agente que tenha praticado fato criminoso sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos. Ademais, deve estar assistido por advogado (ou defensor público), sendo necessária a confissão formal e circunstancial da prática do crime, bem como a sujeição do agente ao cumprimento de determinadas condições, tendo como recompensa o não oferecimento da denúncia e, ao final do cumprimento das condições ajustadas, a extinção da punibilidade.

As condições previstas no citado artigo para concessão do acordo, ajustadas cumulativa e alternativamente, são: a reparação do dano ou a restituição da coisa

14 § 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos alterada pela Resolução 183 do CNMP (CUNHA, 2020).

15 A Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, foi alvo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5790 e 5793. A ADI nº 5790 buscava o reconhecimento de inconstitucionalidade material da Resolução nº 181/2017 do CNMP, sob o argumento de que a previsão do ANPP acabava por usurpar a competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção. De seu turno, a ADI nº 5793 utilizava-se do argumento que a resolução extrapolou seu poder regulamentar, na medida em que compete privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal, e, *a contrario sensu*, a resolução permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal, violando a indisponibilidade da ação penal pública, dentre outros princípios. A inovação legislativa manteve, em grande parte, os contornos delineados pela Resolução nº 181, apresentados pelo colaborador (BRASIL, 2013).

à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal.

Ademais, pode ser determinado o pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45, do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função, proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Porém, a legislação também previu hipóteses de não cabimento da proposta de acordo, dispostas no §2º do art. 28-A, quais sejam: se for cabível transação penal, nos termos da Lei nº 9.099/95; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; se o agente houver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor¹⁶.

O ANPP será submetido à homologação judicial, sendo prerrogativa do juízo devolver os autos ao Ministério Público, para reformulação da proposta ao investigado e a seu defensor, caso considere as disposições do instrumento negocial inadequadas, insuficientes ou abusivas. Se não forem realizadas alterações ou se a proposta não observar os requisitos legais, poderá o juiz recusar a sua homologação, oportunidade em que devolverá os autos ao Ministério Público para que analise a necessidade de prosseguimento das investigações ou ofereça denúncia¹⁷.

Havendo homologação do acordo, sua execução será realizada perante o juízo das execuções penais e, sendo cumprido, haverá a extinção da punibilidade. Em caso de descumprimento, deverá o Ministério Público requerer ao juiz a sua revogação, a fim de que seja possível o oferecimento da denúncia. Neste aspecto, em observância ao contraditório e à ampla defesa, o compromissário deverá ser chamado e ouvido antes da decisão, pois apenas o descumprimento injustificado gera a rescisão da negociação (CUNHA, 2020).

16 Pontue-se, ainda, que o *caput* do art. 28-A deixa clara a aplicabilidade do acordo a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, destacando-se que a violência capaz de impedir o benefício é aquela inerente à conduta, não ao resultado. Assim, a um homicídio culposo, por exemplo, é aplicável o ANPP (CUNHA, 2020).

17 Art. 28, §7º, §8º (BRASIL, 1940).

Definido o ANPP e explicitado o procedimento para sua realização, convém retomar as origens desse instrumento negocial para começar a adentrar na possibilidade de aplicação do instituto na Justiça Militar brasileira – análise a qual este artigo se propõe. Com a alteração dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público, a Resolução nº 181/2017 passou a conter disposição expressa, no art. 18, §12, acerca da não aplicabilidade do ANPP aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

Por sua vez, o Conselho Superior do Ministério Público Militar (CSMPM) editou, em setembro de 2018, a Resolução nº 101, que tratava do procedimento investigatório criminal (PIC) no âmbito do Ministério Público Militar e previa, no artigo 18, a possibilidade da celebração do ANPP¹⁸.

Os parâmetros estabelecidos eram similares aos da resolução do CNMP (que, por sua vez, são extremamente similares ao art. 28-A, do Código de Processo Penal), mas a previsão de medida despenalizadora na Justiça Castrense não foi bem recepcionada pela doutrina e pela jurisprudência das instituições militares, que adotaram posicionamento no sentido de que, assim como a Lei Federal nº 9.099/95 não se aplica à Justiça Militar da União¹⁹, a possibilidade de aplicação do ANPP não deveria ser reconhecida.

Com a Lei nº 13.964 de 2019, a discussão se ampliou, haja vista o silêncio do legislador acerca da aplicabilidade do “novo” dispositivo na Justiça Castrense, embora nas Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público constasse vedação expressa. Nessa conjuntura, passa-se a analisar os fundamentos da justiça penal militar brasileira e a viabilidade da celebração do ANPP no âmbito militar.

3 A JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA

A Justiça Militar brasileira tem seu fundamento de legitimidade previsto na Constituição Federal e existe em função das organizações militares, tanto federais como estaduais, vez que a Carta Maior atribuiu às forças armadas e à polícia ostensiva o caráter militar, o que caracteriza a necessidade de que os crimes praticados por esses servidores, no exercício da função, sejam julgados por uma justiça especializada.

Embora não se pretenda tratar, neste trabalho, de forma detalhada, da evolução histórica da Justiça Militar brasileira, focando-se em tratar dos princípios que a regem e das principais diferenças em relação à justiça comum, é importante pontuar

18 A Resolução nº 101/2018 foi alterada pelas Resoluções 104/CSMPM/2019, 108/CSMPM/2019, 109/CSMPM/2020, 115/CSMPM/2020, 124/CSMPM/2022, e 126/CSMPM/2022.

19 Súmula 9, do Superior Tribunal Militar: “A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União”.

que, no Brasil, a evolução da Justiça Castrense está devidamente relacionada à transferência da monarquia portuguesa para o Brasil (BRASIL, 2021).

Tendo como fundamentos os princípios da hierarquia, da disciplina e da subordinação, inicialmente foi composta por três conselhos independentes – o Conselho Supremo Militar, o Conselho de Justiça e o Conselho de Justiça Supremo Militar²⁰ – e acumulava duas funções, uma de caráter administrativo e outra de caráter judiciário. Ao tempo de sua estruturação, a Justiça Militar esteve como parte do Poder Executivo e, logo adiante, foi integrada ao Poder Judiciário, com a promulgação da Constituição de 1934.

Na atual Constituição, mantém-se a Justiça Militar, nos âmbitos federal e estadual, como órgão do Poder Judiciário, com a ressalva de não mais pertencerem à Justiça Castrense os processos e julgamentos referentes aos delitos políticos, atribuição transferida para a Justiça Federal comum²¹.

Conforme dito, a Justiça Militar está dividida em federal e estadual, consoante os artigos 122 a 124 e 125, §§3º, 4º, 5º, respectivamente, inseridos no Título II, Capítulo III, do Poder Judiciário – Seção VII – Dos Tribunais e Juízes Militares. No tocante à esfera federal, são órgãos da Justiça Militar da União, consoante o art. 122 da Constituição, o Superior Tribunal Militar, os Tribunais e Juízes Militares, instituídos por lei. A previsão constitucional é regulamentada pela Lei nº 8.457/1992, que rege a organização da Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares.

O art. 125, §§3º, 4º e 5º, da Constituição Federal, versa sobre a instituição da Justiça Militar estadual, para julgar os delitos militares tipificados e cometidos por integrantes das forças auxiliares – policiais militares e bombeiros – e as ações judiciais contra atos disciplinares militares. Na segunda instância, há três Tribunais Militares estaduais, localizados em São Paulo, no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais, instituídos de acordo com o requisito estipulado no § 3º, do art. 125, da Lei Maior, a saber: contarem os estados com efetivo militar superior a vinte mil integrantes. Nos demais entes da federação, os policiais militares e bombeiros são julgados, em primeiro grau, pelas Auditorias Militares e, havendo recurso, julgados pelos Tribunais de Justiça estaduais.

Tudo isso ocorre porque a Justiça Militar, como uma espécie de jurisdição especializada, possui regramento próprio, a exemplo do Código Penal Militar e do

20 Quando em conjunto, Conselho Supremo Militar e Justiça.

21 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral (BRASIL, 1988).

Código de Processo Penal Militar, cabendo algumas ponderações que serão essenciais para a compreensão da aplicabilidade do ANPP na Justiça Castrense. O Código Penal Militar estabelece que, quando duas normas penais versarem sobre o mesmo assunto, caberá ao aplicador do direito escolher a mais benéfica para o réu, segundo o conjunto das normas e não isoladamente²².

Isso não quer dizer que o aplicador, sob o fundamento de aplicação da norma penal mais benéfica ao réu, pode mesclar normas penais comuns com as normas penais castrenses, sob pena de violação do princípio da especialidade. Nesse entendimento, é a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar, que prima pela prevalência da especialidade da legislação processual penal militar e da Justiça Castrense²³.

Nesse sentido, também cabem considerações acerca da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no contexto da Justiça Militar. O Código de Processo Penal Militar prevê, no artigo 3º, alínea “a”, que somente se aplica a legislação penal adjetiva de maneira subsidiária quando esta não desvirtuar a índole do direito processual penal militar²⁴.

Ora, trata-se de uma justiça especializada com balizas próprias e distintas do direito penal comum, de modo que o intérprete deve respeitar as peculiaridades de cada sistema enquanto ramo autônomo, sob pena de, caso isso não ocorra, o sistema penal militar se transformar em um mero ramo do direito penal comum. Ainda nesse contexto de jurisdição especializada, a Justiça Militar abrange uma categoria especial de agentes – os das Forças Armadas – e julga apenas os crimes militares definidos em lei – preceito emanado do art. 124 da Constituição Federal – que podem ser perpetrados tanto por militares quanto por civis.

No entanto, ao inverso da Justiça Militar federal, não compete à Justiça Castrense estadual processar e julgar civis, apenas militares; mas tal e qual a Justiça

22 Art. 2º, §1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irreversível (BRASIL, 1969).

23 STF – 2ª T. – HC nº 119.458/AM – Rel. Min. Cármen Lúcia – J. 25/03/14; STM – AP:00000826320157050005 PR, Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Data de Julgamento: 20/04/2017, Data de Publicação: Data da Publicação: 05/05/2017 Vol: Veículo: DJE; STF - AgR HC: 158077 AM - AMAZONAS 0016445-77.2018.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/03/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-051 15-03-2019.

24 Essa índole do processo penal militar somente pode ser compreendida se considerarmos que a lei penal (militar) possui como fim mediato a manutenção das normas, ou princípios, de hierarquia e disciplina militares, troncos de sustentação das instituições militares. Pode-se alinhar como sinônimos de índole, neste caso: alma, ânimo, espírito, disposição, inclinação, estrutura (LIMA, 2020).

da União, trata-se de órgão especializado do Poder Judiciário, cujos pilares são a hierarquia e a disciplina. No direito penal militar, igualmente, o bem jurídico tutelado é o binômio hierarquia e disciplina, de modo que terá sempre por escopo a proteção desse conjunto basilar, sendo este o seu principal diferencial do Direito Penal comum. Sobre o tema, Nucci (2019, p. 30) aduz que:

O Código Penal (Decreto-lei 2.848/40) tutela inúmeros bens jurídicos, dentre os quais a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, a fé pública, a administração da justiça etc. O Código Penal Militar tutela, igualmente, variados bens jurídicos, porém, sempre mantendo escalas: num primeiro plano, por se tratar de ramo específico do Direito Penal, tem por bem jurídico constante, presente em todas as figuras típicas, de modo principal ou secundário, o binômio hierarquia e disciplina, bases organizacionais das Forças Armadas (art. 142, caput, CF); num segundo plano, não menos relevante, os demais, como vida, integridade física, honra, patrimônio etc. A constatação dos valores de hierarquia e disciplina, como regentes da carreira militar, confere legitimidade à existência do Direito Penal Militar e da Justiça Militar (arts. 122 a 124, CF).

De modo diverso, parte da doutrina entende como equívoco confundir o bem jurídico do tipo penal com valores como hierarquia e disciplina militares, de forma que há crimes que protegem diretamente tais bens, e outros bens jurídicos que não, tal qual o crime de furto, cujo bem jurídico é o patrimônio; no estupro, cujo bem jurídico é a liberdade sexual; entre outros exemplos em que, não necessariamente, haveria violação do binômio (ROTH, 2011).

Com o advento da Lei nº 13.491/2017, que tornou os crimes comuns em crimes militares por extensão, fica mais evidente que diversos crimes não envolvem a hierarquia e disciplina militares, tais como o porte ilegal de arma de fogo, a tortura, o abuso de autoridade, o crime organizado, entre outros (ROTH, 2017). Para essa visão, portanto, não há uma correlação obrigatória entre a prática do crime militar e a violação da hierarquia e da disciplina, devendo ser analisada a conduta no caso concreto.

Tal discussão tem reflexos diretos na aplicação do ANPP na Justiça Militar, vez que, para os defensores do posicionamento de que todo crime militar atinge, direta ou indiretamente, a hierarquia e a disciplina, esse já seria um fundamento suficiente para a não incidência do ANPP no âmbito da justiça penal militar, não se admitindo, portanto, flexibilização.

Já para os que entendem que nem todo crime militar atinge a hierarquia e a disciplina, em uma análise inicial, seria possível a aplicação do ANPP na Justiça Penal Castrense, nas hipóteses em que esses valores não fossem afetados pela prática delitiva, o que autorizaria o afastamento da tutela penal. Essa questão será mais bem analisada adiante.

4 A INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR

A discussão sobre a aplicabilidade do ANPP na Justiça Castrense foi suscitada, primeiro, em razão de, inicialmente, quando das tratativas do instituto apenas em âmbito da Resolução nº 181/2017, alterada pela Resolução nº 183/2018, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), haver disposição relacionada à sua aplicação na Justiça Militar²⁵.

Não obstante, o Conselho Superior do Ministério Público Militar (CSMPM) também dispôs, em âmbito de resolução, acerca da possibilidade da celebração do ANPP na seara militar, o que denota que os órgãos ministeriais tiveram preocupação em dispor sobre a matéria, considerando a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ao Código de Processo Penal Militar²⁶.

Porém, quando da edição da Lei Federal nº 13.964/2019, que introduziu oficialmente o ANPP no ordenamento jurídico, o legislador restou silente quanto à aplicação do instituto em face dos crimes militares, o que exigiu posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da questão, partindo-se à apresentação dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à aplicação do instituto na Justiça Castrense.

4.1 Argumentos favoráveis à aplicação do ANPP na Justiça Militar

Quanto à vedação prevista na Resolução nº 181/2018, do CNMP, considerando quesó não se aplicaria o ANPP nos delitos cometidos por militares que afetassem a hierarquia e a disciplina, Cunha (2020, p. 135) aduz que, nos demais casos em que não houvesse violação da hierarquia e disciplina, poderia sim ser celebrado o instrumento negocial²⁷. Há argumentos nesse sentido mesmo na atual previsão

25 Art. 18, § 12 - As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

26 Art. 1º, § 2º Aplicam-se, subsidiariamente, as normas deste Código aos processos regulados em leis especiais (BRASIL, 1969).

27 Ressalte-se que este é o posicionamento do autor ao considerar, tão somente, a Resolução nº 181/2018, do CNMP.

legal, de modo que o acordo seria aplicável em certos casos, conforme a intensidade de violação dos princípios da hierarquia e disciplina, bem como a natureza do crime militar, se próprio ou impróprio.

Os crimes militares próprios possuem previsão somente no Código Penal Militar e exigem que o sujeito ativo seja militar (teoria clássica) e possuem, em sua essência, uma maior violação à hierarquia, à disciplina e aos deveres militares, tais como os crimes de recusa de obediência, desrespeito a superior, violência contra inferior, abandono de posto, dormir em serviço, entre outros, o que justifica a não adoção do acordo, pois violaria a índole do processo penal militar (FOUREAUX, 2020).

Assim, nada impede que seja analisada a aplicação do ANPP nos crimes militares impróprios, que não violem a hierarquia e a disciplina, vez que a essência dos valores militares, da hierarquia, disciplina e índole do processo penal militar não serão afetados, o que permite invocar a aplicação do art. 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar (aplicação subsidiária) (FOUREAUX, 2020).

Outro argumento favorável apresenta o fato de não haver vedação à aplicação do instituto na Justiça Militar, no rol que dispõe sobre os impedimentos para realização do acordo, conforme previsto no art. 28-A, §2º, do Código de Processo Penal. Assim, deixar de aplicar o ANPP aos crimes militares fere a isonomia, prevista constitucionalmente²⁸, vez que um crime praticado no mesmo contexto fático permitirá que haja soluções distintas.

Desse modo, por constituir um instituto processual mais benéfico ao investigado, em consonância com o art. 2º, §1º, do Código Penal Militar, deve ser aplicado à Justiça Militar, assim como o interrogatório passou a ser o último ato do processo, por ser mais benéfico à ampla defesa e contraditório²⁹. Ressalta-se, ainda, que, quando o legislador quis vedar a aplicação de instituto despenalizador, o fez expressamente, como na Lei nº 9.099/95³⁰ (FOUREAUX, 2020). Desse modo, mais uma vez, haveria a possibilidade de invocar o art. 3º, desta feita na alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar, ante a omissão legislativa, ensejando, também, a aplicação do instituto por analogia³¹.

28 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

29 STF. Plenário. HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016 (Info 816).

30 Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar (BRASIL, 1995).

31 Art. 3º. Os casos omissos neste Código serão supridos: e) pela analogia.

4.2 Argumentos desfavoráveis à aplicação do ANPP na Justiça Militar

Conforme analisado no decorrer do presente artigo, a hierarquia e a disciplina são valores tutelados constitucionalmente, sem os quais não há pacificação social sem Forças Armadas aptas à proteção de ameaças externas e, no âmbito da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros, para a proteção da segurança pública, de modo que não seria razoável o afastamento da tutela penal no âmbito da Justiça Castrense (BARCELLOS, 2020).

Assim, no âmbito do direito penal militar, existe a sensação de que a criminalidade, anteriormente adstrita ao universo extramuros das unidades militares, hoje, ainda que, em menor escala, aumentou vertiginosamente. Dessa feita, há que se proteger a sociedade também pela implementação urgente de medidas legislativas e hermenêuticas, a fim de que o direito penal militar não seja um estímulo para a prática delituosa e para que seja satisfeito o aspecto positivo do garantismo penal, ou seja, a vedação à proteção deficiente (TELES, 2015).

Desse modo, a índole do processo penal militar não comporta a aplicação do instituto trazido pela Lei Federal nº 13.964/2019, tanto que, em se tratando de outros institutos da justiça penal negocial, como os que estão previstos na Lei nº 9099/95, também não houve previsão de cabimento na Justiça Castrense. Trata-se de um exercício lógico: se a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo – aplicáveis a crimes de menor potencial ofensivo – não são permitidas nos delitos militares, não haveria de ser o ANPP aplicado a crimes que possuem penas mais gravosas.

Ademais, a índole do processo penal militar também seria violada em razão da retirada do Conselho de Justiça (nos crimes de sua competência) da análise do grau de afetação à hierarquia e disciplina do crime praticado pelo militar.

A ausência de vedação expressa à aplicabilidade de ANPP na Justiça Militar, de igual modo, não se revela como justificativa apta a legitimar a aplicação do instituto. Isto porque a ausência de previsão não se trata de omissão legislativa, mas de silêncio eloquente, ou seja, deliberação do legislador³².

A Lei nº 13.964/2019 promoveu diversas alterações no Código de Processo Penal comum e somente uma no Código de Processo Penal Militar, ao tratar da nomeação de defensor para militares que figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal, praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada (art. 16-A) (BRASIL, 1969), norma esta que também passou a ser prevista no Código de Processo Penal (art. 14-A) (BRASIL, 1941).

32 TJMMG. Câmara. Recurso em Sentido Estrito nº 2000272-35.2020.9.13.0002/JME Relator: Desembargador Sócrates Edgard dos Anjos. Julgamento em 12/09/2020; STM – HC nº 7000374- 06.2020.7.00.000, Relator Ministro José Coêlho Ferreira, julgado em 26/08/2020.

Portanto, o legislador optou por alterar o Código de Processo Penal Militar somente neste ponto, não havendo margem para invocar a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, sob pena de violação ao princípio da especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense, sendo indevida a aplicação do instituto por analogia³³.

O princípio da especialidade afasta a incidência do ANPP no âmbito da Justiça Penal Castrense, em razão dos valores que lhes são peculiares, independentemente do tipo de crime (próprio, impróprio, ou por extensão) praticado. Ademais, o ANPP, quando integralmente cumprido pelo investigado, resulta na extinção da punibilidade, que não é prevista na legislação penal militar.

Desse modo, fica claro que a interpretação de um dispositivo legal deve ser feita em conjunto com todo o sistema normativo, tendo seu sentido e alcance adequados à lei em que se encontra a norma, em outras leis correlatas e, principalmente, na Constituição Federal, para fins de sua correta aplicação.

Os argumentos expostos apontam, de forma explícita, a incompatibilidade do ANPP com a Lei Adjetiva Castrense, posicionamento que tem sido adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁴ e do Superior Tribunal Militar³⁵, que é pacífica em afirmar a inaplicabilidade do ANPP na Justiça Militar, pelos motivos expostos acima.

5 CONCLUSÃO

A justiça penal negociada se revela como alternativa à morosidade processual, a fim de assegurar, no âmbito do processo penal, uma resposta estatal mais célere ao fato típico praticado, bem como revela a intenção do legislador de se preocupar com as condutas mais graves, de modo que, em relação às de menor lesividade social,

33 Superior Tribunal Militar. Plenário. Apelação nº 7000453-82.2020.7.00.0000. Relatora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Revisor: Ministro Gen. Ex. Marco Antônio de Farias. Data da Sessão 08/02/2021 a 11/02/2021. A analogia é um meio de colmatação de lacunas normativas, aplicado pelo operador do direito, que visa encontrar a solução em um diploma normativo semelhante ao caso não previsto em lei. Para isso não pode o intérprete valer-se de qualquer lei, mas sim daquela que possui uma compatibilidade sistêmica (BARCELLOS, 2020).

34 STF - HC: 204140 RJ 0057073-06.2021.1.00.0000, Relator: Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 02/07/2021, Data de Publicação: 13/07/2021.

35 STM - HC: 70003740620207000000, Relator: José Coêlho Ferreira, Data de Julgamento: 26/08/2020, Data de Publicação: 14/09/2020; STM - APL: 70005014120207000000, Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Data de Julgamento: 15/10/2020, Data de Publicação: 17/12/2020; STM - APL: 70004733920217000000, Relator: Carlos Vuyk de Aquino, Data de Julgamento: 10/02/2022, Data de publicação: 23/02/2022.

a opção da incidência do direito penal negocial aumenta a eficiência na prestação da persecução penal estatal e desinfla a máquina estatal.

Além dos institutos despenalizadores já existentes, a exemplo da composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo – previstas na Lei nº 9.099/95 – colaboração premiada, prevista em diversas leis esparsas, a Lei nº 13.964/2019 introduziu o ANPP no ordenamento brasileiro, como mais um instituto da justiça penal negociada.

Porém, o silêncio do legislador acerca da aplicação do novo instituto, em face dos crimes militares, exigiu posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a questão, vez que o tema já havia sido tratado no âmbito de Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior do Ministério Público Militar, razão pela qual se fez necessária a análise dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à aplicação do instituto na Justiça Castrense.

Para tanto, foi realizada a análise da evolução da justiça penal negocial no Brasil, para compreensão do contexto em que o ANPP está inserido. Após, foi analisada, brevemente, a origem histórica da Justiça Militar no Brasil, sendo dada ênfase aos seus fundamentos e princípios basilares, para, finalmente, discutir a possibilidade de aplicação do ANPP aos crimes militares.

Diante do que foi analisado, tem-se que a interpretação que respeita a lógica sistêmica do Direito Penal e Processual Penal Militar é a que não admite a incidência do ANPP na Justiça Castrense. O ANPP não se aplica aos crimes praticados por militares, independentemente do tipo de crime (próprio, impróprio, ou por extensão) praticado, pois fere o sistema do Código de Processo Penal, taxado pelo princípio da especialidade.

Ademais, não houve omissão, por parte do legislador, no Código de Processo Penal Militar, quando da edição da Lei nº 13.964/2019, que o altera somente ao inserir o art.16-A, nada dispondo, portanto, sobre o ANPP. Por fim, não há compatibilidade do instituto com o sistema jurídico militar, que tem como diretriz constitucional a hierarquia e a disciplina militares, a fim de reprimir a prática de infrações no âmbito castrense e fortalecer o regular funcionamento das instituições militares.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Eduardo Rodrigues. Não incidência do instituto despenalizador do acordo de não persecução penal na esfera do direito penal militar – incompatibilidades lógicas e sistêmicas. *Revista Conhecimento Interativo*, São José dos Pinhais, n. 2, v. 14, p. 235-266, jul./dez. 2020. Disponível em: <http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/456>. Acesso em: 2 ago. 2022.

- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006*. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm#art1. Acesso em: 2 ago. 2022.
- BRASIL. *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; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus: HC 119.458 - AM(2014/0128782-2*. Rel. Min. Cármen Lúcia – J. 25/03/14; STM - AP: 00000826320157050005 PR, Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Data de Julgamento: 20/04/2017. Data da Publicação: 05/05/2017 Vol: Veículo:DJE; STF - AgR HC: 158077 AM - Amazonas 0016445-77.2018.1.00.0000, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 01 mar. 2019. Primeira Turma. Data de Publicação:DJe-051 15-03-2019. Disponível em: <http://jusbrasil.com.br>. Acesso em: 5 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Memória: criação, evolução e contexto histórico*. Brasília, DF: Superior Tribunal Militar, 2021. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/memoria>. Acesso em: 4 ago. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

FOUREAUX, Rodrigo. O Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar. *Observatório da Justiça Militar Estadual*, Belo Horizonte, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/29/o-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-na-justi%C3%A7a-militar>. Acesso em: 5 ago. 2022.

HORA, Lia Raquel da Cruz Batista da. *Colaboração premiada à luz da Teoria dos Jogos: aplicabilidade no processo penal brasileiro*. 2017. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1766/1/Lia%20Raquel%20da%20Cruz.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: artigos 1º a 120 do Código Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ONO, Sylvia Helena. O direito subjetivo do infrator ao acordo de não persecução penal nos crimes comuns e nos crimes militares. In: ROTH, Ronaldo João. *Acordo de Não Persecução Penal: estudos no processo penal comum e militar*. 1. ed. São Paulo: Dia a Dia Forense, 2020. p. 115-157.

ROTH, Ronaldo João. Lei 13.491/17: os crimes militares por extensão e o Princípio da Especialidade. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, DF, v. 27, n. 1, p. 124-145, jul. / dez. 2017. Disponível em: <http://dspace.stm.jus.br/bitstream/handle/123456789/130247/Revista%20de%20Doutrina%20e%20Jurisprud%C3%AAncia%2027%20-%20PDF-A.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 4 ago. 2022.

ROTH, Ronaldo João. O princípio da insignificância e o direito penal militar: drogas, crimes patrimoniais, e disciplina e hierarquia. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA Ilton Garcia da (coord.). *Direito militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 521-550.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TELES, Fernando Hugo Miranda Teles. Princípio da Vedação à Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, DF, ano 40, n. 25, p. 89-119, nov. 2015. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/revista-25.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VISÃO E ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

OVERVIEW AND GENERAL ASPECTS OF NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE IN BRAZIL

Paula Brito da Silva¹

Resumo: O processo penal brasileiro vem, desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deixando de ser mais conflituoso, passando a adotar uma postura de justiça penal consensual, quando assim couber, tendo em vista a busca mais rápida e eficiente de uma resposta à sociedade, bem como à vítima e ao Estado, deixando, assim, que seja usado o aparato estatal do Sistema de Justiça Criminal para investigações e persecuções de crimes mais graves e que onerem mais a vida em sociedade. O presente trabalho busca mostrar, por meio do exposto, com revisão bibliográfica especializada, diplomas legais e entendimentos jurisprudenciais, os aspectos gerais da justiça penal negociada, no Brasil, com a exposição dos seus principais institutos atualmente em vigência.

Palavras-chave: justiça penal negociada; institutos; transação penal; acordo de não persecução penal; colaboração premiada.

Abstract: Since the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, the Brazilian criminal procedure has ceased to be more conflictual, adopting a consensual criminal justice stance, when appropriate, considering the faster and more efficient search for a response to society, as well as to the victim and the State, so that the state apparatus of the Criminal Justice System is used for investigations and prosecutions of more serious crimes and offenses that burden life in society more. This work seeks to show, through what has been presented, with a specialized bibliographic review, laws and case law understandings, the general aspects of negotiated criminal justice in Brazil, with the exposition of its main institutes currently in force.

1 Servidora do Ministério Público do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Eleitoral. E-mail: paulasilva@mpma.mp.br.

Keywords: negotiated criminal justice; institutes; plea bargaining; criminal non-persecution agreement; state's evidence.

1 INTRODUÇÃO

A justiça penal negociada, no Brasil, surge como uma alternativa à diminuição da grande demanda de tramitações de processos judiciais criminais, acerca de crimes de menor ou médio potencial ofensivo, os quais demandam muitos recursos do sistema de justiça criminal, por vezes custosos, e que, ao final, podem resultar em penas restritivas de direitos ou penas privativas de liberdade brandas, muitas vezes substituídas pelas primeiras. Com a aplicação dos institutos de justiça penal negociada, quando cabíveis, tem-se como objetivo, também, que o sistema de justiça criminal brasileiro cuide de processos que tragam maior repressão à criminalidade, bem como melhores resultados à sociedade e uma resposta rápida e eficiente à vítima, muitas vezes esquecida, no processo penal tradicional.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar, por meio de pesquisa em literatura, exposição de entendimentos jurisprudenciais, legislação e doutrina especializada, uma visão geral da justiça penal negociada no Brasil, expondo, de forma breve, o objetivo do direito penal brasileiro, do sistema processual penal pátrio, da origem da justiça penal negociada, no Brasil, e suas influências, bem como dos aspectos gerais dos principais institutos de justiça penal negociada em vigor, atualmente, no país.

O presente trabalho não tem como finalidade, em hipótese nenhuma, esgotar a matéria exposta, mas, sim, trazer uma visão geral de tais institutos e demonstrar o objetivo e a importância da aplicação, destes, no dia a dia forense criminal, buscando, assim, atingir uma das finalidades, senão a mais importante, para a qual foram criados, qual seja, viabilizar que os órgãos de justiça criminal, como Polícia, Ministério Público, Judiciário e Defensoria Pública, que carecem de pessoal e material, disponham de mais tempo e recursos para a realização de investigações e persecuções de fatos criminais, que tragam uma melhor e mais efetiva resposta à sociedade brasileira.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA FINALIDADE DO DIREITO PENAL E SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Antes da explanação geral sobre os principais institutos de justiça penal negociada, no Brasil, faz-se importante trazer algumas considerações acerca do direito penal e do processo penal brasileiro.

O direito penal existe para garantir a proteção dos bens mais importantes e significativos para a sociedade, que não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. Tal escolha ocorre de forma política pelo legislador, que elenca os bens que necessitam de maior proteção pelo ordenamento jurídico, tendo como norte a Constituição Federal vigente, de acordo com o momento pelo qual passa a sociedade.

Como ensina Greco (2020, p. 4-5):

A Constituição Federal exerce, como veremos mais adiante, duplo papel. Se de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição.

Daí surge o modelo penal garantista de Luigi Ferrajoli, que, segundo Carvalho (apud GRECO 2020, p. 10), assim dispõe:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

No Brasil, surgiu a teoria do garantismo hiperbólico monocular, na qual o réu é sempre a parte mais frágil, que merece ser protegida. Seria o garantismo exagerado e desproporcional direcionado ao réu, que pode ser relacionado à sensação de impunidade.

Fischer (apud GRECO, 2020, p. 11) propôs o estudo e a aplicação daquilo que convencionou denominar garantismo integral, buscando, assim, um equilíbrio, que significa, segundo ele:

[...] que a compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e sistemática (por isso integral) dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (...), há também novos paradigmas influentes também (ao que interesse precipua-mente aqui) em matéria penal e processual penal. Diante de uma constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos integrais do sistema garantista.

Greco (2020, p. 11) finaliza explicando ainda que:

Deve-se proteger e assegurar a aplicação, portanto, não somente dos direitos fundamentais individuais, ou seja, correspondentes àquele que, supostamente, praticou a infração penal, como também proteger os bens jurídicos que permitem que tenhamos uma vida regular, segura e pacífica em sociedade. Todos, portanto, merecem essa proteção e reconhecimento por parte do Estado, razão pela qual fala-se, corretamente, em garantismo integral.

O direito penal tem entre seus princípios, que orientam o legislador, na criação das normas penais, e os operadores do direito, na aplicação destas, o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o direito penal tem o dever de só preocupar-se com a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, devendo ser a “última ratio”, atuando somente quando os demais ramos do direito não forem capazes de tutelar devidamente os bens relevantes da vida do indivíduo e da sociedade.

Masson (2017, p. 52) dispõe que:

A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do Direito. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de

proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento

[...]

Ao operador do Direito exige não proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador.

Tal princípio serve, também, para descriminalizar condutas, que não mais interessam ao direito penal, por estar a sociedade em outro momento, diferente, de quando foram tipificadas. O princípio da intervenção mínima se subdivide nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

Conforme explicado por Masson (2017, p. 53), o princípio da fragmentariedade dispõe que “nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade”.

Já de acordo com o princípio da subsidiariedade, conforme ensina o renomado autor, “a atuação do direito penal é cabível unicamente quando os outros ramos do Direito e os demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública” (MASSON, 2017, p. 54).

Ou seja, o direito penal tem como fim resguardar e proteger os bens mais importantes à sociedade, não abarcados por outros ramos jurídicos, que não dispõem de garantias e meios para resguardá-los. Ao praticar uma conduta delituosa, prevista num tipo penal, o Estado tem o direito de punir o agente; é o que se chama de “ius puniendi in concreto”, podendo exigir, deste, sua sujeição a uma sanção penal, prevista no tipo penal desrespeitado. Porém tal sujeição não pode se dar de forma automática, restando necessária a observância das formalidades legais, resultando, neste momento, que se fale da importância do processo penal.

Como traz Lima (2020b, p. 41), em sua brilhante obra:

O Direito Penal não é um direito de coação direta. Apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*). Aliás, até mesmo nas hipóteses de infrações de me-

nor potencial ofensivo, em que se admite a transação penal, com a imediata aplicação de penas restritivas de direitos ou multas, não se trata de imposição direta de pena. Utiliza-se, na verdade, de forma distinta da tradicional para a resolução da causa, sendo admitida a solução consensual em infrações de menor gravidade, mediante supervisão jurisdicional, privilegiando-se, assim, a vontade das partes e, principalmente, do autor do fato que pretende evitar os dissabores do processo e o risco da condenação.

A doutrina processual penal dispõe acerca da existência de três sistemas processuais penais, quais sejam: o sistema inquisitorial, que tem como característica principal a concentração das funções de acusar, defender e julgar em apenas uma pessoa, juiz inquisidor; o sistema acusatório, que tem partes distintas, em que acusação e defesa se contrapõem, em igualdade de condições, se sobrepondo a um juiz, equidistante e imparcial; e o sistema misto ou francês, que abrange as duas fases processuais distintas, a primeira inquisitorial e a segunda de caráter acusatório. Explicando sobre este último sistema processual, Lima (2020b, p. 45) dispõe que:

A primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação.

Segundo Lima (2020b, p. 45),

[...] quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro.

Busca-se com a justiça penal consensual evitar a tramitação de um processo penal, por muitas vezes demorado, sem resultado efetivo, com toda a movimentação do aparato estatal, buscando antecipar consequências, com a previsão de condições eficientes, com resposta célere à sociedade e à vítima, a serem cumpridas pelo investigado, que causou um mal injusto, sem ferir direitos deste, que, também, será favorecido, tendo em vista os benefícios de seus institutos, evitando, ainda, responder a tal processo.

3 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E SUAS INFLUÊNCIAS

A justiça penal negociada, no Brasil, surge com a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Tal legislação previu os institutos da Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo, que são ferramentas da justiça penal negociada, aplicados no Brasil.

Importante ressaltar que a determinação da criação de tais juizados especiais se deu com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I, conforme reproduzido abaixo:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

[...] (BRASIL, 1988).

A justiça penal negociada brasileira teve como influências legislações estrangeiras, tais como a *plea bargaining*, norte-americano (*common law*) e o *patteggiamento sulla pena* italiano (*civil law*). Conforme ensina Lima (2020a, p. 629). “No ‘plea bargaining’ norte-americano, o imputado manifesta perante o Ministério Público sua decisão de declarar-se culpado, aceitando as imputações acordadas, assim como a pena pactuada ao mesmo tempo em que renuncia a certas garantias processuais.”

Gomes (1997 apud LIMA, 2020a, p. 629) dispõe que:

[...] uma vez que se dá conhecimento da acusação – qualquer que seja o crime – para o imputado, pede-se o plea-

ding, isto é, para se pronunciar sobre a culpabilidade; se se declara culpado (pleads guilty) – se confessa – opera-se o plea, é dizer, a resposta da defesa e então pode o juiz, uma vez comprovada a voluntariedade da declaração, fixar a data da sentença (sentencing), ocasião em que se aplicará a pena (geralmente ‘reduzida’ – ou porque menos grave ou porque abrangerá menos crimes –, em razão do acordo entre as partes), sem necessidade de processo ou veredito (trial ou verdict); em caso contrário, abre-se ou continua o processo e entra em ação o jurado.

No Brasil, temos o crescimento desta justiça penal consensual, uma negociação, na qual todos os interessados, investigado, assistido pelo seu defensor, que garante sua defesa técnica, e Ministério Público, apresentam suas propostas, dentro do previsto na legislação processual penal, e chegam juntos a um acordo celebrado, com uma fiscalização, acerca da conformidade com os ditames legais, realizada pelo Judiciário, com cientificação da vítima.

4 PRINCIPAIS INSTITUTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA, NO BRASIL, E SEUS ASPECTOS GERAIS

4.1 Transação penal

O instituto da transação penal vem previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, senão vejamos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível (BRASIL, 1995).

Lima (2020a, p. 603) traz o conceito de tal instituto. Segundo ele,

[...] a transação penal consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público (ou querelante, nos crimes de ação pela privada) e o autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, evitando-se, assim, a instauração do processo.

Tal ferramenta de justiça penal consensual fundamenta-se no art. 98, I, e art. 129, I, da CRFB. Trata-se de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, que obriga os órgãos persecutórios criminais a atuar, restando o dever de persecução e acusação, com sua mitigação, dando lugar, então, ao princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada, tendo em vista que o Ministério Público somente poderá abrir mão da propositura da ação penal, com a proposição de uma pena alternativa, se presentes as exigências previstas no art. 76 descrito.

4.2 Suspensão condicional do processo

O instituto da suspensão condicional do processo vem previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos (BRASIL, 1995).

Trata-se de instituto despenalizador, pelo qual é permitida a suspensão condicional do processo, por um período de prova, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

Lima (2020a, p. 629) ensina que “segundo a doutrina o que bem explica a natureza da suspensão condicional do processo é o “nolo contendere”, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência”. O acusado evita, assim, passar pelo dissabor de responder a um processo criminal, aceitando as condições impostas, bem como usufruindo dos seus benefícios.

4.3 Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi inserido no Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, art. 28-A, pela Lei ordinária nº 13.964/19, mais conhecida como Pacote Anticrime, que entrou em vigor no dia 23/01/2020. Tal instituto trata-se de instrumento de justiça penal negociada, com o intuito de obtenção de uma rápida solução pelo cometimento de crimes de médio potencial ofensivo, que se encaixem nos requisitos previstos na legislação citada.

É negócio jurídico extrajudicial benéfico, tanto para o investigado, que não responderá a um processo judicial, que poderá ser longo, e não terá, na sua Certidão de Antecedentes Criminais, o registro do respectivo crime, exceto para impedir a obtenção do mesmo benefício (ANPP) no prazo de 5 (cinco) anos, como para o Estado, a sociedade e a vítima, que terão uma resposta rápida, eficiente e justa.

O ANPP, previsto no Código de Processo Penal brasileiro, quando cabível no caso concreto, é uma alternativa ao processamento da ação penal. Preenchidos os requisitos previstos no art. 28-A do CPP, negociarão extrajudicialmente, na fase pré-processual, os interessados numa rápida e justa solução, com a prevenção e reprovação de crimes, que teriam sentenças mais brandas, ao seu final, se assim sofressem condenação.

Além do exposto, deseja-se também assistir à vítima, que será intimada da homologação e descumprimento do ANPP, com a reparação do dano sofrido, parte esta, por muitas vezes, esquecida no processo penal brasileiro.

Como bem conceituado pelo nobre Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Reynaldo Soares da Fonseca, em seu voto, no HC 607003/SC, Habeas Corpus 2020/02103399, o ANPP:

Em síntese, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa (BRASIL, 2020).

Vejamos sua previsão em lei, com seus requisitos e condições:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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 juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e com-

patível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

§1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do in-

investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma

do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (BRASIL, 1941).

Com a aplicação do ANPP no sistema criminal brasileiro, ocorre a busca pela diminuição da tramitação, muitas vezes lenta e dispendiosa, de um grande número de processos judiciais criminais, que tramitam nas varas criminais do país, com o fim de solucionar ou pôr fim a processos judiciais referentes a crimes que constituem o grande “gargalo” de demandas ainda não findas e que, por vezes, têm uma pena não privativa de liberdade, irrisória ou mesmo a prescrição de sua pretensão punitiva.

4.4 Colaboração premiada

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesses públicos. Cumpre registrar que esta é gênero, enquanto a delação premiada, sua espécie, dá-se quando o indivíduo aponta quem são os outros coautores ou partícipes das infrações penais.

Trata-se de uma negociação a ser realizada, com benesses ao colaborador, a depender de quem seja e do grau de relevância das informações prestadas.

A colaboração premiada, espécie do direito premial, segundo Lima (2020a, p. 792), pode ser conceituada como:

[...] uma técnica especial de investigação por meio (meio extraordinário de obtenção de prova) da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. Portanto ao mesmo tempo que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), assume o compromisso de ser fonte de prova para a acusação acerca de determinados fatos e/ou corrêus. Evidentemente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador me detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite sequer o recebimento de uma peça acusatória baseado única e exclusivamente na colaboração premiada.

Faz-se necessário que a colaboração premiada seja efetiva, permitindo a obtenção de provas importantes para o caso. Assim, nascem os direitos do colaborador, à medida que ele cumpre seus deveres. Como bem ensina Lima (2020a, p. 793), pode ser conceituada como:

De se notar, portanto, que uma simples confissão não se confunde com a colaboração premiada. O agente fará jus aos prêmios previstos nos dispositivos legais que tratam da colaboração premiada apenas quando admitir sua participação no delito e fornecer informações objetivamente eficazes para a descoberta de fatos dos quais os órgãos incumbidos da persecução penal não tinham objetivo prévio, permitindo, a depender do caso concreto, a identificação dos demais coautores, a localização do produto do crime, a descoberta de toda a trama delituosa ou a facilitação da libertação do sequestrado. Por conseguinte, se o acusado se limitar a confessar fatos já conhecidos, reforçando as provas preexistentes, fará jus tão somente à atenuante da confissão prevista no art. 65, I, alínea “d”, do Código Penal.

Confirmando a necessidade da eficácia objetiva das informações prestadas pelo agente, para a aplicação do prêmio legal respectivo à colaboração premiada realizada, bem como sua confissão, acerca do seu envolvimento na prática delituosa, para a configuração da delação premiada, vale a transcrição da ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 90.962-SP (2007/0221730-9), de relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues, desembargador convocado do TJ/CE, que decidiu:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REITERAÇÃO DE PEDIDO. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DO BENEFÍCIO. REVOLCIMENTO DA PROVA. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1 – Não há como conhecer pedidos de redução da pena-base, reconhecimento da confissão espontânea, bem como de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, pois se tratam de mera reiteração do pedido deduzido no HC nº 88.636/SP.

2. *O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo, a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Todavia, apesar de o paciente haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade*

de criminosa e incriminando seus comparsas não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram, principalmente pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais.

3. Para se chegar à conclusão pretendida pelo paciente seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via dos habeas corpus.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(grifei)

(STJ, 6ª Turma, HC 90.962/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 19/05/2011, DJe 22/06/2011.).

Ainda acerca dos resultados obtidos com o acordo de colaboração premiada, Aras (apud LIMA, 2020b, p. 869), aponta a existência de quatro subespécies de colaboração premiada:

a) delação premiada (chamamento deorréu): além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador;

b) colaboração para libertação: o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação;

c) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais;

d) colaboração preventiva: o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

A colaboração premiada tem previsão normativa, nas seguintes leis listadas abaixo:

- Lei 12.850/2013, define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal;

- Lei nº 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

- Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

- Lei nº 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

- Lei nº 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

- Código Penal (arts. 15, 16, 65, III, 159, § 4º);

- Leis de Crimes Contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492/1996);

- Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei nº 8.137/1990);

- Convenção de Palermo – Decreto nº 5.015/2004 (art. 26);

- Lei Antitruste – Lei nº 12.529/2011 (art. 87, parágrafo único).

O plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no informativo 870, Pet. 7074/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21, 22, 28 e 29/06/2017, que a colaboração premiada tem natureza jurídica de negócio jurídico processual entre o Ministério Público e o colaborador, sendo vedada a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes. Este apenas homologa ou não tal acordo.

Importante, também, registrar outro importante entendimento atual do plenário do Supremo Tribunal Federal, na Pet. 8482 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 31/05/2021, acerca da anuência do Ministério Público como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada, celebrado, na fase de inquérito policial, entre o delegado de polícia e o colaborador, assistido por seu defensor.

5 CONCLUSÃO

A justiça penal negociada é uma realidade, no Brasil, que ganhou mais força com a vigência do pacote anticrime (Lei nº 13.964/19), que regulamentou o Acordo de Não Persecução Penal, instituto mais recente de justiça penal consensual, previsto em lei. A sociedade muda constantemente, tornando inevitáveis avanços no âmbito jurídico. O aparato estatal não acompanha o crescimento das demandas criminais, no país, que, em sua grande parte, é formada por processos criminais de crimes de menor ou médio potencial ofensivo.

São necessárias, atualmente, alternativas ao processo penal tradicional, conflituoso, engessado, com respostas mais rápidas, justas e efetivas à vítima e a sociedade, resguardando, ainda e também, os direitos do acusado, para que, assim, possa o sistema de justiça criminal brasileiro direcionar seus recursos ao combate de crimes mais graves e que onerem, de maior forma, a sociedade.

Institutos estão sendo previstos, no nosso ordenamento jurídico, e implantados, para uma melhor prevenção e repressão, assumindo os profissionais do Direito, que atuam perante este ramo, papel de suma importância.

O presente trabalho buscou trazer uma breve explanação sobre os principais institutos de justiça penal negociada utilizados no processo penal brasileiro, atualmente, o que não esgota o tema, com a previsão no ordenamento jurídico pátrio, ainda, de outras ferramentas consensuais como, por exemplo, o acordo de leniência, previsto na Lei nº 12.529/2011.

Quando o agente pratica uma conduta que se amolda a um tipo penal, nasce para o Estado o direito de puni-lo, bem como a exigência de cumprimento da respectiva sanção penal prevista. Faz-se necessário o cumprimento das formalidades legais, para isto, concretizando, assim, o processo penal, para a aplicação do ordenamento jurídico a um caso concreto, por meio dos órgãos jurisdicionais.

Os institutos de justiça penal negociada são formas distintas do tradicional processo penal brasileiro, para a resolução da demanda, com a solução consensual em infrações de menor e média gravidade, em sua maioria, privilegiando-se, assim, a vontade das partes, como o investigado, por exemplo, sempre acompanhado de sua defesa técnica, buscando evitar os dissabores do processo e o risco da condenação.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 607.003/SC. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 24/11/2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 nov. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002103399&dt_publicacao=27/11/2020. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 90.962/SP. Rel. Ministro Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE. Sexta Turma. Julgado em 19/05/2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF 22 jun. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110738/habeas-corpus-hc-90962-sp-2007-0221730-9-stj/inteiro-teor-21110739>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- GRECO. Rogério Greco. *Curso de direito penal*: parte geral. 22. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2020. v.1.
- LIMA. Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020a.
- LIMA. Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020b.
- MASSON. Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 11. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2017. v.1.

O RECONHECIMENTO DOS “DIREITOS DAS VÍTIMAS” EM CRIMES DE CORRUPÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

RECOGNITION OF THE “VICTIMS’ RIGHTS” IN CRIMES OF CORRUPTION IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Rayssa de Carvalho Reis Freire¹

Resumo: O presente estudo buscou analisar a aplicabilidade dos chamados “direitos das vítimas” em crimes de corrupção a partir do exame de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, realizou-se, inicialmente, a análise do conceito amplo de corrupção atrelado ao Direito Penal, consignado na troca de benefícios entre agentes públicos que almejam o enriquecimento ilícito. Em seguida, tendo em vista os graves prejuízos que a corrupção pode ocasionar, chegou-se à conclusão que a sociedade é a principal vítima de tais delitos. Nesse contexto, buscou-se demonstrar que o mero conceito de vítima não faz da sociedade titular automática dos chamados “direitos das vítimas”, devendo, para essa finalidade, estar atrelado à dimensão do dano ocasionado pela conduta corrupta.

Palavras-chave: corrupção; direitos das vítimas; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: This article sought to analyze the application of the so-called “victims’ rights” in corruption crimes based on the examination of judgments of the Inter-American Court of Human Rights. To this end, an analysis of the broad concept of corruption linked to criminal law was initially carried out, enshrined in the exchange of benefits between public agents that aim at illicit enrichment. Then,

1 Servidora do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. E-mail: rayssafreire@mpma.mp.br.

given the serious damage that corruption can cause, it was concluded that society is the main victim of such crimes. In this context, it sought to demonstrate that the mere concept of victim does not make society the automatic holder of the so-called “victims’ rights”, as well as that, for this purpose, it must be linked to the dimension of the damage caused by corrupt behavior.

Keywords: corruption; victims’ rights; Inter-American Court of Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

O desvio de recursos públicos praticado pelo agente político – quem, não obstante, deveria zelar pela probidade administrativa e pelo patrimônio público – consubstanciado, essencialmente, na prática de atos ímprobos e de infrações penais como corrupção ativa, passiva, peculato, organização criminosa, lavagem de dinheiro, crimes contra a licitação, além de gerarem o inerente prejuízo ao erário, conseqüentemente, acarretam danos à sociedade, à medida que é oferecido um serviço público precário e ineficaz, que, muitas vezes, não alcança quem, de fato, o necessita.

É nesse contexto que se mostra necessário investigar a possibilidade da sociedade – enquanto principal vítima dos delitos de corrupção – firmar-se como titular dos “direitos das vítimas”, para maior eficácia da tutela jurídico-penal. Para tanto, o presente estudo tem como objetivo geral analisar a aplicabilidade dos chamados “direitos das vítimas” em crimes de corrupção a partir do exame de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Outrossim, tem-se como problemática o seguinte questionamento: de que modo os “direitos das vítimas” são aplicados e reconhecidos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de lides que envolvem crimes de corrupção?

Para que tal questão fosse respondida, o estudo se propôs a fazer uma análise bibliográfica, que corresponde ao levantamento de obras ou de compilações já publicadas sobre determinada temática (GIL, 2010), com base em artigos, livros e doutrinas a fim de melhor conceituar e corresponder os estudos sobre corrupção, bem como na análise indireta de pesquisa documental em jurisprudências no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Desse modo, buscou-se, inicialmente, examinar o conceito do fenômeno da corrupção, em um contexto amplo vinculado ao direito penal, como toda conduta criminosa praticada por funcionário público que acarreta danos à máquina estatal.

Dessa forma, foi possível ampliar o espectro de análise do presente estudo, para além das figuras previstas nos artigos 317 e 333 do Código Penal.

Em seguida, tendo em vista a magnitude com que direitos humanos fundamentais são constantemente violados em razão de práticas corruptas, examinar-se-á se tais delitos são, de fato, “crimes sem vítima”, ou se a coletividade pode ser considerada como a vítima principal e imediata desses crimes.

Por fim, a partir da análise de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, buscar-se-á demonstrar se a sociedade pode ser titular dos chamados “direitos das vítimas”, atrelando o conceito de vítima à extensão do dano ocasionado pelo ato corrupto.

2 CORRUPÇÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SEU CONCEITO E CONTROLE PENAL

Para efeitos da presente pesquisa, o complexo fenômeno da corrupção será analisado em um contexto amplo, vinculado essencialmente ao Direito Penal, como toda conduta criminosa que acarreta danos à administração pública. Destarte, o termo “corrupção” sobrepuja a compreensão dos tipos penais estabelecidos nos artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa) do Código Penal, valendo-se, precipuamente, da amplitude adotada nos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, que versam sobre a temática. Entende-se que somente uma análise mais abrangente possibilitará uma melhor compreensão do fenômeno frente à mencionada complexidade.

Com essa finalidade, o conceito de corrupção será examinado à luz de duas convenções internacionais contra a corrupção das quais o Estado brasileiro é parte: a “Convenção Interamericana Contra a Corrupção (OEA)”, que se constitui como o primeiro documento internacional direcionado ao enfrentamento do fenômeno, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, quando adquiriu vigência interna; e a “Convenção nas Nações Unidas Contra a Corrupção”, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, quando adquiriu vigência interna.

Nesse diapasão, a “Convenção Interamericana Contra a Corrupção” (OEA, 1996) considera como atos de corrupção:

- a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca

- da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
 - c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
 - d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
 - e) a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

Em sentido similar, a “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” (ONU, 2003) também estabelece um rol de práticas corruptivas, das quais cabe destacar, no presente artigo, aquelas especialmente previstas nos artigos 15 e 18 do expediente:

Art. 15 – Suborno de funcionários públicos nacionais

[...]

a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais;

b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais.

[...]

Art. 18 – Tráfico de Influências

[...]

a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público ou a qualquer outra pessoa, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido com o fim de que o funcionário público ou a pessoa abuse de sua influência real ou suposta para obter de uma administração ou autoridade do Estado Parte um benefício indevido que redunde em proveito do instigador original do ato ou de qualquer outra pessoa;

b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público ou qualquer outra pessoa, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu proveito próprio ou no de outra pessoa com o fim de que o funcionário público ou a pessoa abuse de sua influência real ou suposta para obter de uma administração ou autoridade do Estado Parte um benefício indevido.

Observa-se que ambas as normativas não trazem o conceito *per se* de corrupção, porém apresentam alguns elementos que possibilitam elaborar tal definição, para fins do presente estudo, quais sejam, a exorbitância das incumbências de funcionários públicos, a troca de favores e a satisfação de um interesse econômico ou político (MIRANDA, 2018).

Assim, pode-se definir corrupção, conforme Schilling (1997 apud MIRANDA, 2018, p. 244), como “um conjunto variável de práticas que implica trocas entre quem detém poder decisório e quem detém poder econômico, visando à obtenção de vantagens – ilícitas, ilegais ou ilegítimas – para os indivíduos ou grupos envolvidos.”

No mesmo sentido, Livianu (2006, p. 31-33 apud CORDEIRO, 2016, p. 48) assevera que a corrupção “trata-se de toda e qualquer vantagem obtida pelos agentes públicos no exercício das funções que cause prejuízo aos bens, serviços e do interesse do Estado.”

Com base nestas definições, entende-se que inexistente um tipo geral de corrupção a ser aplicado indistintamente, mas sim formas de corrupção expressas em tipos penais, sendo que estes adquirem relevância apenas quando são atingidos ou colocados em perigo bens dignos de proteção jurídico-penal (LAUFER, 2016).

Por certo, a aplicabilidade desse conceito mais abrangente no Direito Penal depende principalmente do princípio da legalidade, tendo em vista que *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. É dizer, portanto, que a mera noção de conduta corrupta não a enquadra imediatamente como crime, devendo, pois, ter previsão na Lei Adjetiva Penal e na legislação extravagante (LAUFER, 2016).

Todavia, como sobreleva Laufer (2016), no que concerne ao Direito Penal propriamente dito, a noção do que é comumente entendido por corrupção “faz surgir” diversos delitos acobertados por este signo, como por exemplo, peculato, concussão, prevaricação e tráfico de influência; acrescentam-se, ainda, crimes relacionados a fraudes em licitação, corrupção eleitoral, e lavagem de dinheiro, que, para os objetivos do presente estudo, serão tratados todos como crimes de corrupção.

No mesmo sentido, Cordeiro (2016), mencionando os estudos de Livianu sobre o tema, afirma que para o autor estariam abrangidos pelo conceito de corrupção os delitos de peculato, inserção de dados falsos para obter vantagem indevida, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa e corrupção em transação comercial internacional. Acrescenta, ainda, a visão de Costa (2010 apud CORDEIRO, 2016, p. 49), na qual o conceito alcança, além dos crimes já citados, o de branqueamento de capitais.

Com efeito, da leitura de manuais e livros sobre os crimes acima mencionados, percebe-se que todos eles atingem um bem jurídico difuso, porquanto ofendem bens públicos de interesse geral, não se vinculando especificamente a uma vítima individualizada, mas atingindo toda uma coletividade (ARAÚJO, 2011). Por este motivo, há quem considere que os delitos de corrupção são “crimes sem vítima”.

Não há dúvidas de que este mal, quando alastrado em diversos setores, causa danos sociais e implica prejuízos ao desenvolvimento pessoal e à efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Carta Republicana (BLANCHET; MARIN, 2018). Destarte, questiona-se: delitos de tal porte, que atingem diretamente serviços públicos essenciais, causando efeitos deletérios, ao retirar da sociedade recursos financeiros naturalmente escassos, podem ser considerados “crimes sem vítima?”. A resposta para a indagação será discutida no tópico a seguir.

3 CRIMES SEM VÍTIMA?

Preliminarmente, antes de adentrar profundamente no tema, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do conceito de vítima no âmbito do Direito Penal. Isto porque há uma grande discussão doutrinária em torno de tal definição. Com efeito, uma parcela da doutrina entende que se deve analisar o conceito de vítima a partir de uma concepção restrita, na qual enquadra-se como vítima “o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal” (BITTENCOURT, s.d, p. 51, apud ZINI, 2015, p. 392), enquanto outra fração compreende que o conceito deve ser examinado de forma ampla, devendo-se considerar não só o indivíduo, mas a comunidade que sofre diretamente as consequências do delito (ZINI, 2015).

Considerando a concepção restrita da definição de vítima, entende-se que essa se trata de uma pessoa física, individualizada, como titular do bem jurídico violado. Por tal razão, há entendimentos no sentido de que o sujeito passivo do crime nem sempre se confunde com a vítima propriamente. Nessa perspectiva, para Sumalla (2006, p. 18), em que pesem ambos os termos serem frequentemente usados como equivalentes, o primeiro tem maior alcance. Para o estudioso, *“sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, mientras que el término víctima puede designar en sentido extenso a personas afectadas indirectamente por ele hecho delictivo que no son ele sujeto pasivo, como las personas allegadas al fallecido en el delito de homicidio”* (SUMALLA, 2016, p. 18).

Ocorre que compreender os termos de forma apartada, principalmente à luz do Direito Penal brasileiro, considerando vítima como uma pessoa física que foi direta ou indiretamente afetada pelas consequências do ato, despreza a coletividade, a sociedade e o Estado como sujeitos que podem (e são) vítimas das mais bárbaras violações a direitos juridicamente tutelados.

A título exemplificativo, o Estado brasileiro, conforme o Índice de Percepção da Corrupção – IPC (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021), principal indicador de corrupção do mundo, encontra-se na 96ª posição entre os países mais corrompidos do mundo. O Índice analisa 180 países e territórios, atribuindo notas que variam de zero a cem, sendo que quanto maior a nota, maior é a percepção de integridade do país. No caso do Brasil, em uma escala que varia de 0 a 100, o país obteve nota 38, relevando-se como uma das nações mais corrompidas do mundo (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021).

O péssimo desempenho do Brasil no IPC 2021 o deixou mais uma vez abaixo da média global, de 43 pontos. A nota alcançada no último ano foi a mesma registrada em 2020 e representa o terceiro pior resultado da série histórica. Os dados do IPC revelam que o país não apresentou avanços significativos para enfrentar o problema no período, devido, sobretudo, ao desmonte institucional que vem sofrendo e à inércia estatal no combate à corrupção que, inclusive, conduzirá a avaliações piores nos próximos anos (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021).

Paralelamente, ao analisar dados sobre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) junto às estatísticas do IPC (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021), verifica-se que ambos estão correlacionados, à medida que, quanto mais corrupto o país, maiores são seus índices de miséria, ou, melhor dizendo, mais evidentes são suas agressões em face de direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, em pesquisa realizada por Pinheiro e Franco (2020), observa-se que os custos econômicos diretos da corrupção influem diretamente na recessão do país, e, por conseguinte, afetam o oferecimento de serviços essenciais à população, necessários para o aumento do IDH.

Assim, não se pode olvidar do potencial ofensivo dos crimes de corrupção, que, conforme Fratton (2014, p. 127), “assume proporções gigantescas em todos os segmentos e setores da sociedade [...] desde os pobres, que necessitam da estrutura básica do Estado, quanto as classes produtivas que trabalham de forma desenfreada e contribuem com o desenvolvimento do país.”

Desta forma, ao desconsiderar a sociedade como vítima, adentra-se em um campo perigoso, dos chamados “crimes sem vítima”. Segundo Greco (2015), essa expressão se refere à criminalidade difusa, que concentra os delitos de natureza econômica, delitos ambientais, ao tráfico de entorpecentes e ao crime organizado, na qual não se observa uma relação interpessoal entre o delinquente e a vítima, que acaba não sendo passível de identificação, não sendo específica, todavia, ainda assim existe.

Ora, não é porque muitos crimes não apresentam uma vítima específica, inobstante, na prática, a conduta típica atinja toda uma coletividade, que tal pode ser visto como “crime sem vítima”. Nesse contexto, Jorge (2002) assevera que “a impossibilidade de identificação ou até inexistência de uma vítima individual não é argumento que justifique a adoção da expressão crimes sem vítima, porque, afinal, sempre existe uma vítima, mesmo que coletiva.”

Com efeito, de forma assertiva, Maia (2012, grifos nossos) afirma:

[...] não se pode considerar a existência de crimes que não produzam vítimas. Em última instância, a sociedade no seu todo é sempre vítima de qualquer crime, na medida em que ocorrência de qualquer ato desconforme com as expectativas sociais (o crime é sempre um ato de desconformidade relativamente às normas estabelecidas) significa um falhanço de alguma das vertentes da estrutura de coesão social. No caso da corrupção, a vítima é a sociedade no seu todo [...].

Assim, no presente trabalho, entender-se-á vítima como sinônimo de sujeito passivo do delito, e, uma vez sendo contemplada por este conceito mais abrangente, a vítima não necessariamente consistirá em uma pessoa física, mas também será entendida como a pessoa jurídica, o Estado e grupos coletivos sem personalidade jurídica, como a família e a sociedade (OLIVEIRA, 1999).

4 A POSIÇÃO DA VÍTIMA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO CONFORME JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Uma vez compreendido que a coletividade pode ser caracterizada como vítima em crimes relacionados à corrupção, far-se-á uma análise específica sobre o alcance dos chamados “direitos das vítimas” em tais delitos.

Precipuamente, entende-se por “direitos das vítimas” a reinserção da vítima como parte principal e não mero sujeito coadjuvante, a partir do estabelecimento de uma série de garantias que devem ser respeitadas por todos os componentes do processo penal. Nesse sentido, conforme Vega González (2006), os direitos das vítimas podem ser reunidos em três grandes grupos: direito à participação, direito à proteção e o direito à solicitação de reparação.

O estudo de Vega González (2006) se concentra na análise do papel de vítima frente ao Tribunal Penal Internacional, a partir do exame do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002), considerado o instrumento que pela primeira vez abordou de forma notória os direitos das vítimas como uma resposta a graves violações vividas por “milhões de crianças, homens e mulheres que têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade.”

O Estatuto de Roma foi ratificado pelo Brasil em 20 de junho de 2002, sendo, posteriormente, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Conforme se extrai do trecho do preâmbulo do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002), o conceito de vítimas encontra-se intrinsecamente vinculado a crimes de maior gravidade, que ofendem diretamente direitos humanos fundamentais.

No mesmo sentido, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e do Abuso de Poder (ONU, 1985, grifos nossos) compreende por “vítimas”:

[...] as *peessoas que, individual ou coletivamente* tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, *ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais*, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Igualmente, Os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário (ONU, 2005) conceituam “vítimas” como qualquer pessoa que sofreu danos, individual ou coletivamente, incluindo danos físicos ou doença mental, sofrimento emocional, perda financeira ou comprometimento substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que constituem uma clara violação das normas internacionais de direitos humanos ou uma violação grave do direito internacional humanitário.

Por seu turno, a Corte Interamericana de Direitos Humanos trata a vítima “*como toda parte lesionada*”, ou seja, todos os indivíduos que de alguma maneira sofreram prejuízos em decorrência de determinada conduta, ainda de forma imediata ou mediata (LOPES *et al.*, 2018). Desse modo, considera como vítimas potenciais “as pessoas cuja vida, integridade física ou direitos diversos periclitem, seja por prestar assistência à vítima, seja por impedir ou deter a violação” (LOPES *et al.*, 2018, p. 21).

Nesse contexto, diante dos conceitos ora trazidos para o termo “vítima”, questiona-se se a mera compreensão do indivíduo ou da sociedade como vítima (inequívoca) de delitos já a emolduraria como sujeito titular dos chamados “direitos das vítimas”. Compreende-se que não, pois, para além da concepção de vítima, o indivíduo ou a sociedade deve ter sofrido graves transgressões.

Nesse contexto, o Estatuto de Roma (BRASIL, 2002) estabelece como crimes contra a humanidade, ou seja aqueles de maior gravidade, somente: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave; tortura; agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificada, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; desaparecimento forçado de pessoas; crime de *apartheid*; outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Ao analisar esse rol, nota-se que a corrupção (ainda) não é tratada como crime contra a humanidade, porém, entende-se que, mesmo assim, a coletividade pode ser titular dos direitos das vítimas, porquanto a corrupção representa uma cruel ameaça à efetiva aplicabilidade dos direitos humanos fundamentais. Assim, é de se concluir que é essencial, para firmar a titularidade da comunidade como vítima, levar em consideração, também, a extensão dos prejuízos causados por determinada conduta ilícita.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos parece tratar bem da temática ao dar a devida importância à compreensão da extensão do dano. Conforme Lopes *et al.* (2018, p. 21), a Corte IDH apresenta uma “percepção mais dilatada e mais elaborada que a construção jurisprudencial e doutrinária convencional no direito brasileiro” sobre em que consiste o dano, subdividindo-se em dano material e imaterial, nos seguintes termos:

Dano material – implica perda ou prejuízo da renda das vítimas, despesas incorridas em consequência dos fatos e demais consequências pecuniárias com relação de causalidade: (i) dano emergente: equivale aos gastos diretos e imediatos; (ii) lucro cessante e perda de renda: dizem respeito ao rendimento que a pessoa receberia; (iii) dano ao patrimônio familiar: aponta as despesas econômicas incorridas pelas vítimas e seus familiares, por exemplo, com mudança de domicílio, obtenção de novo emprego e reinserção social.

Dano imaterial – A Corte estabeleceu que é o não pecuniário e inclui sofrimento e aflições causados às vítimas, com prejuízo de valores que lhes são muito significativos, e alterações de caráter não monetário nas condições de sua existência: (i) dano moral e psicológico: categoria mais genérica que inclui danos à honra, sofrimento e dor que resultam da violação; o psicológico é moldado pela alteração ou modificação patológica do aparelho psíquico como consequência de algum trauma; (ii) dano físico: manifesta-se em qualquer alteração do estado normal do corpo humano, seja por causas físicas, químicas ou biológicas; (iii) dano ao projeto de vida: não se confunde com lucro cessante ou dano emergente, está relacionado à realização pessoal e é baseado nas opções que o sujeito pode ter para prosseguir com sua vida e alcançar o destino a que se propõe no exercício de seu livre-arbítrio. O dano ao projeto de vida ocorre com a interferência no destino da pessoa, frustrando ou adiando sua realização pessoal. Essa espécie de dano, apesar de sua extrema relevância, é tema ainda pouco explorado pelos juristas pátrios. A par dos danos individuais, evidentemente, algumas violações provocam danos de índole coletiva e social, merecendo destaque na jurisprudência internacional o seu reconhecimento nos casos de massacres de povos indígenas ou tribais (grifos nossos).

Essa dimensão de dano ficou bem explicitada no *Caso Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala*, no qual, pela primeira vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionou diretamente a violação de direitos humanos à corrupção de funcionários públicos (MATIAS; AGUIAR, 2020). No caso em comento, dois irmãos guatemaltecos passaram por um processo ilegal de adoção, em que foram retirados abruptamente de suas famílias, declarados em situação de abandono, e, em seguida, adotados por duas famílias estadunidenses diferentes, sem observância nas normas locais sobre adoção (MATIAS; AGUIAR, 2020).

Para Matias e Aguiar (2020), a grande relevância deste caso cinge-se do modo como a Corte IDH enfrentou a noção de atos corruptivos como potenciais violadores de direitos humanos. Na visão dos autores, o Tribunal registrou que “o propósito dos agentes públicos envolvidos no processo sobejamente ilegal de adoção internacional dos irmãos guatemaltecos [...] foi de obter o próprio enriquecimento, em detrimento da observância dos direitos das crianças” (MATIAS; AGUIAR, 2020, p. 245).

Sobre o caso *Caso Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala*, Aras (2018) assegura que se trata de um precedente no qual a Corte IDH suscitou a emblemática questão da “corrupção sistêmica (grand corruption) como violadora dos direitos à educação, à saúde, à segurança pública, ao saneamento básico, ao meio ambiente sustentável e ao direito genérico de qualquer democracia: o direito do povo a governos honestos.”

Assim, cabe colacionar trechos da sentença proferida no *Caso Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, grifos nossos):

241. Al respecto, *este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”*. En este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su preámbulo que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

242. *La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción.* No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que *las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento.* En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos.

Outro caso que pode ser citado é o Caso *Pacheco Teruel y Otros vs. Honduras*, no qual 107 detentos morreram em um incêndio que ocorreu no Centro Penal de San Pedro Sula, como “*resultado directo de una serie de deficiencias estructurales presentes en dicho centro penitenciario, las cuales eran de conocimiento de las autoridades competentes*” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 4).

Trata-se de um caso relevante na medida em que resta demonstrada a conexão entre atos de corrupção e a demora e impunidade injustificadas e a consequente violação das garantias judiciais das vítimas, pessoas privadas de liberdade, enquanto os supostos autores do delito eram funcionários públicos de alto escalão, facilmente seduzidos pela prática de suborno e tráfico de influência (NASH RÓJAS *et. al.*, 2014).

O Caso *Gutiérrez e Família vs. Argentina* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013) é outro caso de como atos de corrupção podem afetar diretamente os direitos fundamentais. Em síntese, tratava-se do homicídio de um policial argentino por outro policial, quando aquele investigava práticas de corrupção associadas a tráfico de drogas e cooptação ilícita de servidores públicos. A Corte considerou que ocorreram diversas intimidações de testemunhas, que causaram obstruções ao trâmite processual.

Salutar trazer trecho da sentença do Caso *Gutiérrez e Família vs. Argentina* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013), o qual aborda a relevância da independência das autoridades responsáveis para uma investigação. Nesse sentido, “*para que una investigación sea efectiva, las personas encargadas de la*

misma deben de ser independientes, tanto jerárquica e institucionalmente como en la práctica, de aquellas personas implicadas en los hechos que se investigan” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 48).

Ora, é notório que o sistema jurídico enfrenta dificuldades que afetam diretamente a efetividade prática de processos judiciais que têm a corrupção como ponto fulcral, mormente aquelas em que há envolvimento de agentes públicos, causando uma sensação de impunidade na sociedade, conforme Brandalise (2016), “que clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis pelo crime e que seja credível.”

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (2012), 1,46% das pessoas privadas de liberdade, no Brasil, cometeram crimes contra a administração pública. Trata-se de uma taxa relativamente pequena, se comparada aos três tipos penais mais recorrentes, quais sejam roubo (27,58%), tráfico de drogas (24,74%) e homicídio (11,27%). Entretanto, sabe-se que esses delitos possuem alta lesividade à administração pública, não afetando tão somente o erário público, mas a própria moralidade administrativa.

Lamentavelmente, por serem crimes mais complexos, cujas autoria e materialidade são difíceis de comprovar e que raramente estão sujeitos ao estado de flagrância, a resposta judicial tem se demonstrado menos eficaz. Nesse contexto, o estudo “Novos Diagnósticos do Enfrentamento da Corrupção”, promovido pelo CNJ (2012), demonstrou que a quantidade de julgamentos, em primeira e segunda instâncias, tanto na justiça estadual como na justiça federal, de processos envolvendo corrupção e lavagem de dinheiro, é bastante inferior à quantidade de denúncia recebidas.

Por isso, é inegável a importância em reconhecer a sociedade como titular dos “direitos das vítimas”, notadamente aqueles que se referem ao direito de acesso à justiça e à reparação integral do dano. Com efeito, Vega González (2006) aponta que os “direitos das vítimas” se subdividem em direito à participação, direito à proteção e o direito à reparação. Por entender que os direitos à proteção se vinculam necessariamente às pessoas físicas, não se pode afirmar, em um primeiro momento, que tais podem ser gozados pela sociedade enquanto vítima de delitos de corrupção.

De outro turno, não há dúvidas de que a coletividade pode gozar do direito à participação. À luz do estabelecido pelo Estatuto de Roma (BRASIL, 2002), entende-se como direito à participação a expressão das opiniões e preocupações das vítimas em qualquer fase processual, quando estas compreenderem que não estão submetidas a julgamento justo e imparcial (VEGA GONZÁLEZ, 2006). Outrossim, o direito à participação está diretamente vinculado à representação legal e ao direito de ser notificado e informado sobre o trâmite do procedimento (VEGA GONZÁLEZ, 2006).

Sob esta perspectiva, compreende-se que o direito à participação da sociedade no processo penal, em casos envolvendo crimes de corrupção, é efetivado, sobretudo, no papel que o Ministério Público exerce enquanto função essencial à justiça. Sabe-se que o Estado brasileiro precisou criar mecanismos de controle à corrupção, para que os direitos humanos fundamentais alcançassem setores da sociedade cujas garantias são constantemente violadas. É nesse contexto que o *parquet* surge como um importante elemento de repressão às práticas corruptivas que assolam o país, ou, ao menos, como uma possibilidade de combate a esse grave fenômeno.

Para tanto, considera-se que deve ser afastada a função do Ministério Público como operador do sistema judiciário, porquanto se entendido como parte estatal também é passível de ser alcançado pela corrupção, porém, ao atuar como representante da sociedade – a principal vítima em crimes de corrupção, – entende-se que é mais difícil essa hipótese ocorrer.

Corroborando essa ideia, do Ministério Público intrinsecamente vinculado à sociedade, Pimentel (2014, p. 99) assevera:

A partir da análise funcional do Órgão ministerial, verifica-se que o mesmo pertence mais à sociedade do que ao Estado, pois funciona interpelando poderes estatais e determinados interesses para que sua conduta vise essencialmente à satisfação de necessidades coletivas. Assim, “tal órgão seria estruturalmente estatal, simbolicamente público, mas funcionalmente social”, acrescenta Vianna Lopes (2000, p. 105).

[...] a fórmula legal prevista para o Ministério Público pátrio coloca-o como um órgão do Estado, mas que é, ao mesmo tempo, independente dele. Portanto, o Ministério Público congrega às suas funções precípuas os interesses sociais, convertendo-se também, com a redemocratização do país, em um instrumento de inclusão social.

Outrossim, é inegável que a sociedade, enquanto vítima dos crimes de corrupção, pode e deve ter direito à reparação dos prejuízos sofridos em decorrência desses delitos. Nesse sentido, para a Corte IDH, a reparação justa e eficaz do dano caracteriza-se por sua completude, adequação, potencial transformador e efetividade (LOPES *et al.*, 2018). Entende-se que nos casos de crime de corrupção, a reparação aos prejuízos sofridos é de extrema importância, tendo em vista que se busca devolver aos cofres públicos aquilo que lhes foi escamoteado. Na Operação Lava Jato, por exemplo, 25 bilhões de reais já retornaram aos cofres públicos (MARQUES, 2022).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, no Brasil, um latente estado de impunidade, causado pela morosidade do julgamento das causas que envolvem corrupção, que, quando não são denunciadas, prescrevem ou são julgadas improcedentes, provocando uma percepção popular de corrupção generalizada, vinculada à sensação de impunidade com relação aos crimes praticados por agentes públicos do mais alto escalão.

Nesse sentido, enquanto tal fenômeno da corrupção não for controlado e adequadamente suprimido, haverá excessiva desigualdade social, haja vista o círculo vicioso de que quem detém maior poder econômico será cada vez mais privilegiado, enquanto os mais pobres sofrerão as terríveis consequências, ante a ausência do mínimo para sobreviverem. O cenário proporciona uma sociedade cada vez mais distante do ideal de justiça, liberdade e igualdade.

Alterar essa conjuntura inclui oferecer o suporte necessário à vítima desses delitos – quem seja a sociedade – que deve ter, por meio do Ministério Público, efetivo acesso ao sistema de justiça, bem como deve ter garantido o direito à reparação integral dos danos que sofre em virtude da prática corruptiva. Nesse caso, a vítima pode e deve exigir do Estado respostas quanto à prevenção e à proteção de tais ações ilícitas, assim como à investigação, ao processo e à compensação por terem sido violados os seus direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Corrupção e direitos humanos no sistema interamericano. *Blog do Vlad*. [S. l.], 22 nov. 2018. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/11/22/corruptao-e-direitos-humanos-no-sistema-interamericano/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

ARAÚJO, Felipe Dantas de. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 8, p. 205-253, 2011. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/1543>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tãmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.930.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0*: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/70/1/BNMPBanco%20Nacional%20de%20Monitoramento%20de%20Pris%20es%20%20Cadastro%20Nacional%20de%20Presos.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novos diagnósticos do enfrentamento da corrupção*. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/107/1/Novos%20Diagn%20sticos%20do%20Enfrentamento%20da%20Corrup%20a%20%20maio%202012.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro. Delitos Econômicos e Corrupção: Marco Legal e Criminológico. In: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI. *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Brasília, DF: ESMPU, 2016. p. 37-89.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. [S. l.: s. n.], 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_271_esp.pdf. Acesso em: 1º ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pacheco Teruel y Otros vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf. [S. l.: s. n.], 2012. Acesso em: 1º ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala*. [S. l.: s.n.], 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf. Acesso em: 1º ago. 2022.

FRATTON, Elisângela Furian. A dignidade da pessoa humana e o fenômeno da *corrupção* do Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta; DA SILVA, Ianaiê Simonelli. *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. Disponível em https://www.unisc.br/editora/as_multiplas_faces_red.pdf. Acesso em: 4 ago. 2022.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, A. A vítima na doutrina penal: conceito, tipos e evolução histórica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 12, 7 ago. 2015.

JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*: uma tentativa de demonstrar os reais interesses das vítimas de crimes, desde a participação na persecução criminal à reparação do dano, e de se propor alternativas para a melhor satisfação destas. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4466>. Acesso em: 1º ago. 2022.

LAUFER, Daniel. *O delito de corrupção*: críticas e propostas de ordem dogmática e político-criminal. 2016. 331 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7087>. Acesso em: 4 ago. 2022.

LOPES, Daniel Lozoya Constant *et al.* Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. *In: RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública Geral. Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. p. 18-39. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39103.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

MAIA, António João. Corrupção – crime sem vítima? *Visão*. [S. l.], 6 dez. 2012. Disponível em: <https://visao.sapo.pt/opiniao/2012-12-06-corrupcao-crime-sem-vitima-1/>. Acesso em: 1º ago. 2022.

MARQUES, Hugo. A conta da corrupção: R\$ 25 bilhões de reais já retornaram aos cofres públicos. *Veja*. [S. l.], 4 abr. 2022. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/a-conta-da-corrupcao-r-25-bilhoes-ja-retornaram-aos-cofres-publicos/>. Acesso em: 1º ago. 2022.

MATIAS, F. P. da C.; AGUIAR, J. C. de. Caso Ramírez Escobar Y Otros vs. Guatemala: Um Novo Olhar Da Corte Interamericana De Direitos Humanos Sobre A Corrupção. *Prim@Facie*, Recife, v. 19, n. 41, p. 227–255, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2020v19n41.44744. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/44744>. Acesso em: 1º ago.2022.

MIRANDA, Luiz Fernando. Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 25, p. 237-272, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/VPBTRQmsP-qT8KLqJjmcnqpn/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 1º ago. 2022.

NASH RÓJAS, Cláudio *et al.* *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2014.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OEА. *Convenção Interamericana Contra a Corrupção*. Caracas, 1996. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 1º ago. 2022.

ONU. Escritório contra Drogas e Crimes. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 9 de dezembro de 2003*. Mérida: ONU, 2003.

ONU. Assembleia Geral. *Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985*. AG Index A/RES/40/34. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. [S.l.]: ONU, 1985.

ONU. Assembleia Geral. *Resolução nº 60/147, de 16 de dezembro de 2005*. AG Index A/RES/60/147. Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações e flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direitos internacional humanitário. [S.l.]: ONU, 2005.

PINHEIRO, A.B. de Oliveira; FRANCO, F.C. 2020. Desenvolvimento, Direitos Humanos e Corrupção: correlações entre IDH E IPC no Caso Brasileiro. *Revista Direitos Huma-*

nos e Democracia Ijuí, v.8, n. 16, p. 194-208, dez. 2020. Disponível em: DOI:<https://doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.194-208>. Acesso em: 1º ago. 2022.

PIMENTEL, Isabella Arruda. *A corrupção no Brasil e a atuação do Ministério Público*. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/7788?locale=pt_BR. Acesso em: 2 ago. 2022.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas. In: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (coord.). *Manual de victimología*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2021. [S.l], 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 4 ago. 2022.

VEGA GONZÁLEZ, P. O papel das vítimas nos procedimentos perante o tribunal penal internacional: seus direitos e as primeiras decisões do tribunal. *Sur- Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 3, n.5, p. 19-41, dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000200003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 4 ago.2022.

ZINI, Júlio César Faria. Direito Penal e concepção da vítima. In.: SILVA, Michael César. *Estado Democrático de Direito e solução de conflitos: diálogos e repercussões na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2015. v. 1. p. 391-410.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE ACERCA DE SUA EFETIVIDADE PERANTE A 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO LUÍS-MA

CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT: ANALYSIS OF ITS EFFECTIVENESS TOWARDS THE 7TH CRIMINAL COURT OF SÃO LUÍS (MA)

Rejane Vieira Santos¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo investigar a efetividade do acordo de não persecução penal no âmbito da 7ª Vara Criminal de São Luís-MA, no período correspondente aos meses de janeiro a julho de 2022. Foi realizada pesquisa descritiva de abordagem quantitativa no sistema eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Neste estudo, a partir das informações colhidas, concluiu-se que, na unidade judicial objeto de pesquisa, o Acordo de Não Persecução Penal efetivamente traz maior celeridade à solução de conflitos criminais, ao tempo que evita o congestionamento da Vara Criminal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; efetividade; celeridade; economia processual.

Abstract: This article aims to investigate the effectiveness of the criminal non-prosecution agreement within the scope of the 7th Criminal Court of São Luís (MA), in the period corresponding to the months of January to July 2022. A descriptive research with a quantitative approach was carried out on data collected in the electronic system of the Court of Justice of Maranhão State. In this study, based on the information gathered, it was concluded that, in the judicial unit matter of research, the Criminal Non-Prosecution Agreement effectively brings greater celerity to the solution of criminal conflicts, at the same time that it avoids the congestion of the criminal court.

1 Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: rejanevierasantos@gmail.com.

Keywords: criminal non-prosecution agreement; effectiveness; celerity; procedural economy.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal descreve as condutas delituosas que ofendem valores e normas impostas pelo legislador, atribuindo ao Estado o poder-dever de punir referida conduta criminosa no momento em que impõe ao autor deste delito uma sanção. O objetivo do direito penal é, pois, proteger os valores fundamentais para a subsistência da vida em sociedade, tais como a vida, a saúde, a liberdade, propriedade, que são denominados de bens jurídicos. Sem aprofundar no tema, ressalta-se que a construção histórica do direito penal brasileiro é pautada por rigor e obrigatoriedade da ação penal. É um poder-dever do Estado porque é, em verdade, *dever* do Estado exercitar o *poder de punir*, com o intuito de assegurar a harmonia social. Não há discricionariedade àquele que detém da soberania estatal em submeter ou não o indivíduo ao processo penal e consequentemente aplicar uma sanção.

Entretanto, atualmente há um comportamento negacionista do modelo acusatório, de modo que doutrinadores e legisladores viram a necessidade de promover a reeleitura do atual sistema processual criminal diante de uma nova realidade vivenciada, buscando alternativas em uma justiça penal consensual na solução de conflitos criminais. Como bem pontuado pelo ex-Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, “o antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde mais aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais” (BRASIL, 2019).

Vivenciamos um sistema processual penal atualmente pautado pela morosidade e consequente ineficiência jurídica. A ineficiência aqui vista como uma ausência de “resposta” à sociedade, especialmente à vítima quando violado determinado bem jurídico. É que o direito penal, enquanto instituto, busca processar e punir os crimes cometidos para garantir a vida em sociedade, contudo, através de sua morosidade ou omissão, acaba se tornando ineficiente por violar deveres que seria obrigação garantir à sociedade.

Nesta perspectiva, a Lei nº 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”, promoveu diversas alterações no ordenamento jurídico brasileiro visando aperfeiçoar o sistema processual penal, dentre as quais se destaca a previsão de celebração de acordo de não persecução penal (ANPP), que permite uma verdadeira negociação entre o órgão acusatório e o autor do delito, a fim de evitar o enfrentamento do processo penal tradicional. Onde antes se via a indisponibilidade como característica da ação penal, no novo subsistema se vê justamente a disponibilidade, tudo isso em busca do “melhor Direito”.

Nos moldes atuais da justiça criminal brasileira, a sanção penal efetivamente aplicada ao criminoso como uma resposta à vítima, bem assim à sociedade, é tida como uma realidade distante e burocrática em vista da demora na aplicação da pena ocasionada pelo congestionamento do sistema processual criminal. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na edição do ano de 2021 da pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias, chamada Justiça em Números, no ano de 2020, o quantitativo de novos processos criminais apresentou aumento no acervo de 12,2%, atingindo o terceiro maior quantitativo de processos criminais em tramitação de toda a série histórica. No total, são aproximadamente 5,9 milhões de processos criminais pendentes de julgamento em todo o país.

No Maranhão, dados mostram que em 2020 tramitavam 154.457 processos criminais ainda pendentes de julgamento. De acordo com o “Justiça em Números”, o tempo médio de tramitação desses processos criminais é de 3 anos e 4 meses, maior do que o tempo de tramitação daqueles não criminais, que é de 2 anos e 8 meses. Não é diferente a realidade da 7ª Vara Criminal de São Luís, objeto de estudo deste trabalho. Segundo dados do *termojuris*, sistema de estatística do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o acervo atual da vara especializada é de 445 processos criminais e estes tramitam em média 3 anos e 4 meses, considerando a data do oferecimento da denúncia até o julgamento em primeira instância (MARANHÃO, 2022). Diante dessa realidade, o ANPP promete “desafogar” o Judiciário ante a resposta rápida e menos burocrática ao criminoso e à vítima, haja vista não necessitar do processo penal tradicional que, como visto, demora anos para ser apreciado e julgado em primeira instância.

Sergio Fernando Moro, ex-Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, quando da Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP referente à alteração do Código Penal, asseverou que “é evidente que o Código de Processo Penal e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais”. Assim, as reformas legislativas visam, em suma, “dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas”.

O ANPP foi incluído no Código de Processo Penal por meio do art. 28-A. Em uma análise perfunctória do referido dispositivo legal, observa-se que, perfeitamente aplicável o ANPP nos crimes de competência da 7ª Vara Criminal de São Luís/MA. Nos termos do art. 9º, inciso XLVII, do Código de Divisão e Organização Judiciária do Maranhão (Lei Complementar nº 14/1992), são crimes de competência da 7ª Vara Criminal os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo; crimes contra o meio ambiente; crimes previstos na Lei nº 9.613/98; crimes previstos na Lei nº 11.101/04; crimes tipificados no Código de Defesa do Consumidor, bem como *Habeas Corpus*.

Este artigo parte do pressuposto que a efetividade do ANPP está relacionada a uma maior agilidade na solução de conflitos penais. Consectária disto é a redução do número de ações penais que deixam de ser instauradas, mas, ainda assim, há solução do conflito penal, garantindo uma resposta à vítima, bem como ao acusado, ao mesmo tempo em que aplica uma sanção justa e necessária à repreensão e reprovação do delito. Nessa perspectiva, houve o intuito de averiguar se ocorreu uma real celeridade nos casos criminais e eventual “desafogamento” na unidade judicial cenário desta pesquisa.

Dito isto, o objetivo deste trabalho foi analisar a efetividade do ANPP na 7ª Vara Criminal de São Luís/MA, considerando o número de ANPPs distribuídos na unidade judicial no período de janeiro a julho de 2022.

2 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa descritiva de análise quantitativa, cuja coleta de dados ocorreu entre os meses de junho e julho de 2022.

Para o desenvolvimento do referencial teórico, inicialmente foi realizada uma revisão da literatura científica disponível e a análise da legislação, para aprofundar o tema estudado.

Neste estudo, foram extraídos dados dos processos distribuídos perante a 7ª Vara Criminal de São Luís/MA no período compreendido entre os meses de janeiro e julho de 2022. A fonte escolhida para coleta dos dados de interesse foi sistema PJe (Processo Judicial Eletrônico). O filtro para seleção foi a classe judicial cadastrada como “acordo de não persecução penal” (Classe Judicial 14678). Também foi utilizado o sistema de estatística do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, denominado *Termojuris*.

Em um quadro de informações, foram inseridas as variáveis de interesse: número do processo de ANPP distribuído na 7ª Vara Criminal, incidência penal, data da celebração do acordo no âmbito do Ministério Público, Promotoria de Justiça competente para a celebração do acordo, data da distribuição do processo incidental de ANPP na unidade judicial, data da homologação pelo Juízo da 7ª Vara Criminal de São Luís e se foi extinta ou não a punibilidade do investigado no ato da audiência de homologação.

Foi realizado um cálculo aritmético para se chegar à média do tempo de tramitação dos ANPPs na unidade judicial até sua homologação, somando-se os dias de tramitação de todos os ANPPs homologados, e, em seguida, essa soma foi dividida pelo número de processos homologados. Para tanto, foi considerada a data da celebração do acordo no âmbito do Ministério Público até a data da audiência de homologação pelo Juízo.

Aspectos éticos

Este artigo não foi submetido ao Comitê de Ética e Pesquisa, por não envolver seres humanos. Não foram acessados dados individuais e/ou pessoais dos sujeitos envolvidos, mas dados de domínio público, por meio de fonte secundária.

3 RESULTADOS

A partir do método aplicado, identificou-se que no primeiro semestre do corrente ano, no total, foram distribuídos na 7ª Vara Criminal de São Luís 88 ANPPs, conforme o quadro 1.

Quadro 1- Características dos ANPP's distribuídos na 7ª Vara Criminal de São Luís no primeiro semestre de 2022

Número do Processo	Incidência Penal	Data da celebração do acordo no MP / PJ competente	Data de distribuição do ANPP no PJe	Data da homologação pelo Juízo da 7ª Vara Criminal	Extinção da punibilidade na audiência
0803693 - 34.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	07/10/2021/ 23ª PJ especializada	27/01/2022	28/01/2022	Sim
0803695- 04.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	07/10/2021/ 23ª PJ especializada	27/01/2022	28/01/2022	Sim
0803697- 71.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	14/10/2021 / 23ª PJ especializada	27/01/2022	28/01/2022	Sim
0803702- 93.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	14/10/2021 / 23ª PJ especializada	27/01/2022	Não houve homologação	Não / ausência do Investigado
0803708- 03.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	14/10/2021 / 23ª PJ especializada	27/01/2022	28/01/2022	Sim
0803709- 85.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	07/10/2021 / 23ª PJ especializada	27/01/2022	28/01/2022	Sim
0803711- 55.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	14/10/2021 / 23ª PJ especializada	27/01/2022	28/01/2022	Sim
0806369- 52.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	19/11/2021 / 23ª PJ especializada	10/02/2022	11/02/2022	Sim
0806355- 68.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	19/11/2021 / 23ª PJ especializada	10/02/2022	11/02/2022	Sim
0806361- 75.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/11/2021 / 23ª PJ especializada	10/02/2022	11/02/2022	Sim
0806375- 59.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/11/2021 / 23ª PJ especializada	10/02/2022	11/02/2022	Sim
0806379- 96.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/11/2021 / 23ª PJ especializada	10/02/2022	11/02/2022	Sim

Número do Processo	Incidência Penal	Data da celebração do acordo no MP / PJ competente	Data de distribuição do ANPP no PJe	Data da homologação pelo Juízo da 7ª Vara Criminal	Extinção da punibilidade na audiência
0806383-36.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	22/11/2021 / 23ª PJ especializada	10/02/2022	11/02/2022	Sim
0807712-83.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/11/2021 / 23ª PJ especializada	17/02/2022	18/02/2022	Sim
0807722-30.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	19/11/2021 / 23ª PJ especializada	17/02/2022	18/02/2022	Sim
0807724-97.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	22/11/2021 / 23ª PJ especializada	17/02/2022	18/02/2022	Sim
0812951-68.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	10/03/2022 / 08ª PJ especializada	16/03/2022	27/04/2022	Sim
0812966-37.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	10/03/2022 / 08ª PJ especializada	16/03/2022	27/04/2022	Sim
0813074-66.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	10/03/2022 / 08ª PJ especializada	16/03/2022	27/04/2022	Não/ VEP ^A
0813081-58.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	10/03/2022 / 08ª PJ especializada	16/03/2022	27/04/2022	Sim
0813084-13.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	10/03/2022 / 08ª PJ especializada	16/03/2022	27/04/2022	Não / VEP
0813087-65.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	10/03/2022 / 08ª PJ especializada	16/03/2022	27/04/2022	Sim
0813089-35.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	10/03/2022 / 08ª PJ especializada	16/03/2022	28/04/2022	Sim
0814586-84.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	21/03/2022 / 24ª PJ especializada	22/03/2022	28/04/2022	Sim
0814596-31.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	21/03/2022 / 24ª PJ especializada	22/03/2022	28/04/2022	Sim
0815534-26.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	25/03/2022	28/04/2022	Não / VEP
0815535-11.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	25/03/2022	Não houve homologação	Não / impossibilidade de cumprimento
0816244-46.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	28/04/2022	Sim
0816251-38.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	05/05/2022	Sim
0816264-37.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	14/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	05/05/2022	Não / VEP
0816274-81.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	12/05/2022	Não / VEP

Número do Processo	Incidência Penal	Data da celebração do acordo no MP / PJ competente	Data de distribuição do ANPP no PJe	Data da homologação pelo Juízo da 7ª Vara Criminal	Extinção da punibilidade na audiência
0816279-06.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	05/05/2022	Não / VEP
0816285-13.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	05/05/2022	Não / VEP
0816296-42.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	14/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	05/05/2022	Não / VEP
0816298-12.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 07ª PJ especializada	29/03/2022	05/05/2022	Sim
0816316-33.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	16/03/2022 / 08ª PJ especializada	29/03/2022	29/04/2022	Não / VEP
0816326-77.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	29/03/2022	29/04/2022	Não / VEP
0816330-17.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	29/03/2022	29/04/2022	Não / VEP
0816341-46.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	29/03/2022	12/07/2022	Não / VEP
0816361-37.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	29/03/2022	06/07/2022	Não / VEP
0816576-13.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	30/03/2022	06/07/2022	Não / VEP
0816580-50.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	30/03/2022	12/07/2022	Não / VEP
0816585-72.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	30/03/2022	12/07/2022	Não / VEP
0816589-12.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	30/03/2022	12/07/2022	Não / VEP
0816592-64.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	30/03/2022	06/07/2022	Não / VEP
0816934-75.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	31/03/2022	12/07/2022	Não / VEP
0816937-30.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	23/03/2022 / 08ª PJ especializada	31/03/2022	06/07/2022	Não / VEP
0817559-12.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	30/03/2022 / 24ª PJ especializada	04/04/2022	17/05/2022	Sim
0817571-26.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 24ª PJ especializada	04/04/2022	17/05/2022	Sim
0817586-92.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 24ª PJ especializada	04/04/2022	17/05/2022	Sim
0817595-54.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 24ª PJ especializada	04/04/2022	17/05/2022	Sim

Número do Processo	Incidência Penal	Data da celebração do acordo no MP / PJ competente	Data de distribuição do ANPP no PJe	Data da homologação pelo Juízo da 7ª Vara Criminal	Extinção da punibilidade na audiência
0817597-24.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 24ª PJ especializada	04/04/2022	17/05/2022	Sim
0817770-48.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 24ª PJ especializada	05/04/2022	17/05/2022	Sim
0818635-71.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/04/2022 / 08ª PJ especializada	08/04/2022	19/05/2022	Sim
0818643-48.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/04/2022 / 08ª PJ especializada	08/04/2022	19/05/2022	Não / VEP
0818649-55.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/04/2022 / 08ª PJ especializada	08/04/2022	19/05/2022	Não / VEP
0818652-10.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/04/2022 / 08ª PJ especializada	08/04/2022	18/05/2022	Não / VEP
0818658-17.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/04/2022 / 08ª PJ especializada	08/04/2022	19/05/2022	Não / VEP
0818761-24.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/04/2022 / 08ª PJ especializada	09/04/2022	10/06/2022	Não / VEP
0819157-98.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/03/2022 / 24ª PJ especializada	12/04/2022	19/05/2022	Sim
0819163-08.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	24/03/2022 / 24ª PJ especializada	12/04/2022	19/05/2022	Sim
0819193-43.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	12/04/2022 / 24ª PJ especializada	12/04/2022	19/05/2022	Sim
0820476-04.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07ª PJ especializada	20/04/2022	06/06/2022	Não / VEP
0820482-11.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07ª PJ especializada	20/04/2022	06/06/2022	Não / VEP
0820489-03.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07ª PJ especializada	20/04/2022	13/06/2022	Não / VEP
0820602-54.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07ª PJ especializada	20/04/2022	10/06/2022	Não / VEP
0820612-98.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07ª PJ especializada	20/04/2022	10/06/2022	Não / VEP

Número do Processo	Incidência Penal	Data da celebração do acordo no MP / PJ competente	Data de distribuição do ANPP no PJe	Data da homologação pelo Juízo da 7ª Vara Criminal	Extinção da punibilidade na audiência
0820616-38.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07º PJ especializada	20/04/2022	10/06/2022	Sim
0820618-08.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07º PJ especializada	20/04/2022	10/06/2022	Não / VEP
0820622-45.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	11/04/2022 / 07º PJ especializada	20/04/2022	06/06/2022	Sim
0821120-44.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	18/04/2022 / 08º PJ especializada	24/04/2022	10/06/2022	Não / VEP
0824442-72.2022.8.10.0001	Art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90	10/05/2022 / 09º PJ especializada	10/05/2022	24/06/2022	Sim
0827033-07.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	19/11/2021 / 23º PJ especializada	20/05/2022	20/05/2022	Sim
0827035-74.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	30/08/2021 / 23º PJ especializada	20/05/2022	20/05/2022	Sim
0827048-73.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	31/08/2021 / 24º PJ especializada	20/05/2022	Não houve homologação	Não/discorda dos termos do acordo
0827646-27.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	29/04/2022 / 23º PJ especializada	24/05/2022	24/06/2022	Sim
0827700-90.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	30/03/2022 / 23º PJ especializada	24/05/2022	24/06/2022	Sim
0830297-32.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	24/05/2022 / 09º PJ especializada	03/06/2022	24/06/2022	Não
0820606-91.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	20/04/2022 / 07º PJ especializada	20/04/2022	06/07/2022	Não / VEP
0824483-39.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	04/05/2022 / 08º PJ especializada	10/05/2022	12/07/2022	Não / VEP

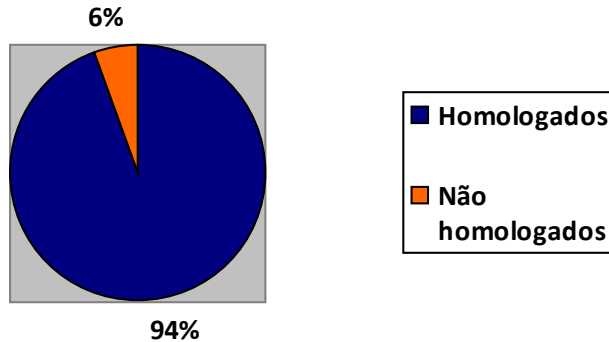
Número do Processo	Incidência Penal	Data da celebração do acordo no MP / PJ competente	Data de distribuição do ANPP no PJe	Data da homologação pelo Juízo da 7ª Vara Criminal	Extinção da punibilidade na audiência
0827659-26.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	04/05/2022 / 23º PJ especializada	24/05/2022	Não houve homologação	Não / investigado não compareceu
0836756-50.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	27/06/2022 / 09º PJ especializada	01/07/2022	29/05/2022	Não / VEP
0836759-05.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	27/06/2022 / 09º PJ especializada	01/07/2022	29/05/2022	Não / VEP
0838200-21.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	30/04/2022 / 23º PJ especializada	08/07/2022	29/05/2022	Sim
0838637-62.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	28/06/2022 / 25º PJ especializada	11/07/2022	29/05/2022	Sim
0838655-83.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/07/2022 / 25º PJ especializada	11/07/2022	29/05/2022	Sim
0838668-82.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/07/2022 / 25º PJ especializada	11/07/2022	29/05/2022	Sim
0839809-39.2022.8.10.0001	Art. 54, da Lei 9.605/98	06/07/2022 / 25º PJ especializada	11/07/2022	Audiência designada para 04/08/2022	-

Fonte: Autora.

^AVEP – Vara de Execuções Penais

Dentre os 88 acordos distribuídos na unidade judicial, 94% foram homologados pelo Juízo ainda no primeiro semestre de 2022. Somente 6% dos ANPPs distribuídos deixaram de ser homologados, dois destes porque os investigados não compareceram à audiência designada; o outro porque o investigado informou que, por circunstâncias supervenientes à assinatura do acordo, não possuía mais viabilidade de cumprir as condições impostas; na terceira situação, o investigado informou que discordava dos termos do acordo firmado; quanto ao último caso, a audiência de homologação foi designada para o dia 4 de agosto de 2022, data aquém do tempo objeto de estudo, *figura 1*.

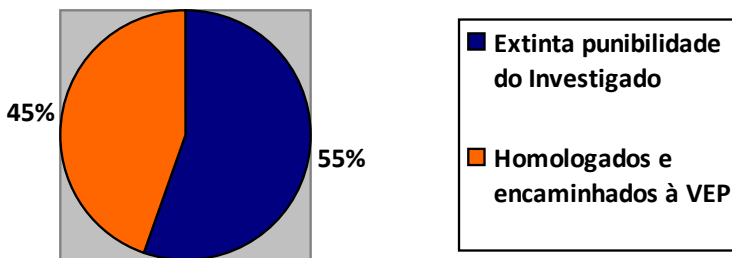
Figura 1- Homologação de acordos de não persecução penal na 7ª Vara Criminal de São Luís



Fonte: Pesquisa da Autora.

Na figura 2, encontra-se descrito o percentual de 55% referente aos ANPPs que tiveram a declaração de extinção de punibilidade do investigado no ato da audiência de homologação, visto que já comprovado o cumprimento das condições impostas. Ao contrário, 45% dos acordos homologados foram encaminhados à Vara de Execuções Penais para fiscalização das imposições do ANPP, haja vista as condições firmadas não serem autoexecutáveis.

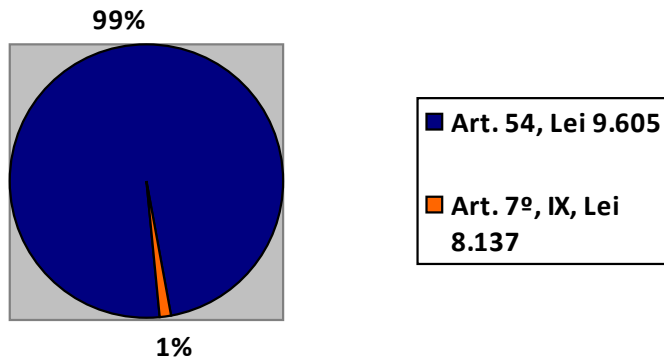
Figura 2- Declaração de extinta punibilidade do investigado



Fonte: Pesquisa da Autora.

Foi apurado que, dentre os crimes de competência da unidade judicial analisada, 99% dos ANPPs foram propostos em casos da ocorrência de crime ambiental de poluição sonora, tipificado no art. 54, da Lei nº 9.605/98. O único ANPP proposto fora deste contexto foi um caso de crime contra as relações de consumo, este tipificado no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, conforme a *figura 3*.

Figura 3 – Incidência penal

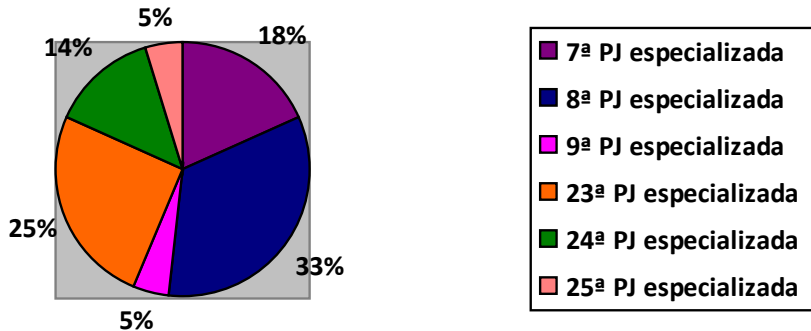


Fonte: Pesquisa da Autora.

Apurou-se que não fora proposto nenhum ANPP relativo a crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, nem nos crimes previstos na Lei nº 9.613/98 ou nos crimes previstos na Lei nº 11.101/04 e no Código de Defesa do Consumidor.

Na *figura 4*, são apresentadas as Promotorias de Justiça Especializadas de São Luís/MA que celebraram ANPP nos crimes de competência do Juízo da 7ª Vara Criminal de São Luís/MA, sendo 18% dos acordos celebrados pela 7ª Promotoria de Justiça Especializada da Capital, 33% pela 8ª Promotoria de Justiça Especializada da Capital, 5% pela 9ª Promotoria de Justiça Especializada da Capital, 25% pela 23ª Promotoria de Justiça Especializada, 14% pela 24ª Promotoria de Justiça Especializada e 5% pela 25ª Promotoria e Justiça Especializada.

Figura 4 - Promotorias de Justiça Especializadas de São Luís/MA que celebraram acordos de não persecução penal na 7ª Vara Criminal de São Luís/MA



Fonte: Pesquisa da Autora.

Foi apurado que o tempo médio de tramitação dos ANPPs na 7ª Vara Criminal de São Luís/MA é de 66,39 dias que, traduzido em meses, corresponde a 2 meses e 7 dias, considerando a data da celebração do acordo firmado no Ministério Público até a data da homologação realizada em audiência pelo respectivo Juízo.

4 DISCUSSÃO

Este artigo teve por objetivo analisar a efetividade do ANPP na 7ª Vara Criminal de São Luís/MA. A partir dos dados extraídos nesta pesquisa, verificou-se que, nos meses de janeiro a julho de 2022, foram distribuídos 88 ANPPs e 99% deles já foram apreciados pelo Juízo competente, restando somente 1 deles, o qual está com audiência designada para o dia 4 de agosto de 2022. Isto implica dizer que nestes sete meses pesquisados foram efetivamente resolvidos 87 casos criminais levados ao Judiciário, deixando de ser deflagradas 88 ações penais, que provavelmente seriam julgadas somente no segundo semestre do ano de 2025, conforme o tempo médio de julgamento das ações penais na 7ª Vara Criminal de São Luís/MA.

O ANPP teve sua origem no art. 18, da Resolução nº 181/2017-CNMP, que foi alterada pela Resolução nº 183/2018, mas foi inserido no Código de Processo Penal a partir da Lei nº 13.964/2019. Em apertada síntese, o ANPP é um acordo firmado entre o Ministério Público e o investigado, este assegurado pelo seu defensor, com o intuito de solucionar o caso criminal com maior brevidade e desburocratização. O artigo 28-A, do Código de Processo Penal trata do referido instituto

e elenca como requisitos objetivos: a) confissão formal e circunstanciada da prática do delito; b) que o crime cometido possua pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; c) o crime seja praticado sem violência ou grave ameaça; d) não seja crime que caiba transação penal; e) que o dano causado seja inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos ou valor superior quando for garantida a reparação total; f) e, ainda, que não tenha incidência da Lei Maria da Penha. Como requisitos subjetivos, podemos mencionar que os termos do acordo devem ser necessários e suficientes para reprovação do crime (BRASIL, 1941).

Lado outro, no que pertine às hipóteses de não cabimento do ANPP, temos: a) quando for cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) se o criminoso for reincidente ou houver provas que indiquem conduta criminal habitual; c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores em ANPP ou suspensão condicional do processo (BRASIL, 1941).

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho asseverou que o ANPP, diferente do que previsto até então, prestigia um pouco mais a vítima no processo penal brasileiro, prevendo como condição, de forma prioritária, a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima e a sua intimação quando da homologação do ANPP e de seu cumprimento (CARVALHO, 2021, p. 26).

Sobre o ANPP, Aury Lopes Jr. levanta duras críticas ao colocar em xeque o ato da negociação/barganha quando da celebração do acordo. Segundo o autor, “o risco é o de se ter o ANPP como mais uma modalidade de acordo pré-determinado em propostas de adesão, perdendo-se a oportunidade de negociação, muito pela ausência de tradição”. Defende o autor que “encaixar a barganha nas categorias clássicas do processo penal brasileiro é o erro lógico de abordagem”, seria preciso, então, implantar mecanismos de negociação, com treinamentos adequados para a devida compreensão da nova realidade aos membros do Ministério Público (LOPES JR.; PINHO; ROSA, 2021, p. 17).

Em outro artigo publicado, Aury Lopes Jr. assevera que o objetivo de “desentulhar” a justiça criminal diante da incapacidade do sistema de dar conta da imensa demanda em tempo razoável implica uma “desarmonia temporal (ou da percepção do tempo), o que facilita, imensamente, a aceitação de atalhos e soluções imediatas, pois conduz à ilusão de uma justiça instantânea”, mas na prática é desconsiderado que para uma solução justa e razoável é crucial que se respeite o tempo do direito e o tempo do processo. Aduz o autor que não aprendemos com o erro dos juizados especiais criminais, os quais “não só defraudam a expectativa de desafogo da justiça criminal, como se mostraram perversos na ampliação do direito penal bagatelar” (LOPES JR., 2021).

Não se pode olvidar, todavia, que há previsão do ANPP em pleno vigor e, por este motivo, os acordos estão sendo adotados na prática pelo Ministério Público,

mormente nas Promotorias de Justiça que atuam junto à 7ª Vara Criminal de São Luís. A partir desta análise de casos concretos, constatou-se um número satisfatório de solução de conflitos criminais, que foram apreciados pelo Poder Judiciário. A partir dos resultados desta pesquisa, o tempo médio de julgamento de ANPP na 7ª Vara Criminal de São Luís é de somente 2 meses e 7 dias, considerando a data da celebração do acordo no Ministério Público até a data da audiência de homologação, tempo ínfimo quando comparado ao período que perduram as ações penais que tramitam com processo criminal tradicional.

Segundo dados extraídos do *Termojuris*, sistema de estatística do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o tempo médio de julgamento de uma ação penal na 7ª Vara Criminal de São Luís é de 3 anos e 4 meses, considerando a data do oferecimento da denúncia até o julgamento em primeira instância. Em decorrência desse longo período de tramitação de processos criminais é que não raras vezes há incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal, fato ocasionado na grande maioria das vezes pela ineficiência do Estado, que não consegue impulsionar o processo até seu final julgamento em tempo hábil (MARANHÃO, 2022).

O ANPP foi implantado no sistema processual criminal brasileiro como meio de aceleração, redução de custos, com simplificação procedimental e melhoria da eficiência do sistema judicial, haja vista proferir decisões homologatórias de acordos em que o investigado aceita cumprir condições impostas sem a necessidade de julgamento tradicional, que é demorado e financeiramente custoso aos cofres do Judiciário.

Segundo Aury Lopes Jr., Ana Claudia Pinho e Alexandre Rosa, um dos efeitos do consenso no processo criminal “é o da redução dos casos penais, repercutindo na eficiência do sistema penal, dizem os americanos, dando maior capacidade de enfrentamento de casos complexos”. Nesta pesquisa, foi possível constatar a veracidade desta máxima de que os ANPPs são meios de aceleração e melhoria da eficiência do sistema judicial criminal (LOPES JR; PINHO; ROSA, 2021).

A respeito da competência da Vara de Execução Penal, o §6º, do art. 28-A, do CPP, determina que uma vez homologado o acordo, o juiz devolve os autos ao Ministério Público para que se inicie a execução perante o juízo da execução penal. Porém, em atenção aos princípios da economia, celeridade e eficiência, uma vez constatado o cumprimento integral das condições impostas no ato da audiência, assim como vem acertadamente atuando a Magistrada da 7ª Vara Criminal de São Luís, não existe razão para o retorno dos autos ao Ministério Público a fim de ser iniciado um novo processo perante o juízo da execução penal, se não há nada a fiscalizar, mas pendente somente a declaração da extinção de punibilidade (BRASIL, 1941). Nesta análise, observou-se que dos 83 ANPPs homologados, 45% deles foram encaminhados à Vara de Execuções Penais para acompanhamento das condições impostas ao investigado, enquanto em 55% foi declarada extinta a punibilidade do investiga-

do no ato da audiência, pois já exauridas as imposições assumidas pelo investigado quando da celebração do acordo.

O §3º, do art. 28-A, do CPP, preceitua que “cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o *juízo competente* decretará a extinção de punibilidade”. Em que pese haver divergência doutrinária a este respeito, o mais acertado a se adotar é que compete ao juízo de conhecimento declarar a extinção de punibilidade do investigado. Marcos Paulo Santos registrou que o legislador, ao utilizar o termo *juízo competente* dissocia, completamente, o juízo da execução como responsável por formalizar a extinção da punibilidade. Segundo o autor, a previsão legal evidencia que o juízo da execução “se restringe à prática de atos de jurisdição voluntária, justamente por não se estar executando reprimendas propriamente ditas” (SANTOS, 2022, p. 268).

Na hipótese de serem impostas no ANPP condições de maneira parcelada ou não autoexecutáveis, passa-se à necessidade de atuação de um órgão de execução para fiscalizar o cumprimento integral das obrigações, ocasião em que o ANPP deve ser encaminhado ao juízo da execução. Prezando pela celeridade procedimental, como bem pontuado por Sandro Carvalho Lobato de Carvalho, o recomendável seria que “o Ministério Público, já na petição que requer a homologação do ANPP, solicite ao juiz que, homologado o acordo, remeta de imediato o termo de acordo para o Juízo da Execução Penal, sem a necessidade da fase prevista no §6º, do art. 28-A, do CPP” (CARVALHO, 2021, p. 168).

O ANPP é matéria de atribuição do Ministério Público enquanto titular da ação penal. Ao Judiciário cabe tão somente o ato declaratório de homologar ou não o acordo. Na pesquisa em questão, apurou-se, ademais, que um dos ANPPs não foi homologado pelo Juízo da 7ª Vara Criminal porque no ato da audiência o investigado relatou não concordar com os termos do acordo e assinou somente por se sentir pressionado na ocasião. Neste caso, outra saída não teria ao Juízo senão a não homologação do acordo, visto que a voluntariedade é requisito essencial à celebração do ANPP. A respeito do tema, dispõe o §4º, do art. 28-A, do CPP, que “para a homologação do acordo de não persecução penal será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença de seu defensor, e sua legalidade” (BRASIL, 1941).

Outro dado constatado é que, nada obstante a 7ª Vara Criminal de São Luís possuir competência para apreciar diversos crimes, o que se pôde verificar no estudo em questão foi que 99% dos ANPPs foram propostos diante da prática do mesmo crime de poluição sonora, previsto no art. 54, da Lei nº 9.605, e somente 1 dos ANPPs foi celebrado em delito contra as relações de consumo (MARANHÃO, 2022).

Analisando os requisitos objetivos previstos no art. 24-A, do CPP, comparados com os crimes tributários previstos na Lei nº 8.137/90, não se verifica, em uma análise perfunctória, qualquer impedimento da aplicação do ANPP em tais crimes. A

exemplo, nenhum dos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei nº 8.137/90 possui pena mínima superior a quatro anos, tampouco são cometidos mediante violência ou grave ameaça, requisitos objetivos para aplicação do ANPP.

Ocorre que alguns doutrinadores e parte dos próprios operadores do direito, especialmente membros do Ministério Público, entendem não ser o caso de aplicação do ANPP em crimes tributários. Durante a investigação, foi observado que as Promotorias Especializadas da capital do Maranhão não vêm aplicando o ANPP nos crimes de ordem tributária, sob o fundamento de que o pagamento do tributo já extinguiria a punibilidade do acusado, não havendo razão de firmar acordo, pois além do pagamento do tributo, implicaria outras consequências ao investigado como a confissão e impossibilidade de firmar novo acordo nos próximos 5 anos.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Correição Parcial nº 5034665-07.2020.4.04.0000, em incidente suscitado nos autos nº 5011930-08.2020.4.04.7201 contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Joinville/SC, entendeu de maneira diferente. Segundo esta decisão, os crimes tributários e previdenciários – assim considerados os previstos na Lei nº 8.137/90 e artigos 168-A e 337-A do Código Penal – não estão no rol das hipóteses legais impeditivas da celebração do ANPP, relacionadas no §2º do artigo 28-A do CPP, de modo que “o não oferecimento do dito acordo a acusado dos crimes mencionados fere o princípio da isonomia estatuído no artigo 5º, *caput*, da CF, que garante aos acusados em geral a aplicação equânime da lei penal e processual penal” (BRASIL, 2020).

A Relatora do incidente, Cláudia Cristina Cristofani, acrescentou, ainda, que “o fato de existir uma outra forma de extinção da punibilidade para o crime tributário (Lei nº 9.249/95, art. 34), não exclui a possibilidade de celebração do ANPP”, justificando que cabe ao denunciado definir qual hipótese lhe é mais favorável. O Ministério Público do Estado de São Paulo, neste mesmo sentido, expediu orientação aos membros para que apliquem o ANPP nos crimes tributários (BOLETIM CRIMINAL COMENTADO, 2021). No entanto, não é objeto desta pesquisa o aprofundamento na análise e debate de tais questões, mas se reconhece ser certo que estes pontos merecem ser debatidos e apreciados até se firmar um entendimento a ser adotado na prática, sob pena de incorrer na insegurança jurídica ao deixar abertura para tratamentos diversos para situações jurídico-penais idênticas.

Quanto às limitações deste trabalho, este se restringiu a realizar uma análise quantitativa de casos práticos sem aprofundar nos aspectos, requisitos e divergências a respeito do instituto do ANPP. Um outro aspecto que limitou a generalização dos resultados foi o tempo de corte, que poderia ser maior, bem como a análise poderia abranger outras unidades judiciais a fim de comparar a efetividade do ANPP, contudo, foi restringido a partir do tempo disponível para realização deste estudo e da viabilidade para coleta de dados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos resultados identificados nesta pesquisa, acerca dos Acordos de Não Persecução Penal de competência da 7ª Vara Criminal de São Luís nos meses de janeiro a julho de 2022, conclui-se que os ANPPs são eficientes, no sentido de dar celeridade aos conflitos criminais, desafogamento de uma Vara Criminal, além de economia ao Judiciário. No referido período de 7 meses, foram distribuídos 88 e analisados 87 ANPPs. Isto implica dizer que, acaso não existisse previsão legal de celebração de ANPP, possivelmente seriam deflagradas 88 novas ações penais, que tramitariam por mais de 3 anos até seu julgamento em primeira instância, ocasionando maior congestionamento da Vara Criminal e todas as consequências lógicas que isso acarreta.

Dentre os crimes de competência da unidade estudada, apurou-se que não foi proposto nenhum ANPP nos crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, nem nos crimes de lavagem de dinheiro ou nos crimes previstos na Lei nº 11.101/04 e no Código de Defesa do Consumidor.

Durante a pesquisa, foi possível constatar que o Ministério Público do Estado do Maranhão não propõe ANPP em crimes tributários sob o fundamento de que uma das condições legais elencadas no art. 28-A, do CPP, para a celebração do acordo, é a reparação do dano, que no caso seria o débito tributário ao Estado. Acontece que, conforme preceitua o Código Tributário Nacional, a quitação do imposto tem como consequência a extinção de punibilidade. Assim, entendem os membros do MPMA que não faria sentido firmar o ANPP, que implica outras situações ao investigado, se este poderia apenas pagar o tributo para ter extinta sua punibilidade.

Porém, o Ministério Público de alguns Estados, a exemplo do Estado de São Paulo, orienta o membro a oferecer ANPP nos crimes tributários, desde que no acordo a cláusula que impõe a reparação do dano se refira somente ao valor principal do tributo e contenha outra cláusula ressaltando que o ANPP não impede ou inibe outros legitimados, no caso o Município ou o Estado, a cobrarem quantia não abrangida pela reparação do dano, que seriam os valores acessórios do tributo. Este ponto merece especial atenção, eis que se torna importante ser debatido e estudado pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, a fim de se firmar o melhor entendimento a ser adotado pelas Promotorias de Justiça, especialmente para garantir a segurança jurídica em casos idênticos.

É certo que são questionáveis diversos aspectos do ANPP, os quais merecem discussão até se firmar o melhor entendimento a ser adotado dentro da realidade do processo penal brasileiro. Mas não se pode olvidar dos resultados obtidos neste artigo, o qual concluiu que por meio do ANPP houve um número significativo de solução de casos criminais levados à 7ª Vara Criminal de São Luís/MA, concretizan-

do o objetivo deste mecanismo de consenso penal em trazer maior rapidez, economia e eficiência na atuação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO. São Paulo: CAOCrim, n. 129, mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. *Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP*. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em: 1º ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Correição parcial 50346650720204040000*. Relator: Cláudia Cristina Cristofani. Data do julgamento: 29 jul. 2020. Sétima Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/886128879>. Acesso em: 1º ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. v.1.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. *Questões práticas sobre o Acordo de Não Persecução Penal*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29 n. 344, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/Publicacoes/edicoes/749/8569>. Acesso em: 28 set. 2021.

LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos D.; ROSA, Alexandre Moraes. *Pacote Anticrime: um ano depois*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. *Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Maranhão*. Provimento nº 16, de 28 de abril de 2022. São Luís: CGJ, 2022. Disponível em: https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/arquivos/abril/codigo_de_normas_da_cgj_provimento_162022_1_23_05_2022_18_47_22.pdf. Acesso em: 1º ago. 2022.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. *Termojuris*. São Luís, 2022. Disponível em: <https://termojuris.tjma.jus.br/statistic-data>. Acesso em: 1º ago. 2022.

REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Grupo GEN, 2022. 9786559645077. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

**ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO AMBIENTE
VIRTUAL: REFLEXÕES E POSSIBILIDADES ACERCA DA
RELATIVIZAÇÃO DO §1º, ART. 1º DA LEI Nº 12.850/2013**

**ORGANIZED CRIME GROUPS IN THE VIRTUAL
ENVIRONMENT: REFLECTIONS AND POSSIBILITIES
ABOUT THE RELATIVIZATION OF ART. 1, §1,
OF LAW NO. 12850 OF 2013**

*Sara Ravena Camelo Coelho*¹

Resumo: O presente artigo busca analisar eventuais possibilidades de relativização do conceito de organização criminosa no ambiente virtual, partindo de um parâmetro legal que convive com a realidade sociotecnológica. Além de identificar e descrever as características do conceito de organização criminosa, previstas no §1º, art. 1º, da Lei nº 12.850/2013, observou-se que tal conceito coexiste com outras características criadas pela doutrina. Consta-se, ainda, que existem dificuldades no combate às organizações criminosas no âmbito virtual, sendo necessárias, geralmente, técnicas especiais de investigação. Dada a estrita legalidade, as dificuldades na repressão às organizações criminosas acabam por ventilar uma vantagem na relativização do conceito de tal crime quando cometido no ambiente virtual.

Palavras-chave: organização criminosa; virtual; relativização.

Abstract: This article seeks to analyze eventual possibilities of relativizing the concept of organized crime group in the virtual environment, starting from a legal parameter that coexists with the socio-technological reality. In addition to identifying and describing the characteristics of the concept of organized crime group, provided for in art. 1, §1, of Law n. 12850 of 2013, it was observed that this concept

1 Servidora do Ministério Público do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão. Pesquisadora no Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade da Universidade Estadual do Maranhão. E-mail saravena@mpma.mp.br

coexists with other characteristics created by the doctrine. It is also noted that there are difficulties in combating organized crime groups in the virtual environment, generally requiring special investigation techniques. Given the strict legality, the difficulties in repressing these groups end up venting an advantage in relativizing the concept of such a crime when committed in the virtual environment.

Keywords: organized crime group; virtual; relativization.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico atual, o conceito de organização criminosa encontra-se estampado no §1º, do art. 1º, da Lei nº 12.850/2013. Reunindo características próprias, tais elementos diferenciam a organização criminosa de mera associação criminosa ou concurso de agentes dispostos a determinado fim. O disposto no referido diploma legal demonstra a complexidade e peculiaridade do tema, sendo resultado de evolução legislativa e constante adaptação factual.

Os desafios para combater a criminalidade nos tempos atuais vão além de saber aplicar os métodos de investigação. Os crimes mais sofisticados, sobretudo praticados na rede mundial de computadores, não parecem se adequar ao conteúdo da norma ora interpretada restritivamente. Na dinâmica desse contexto, é possível que a dificuldade em se aplicar a norma ao caso concreto resulte na ineficiência do combate à criminalidade e consequente crescimento da sensação de impunidade.

Ao longo desses últimos cinco anos, diplomas normativos entraram em vigor para tratar a respeito da conjuntura no ambiente virtual. Cita-se o Marco Civil da Internet, a previsão da infiltração de agentes no Estatuto da Criança e Adolescente e, recentemente, um novo direito fundamental à proteção de dados, inclusive nos meios digitais. Todavia, vale saber se as normas já existentes, que se relacionam com o direito penal, conciliam-se com essa carga tecnológica comum e real para a sociedade.

Por não ser tão simples a configuração de uma organização criminosa, tal estrutura parece bem mais complexa quando se está diante de uma circunstância abstrata. O cruzamento dessa experiência abre caminho para um novo discurso acerca desse alinhamento, no qual um conceito rígido e legalista será capaz (ou não) de se ajustar com o propósito de combater a criminalidade organizada no ambiente virtual.

Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo central analisar eventuais possibilidades de relativização do conceito de organização criminosa no ambiente

virtual, partindo de um parâmetro legal que convive com a realidade sociotecnológica. Para tanto, deve-se propor, como objetivo secundário e específico, a identificar e descrever as características do conceito de organização criminosa, previstas no §1º, art. 1º, da Lei nº 12.850/2013; examinar reflexões e conteúdos doutrinários a fim de sistematizar elementos que possam constatar a dificuldade no combate às organizações criminosas no âmbito virtual. Ademais, na tentativa de aprofundar nas raízes do problema, busca-se apontar as vantagens e as dificuldades em caso de relativização do conceito de organização criminosa no ambiente virtual.

A pesquisa será de natureza exploratória e de diagnóstico, com abordagem qualitativa, predominantemente, e metodologia dialética, uma vez que serão estudados processos complexos e que envolvem avaliações qualitativas. Nas técnicas procedimentais, prevalecerão a documentação e a bibliográfica, a partir de uma análise de discurso e de conteúdo existentes.

Toda abordagem parte de um raciocínio atual que envolve organizações criminosas e crimes virtuais, contextualizando com fontes de pesquisas e ideias capazes de amadurecer o pensamento acerca dos ditames legais formatados para regular a vida em sociedade.

2 O CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O conceito atual de organização criminosa encontra-se disposto na Lei nº 12.850/13. Compõe-se de elementos próprios para tipificação do crime, que possui natureza autônoma e permanente. Segundo o §1º, do art. 1º, da referida lei, tem-se:

Art.1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Em momento anterior, tal questão já havia sido tratada pela Lei nº 9.034/1999, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Muito embora tenha apresentado inovações sobre instrumentos de investigação, havia omissões no que tange à operacionalização das técnicas. Para Lima (2014 apud OLIVEIRA, 2015):

[...] a Lei 9.034/95 definia e regulava os meios de prova e procedimentos investigatórios referentes aos crimes prati-

cados por bandos, quadrilhas e associações ou organizações criminosas, mas não trazia um conceito, não definia o que eram tais organizações, tornando impossível a punição pelo cometimento de tal delito.

Em 2004, com a promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, uma conceituação prevista na norma passou a ser considerada pelos países signatários, incluindo o Brasil:

[...] Art. 2º Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; [...] (BRASIL, 2004).

Diante da normativa internacional, outra questão foi levantada por juristas que defendiam os princípios da legalidade e da reserva legal. Era preciso que internamente uma lei definisse organização criminosa. A partir disso, surgiu a Lei nº 12.694/2012, que conceituou organização criminosa como:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2012).

Na doutrina, a interpretação fixada a partir desses diplomas normativos particulariza a configuração de uma organização criminosa. Segundo Mendroni (2015), tal situação demonstra a busca pelo combate à delinquência organizada que se transforma em um verdadeiro mal para a sociedade desprovida de políticas públicas capazes de modificar a realidade.

Nesse contexto, não se deve confundir organização criminosa com associação criminosa. Bitencourt e Busato (2014) asseveram que não se trata de reunião de pessoas ou associação de agentes como previsto no artigo 288 do Código Penal, pois se assim fosse não haveria razão para a nova definição jurídica com mais aperfeiçoamento e elementos próprios de diferenciação.

De acordo com Mingargin (1996, p. 69), a organização criminosa possui as seguintes características:

1) práticas de atividades ilícitas; 2) atividade clandestina; 3) hierarquia organizacional; 4) previsão de lucros; 5) divisão do trabalho; 6) uso da violência; 7) simbiose com o Estado; 8) mercadorias ilícitas; 9) planejamento empresarial; 10) uso da intimidação; 11) venda de serviços ilícitos; 12) relações clientelistas; 13) presença da lei do silêncio; 14) monopólio da violência; 15) controle territorial.

De forma crítica ao conceito legal atual inicialmente apresentado, Mendroni (2018, p. 19) avalia:

[...] difícil é a definição legal, especialmente em um país como o Brasil, com dimensões territoriais continentais e imensa diversidade cultural e econômica, onde existem e existirão diferentes organizações criminosas com distintos *modus operandi* conforme a deficiência estatal da região que adotem para operar. Sem embargo, a definição está aí, e agora faz parte da legislação brasileira.

A verdade é que, muito embora se tenha um conceito legal, a doutrina apresenta a definição de organização criminosa a depender das características que se apresentam, tendo em vista que no decorrer do tempo o cometimento de crimes dessa natureza vem se aperfeiçoando e se modificando conforme a realidade. Destacam-se as palavras de Mendroni (2015, p. 1-2):

1. Tradicional (ou clássica), da qual o exemplo mais clássico são as máfias. Trata-se de modelo clássico das Organizações Criminosas, as de tipo mafiosas, que revelam características próprias (analisadas com mais detalhes em capítulo à parte, neste livro). Embora sejam os exemplos mais triviais, os modelos mafiosos são espécies do gênero “Tradicional”. 2. Rede (Network – Rete Criminale – Netzstruktur), cuja principal característica é a globalização. Forma-se através de um grupo de experts sem base, vínculos, ritos e também sem critérios mais rígidos de formação hierárquica. Provisória, por natureza, e se aproveita das oportunidades que surgem em cada setor e em cada local. 3. Empresarial: formada no âmbito de empresas lícitas – licitamente constituídas. Neste formato, também modernamente chamadas de Organizações Criminosas, os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da empresa. 4. Endógena: trata-se de espécie de Organização Criminosa que age dentro do pró-

prio Estado, em todas as suas esferas – federal, estaduais e municipais –, envolvendo, conforme a atividade, cada um dos poderes: Executivo, Legislativo ou Judiciário. É formada essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os escalões, envolvendo especialmente crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.). Mas uma coisa é comum: as Organizações Criminosas operam sempre no eixo dinheiro-poder. O dinheiro gera poder e vice-versa.

Para os dias atuais, é bem provável que os conceitos apresentados se interliguem entre si. Todavia, o que se tem a frisar é a possibilidade de reavaliar as características apresentadas na lei, constituindo um contraponto ao que a norma prevê e as possibilidades de organizações criminosas a depender das circunstâncias.

Em outro entendimento doutrinário, Zanella (2016, p. 31-32) divide o gênero organizações criminosas nas seguintes espécies: as organizações mafiosas, as organizações em rede, as organizações empresariais e as organizações institucionais. Isso corrobora a adaptação do conceito de organização criminosa conforme as peculiaridades de cada caso.

Nessa situação, enfatiza-se a chamada de organização criminosa “em redes”, que parte do princípio de um mundo globalizado. A partir daí se tem uma conexão com o mundo virtual do atual século, uma vez que estar em redes faz parte do cotidiano de muitas pessoas, inclusive de criminosos. Por isso, cabe pensar na existência de organizações criminosas em redes sem preenchimento dos requisitos legais apresentados, sendo que executam o mesmo papel de qualquer outra.

Resumidamente, para a pesquisadora Ferro (2012, p. 494-496), o conceito de organização criminosa pode apresentar-se de acordo com as características, próprias da lei, como número mínimo de integrantes e liderança, e ainda com possibilidade de vinculação com o poder público, de modo que atinja o funcionalismo público, detentor de força e poder. Isso não significa que possa haver uma rede de conexões entre grupos nacionais e internacionais.

O presente estudo serve, pois, para questionar acerca da organização criminosa, que geralmente não apresenta as características tradicionais, mas que possui elementos de interligação capazes de torná-la uma organização criminosa em rede, por exemplo, ora flexível e moderna. Será que, de fato, a ausência dos componentes implícitos do conceito legal haveria de desconfigurar uma organização criminosa que igualmente promove o mal-estar social, ou restaria a adaptação legislativa para que crimes complexos e graves como este não escapem da burocratização inerente à atividade investigativa.

3 DIFICULDADES NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO ÂMBITO VIRTUAL

O conceito de organização criminosa possui duas vertentes: a previsão legal e taxativa, e ainda o entendimento mais amplo fornecido pela doutrina, que se aplica, especialmente, nos casos de atuação de criminosos no âmbito virtual. Uma não se sobrepõe a outra, mas é preciso um olhar diferenciado para cada qual, especialmente quando se pretende combater as organizações criminosas atuais.

A primeira reflexão será o desafio de tipificação do crime autônomo de organização criminosa. A investigação do crime de organização criminosa em si já apresenta complexidades, agravando-se no caso de uma associação de pessoas em meio virtual quando não se consegue demonstrar de plano todos os elementos contidos no §1º, do art. 1º, da Lei nº 12.850/2013.

Não é à toa que a legislação em questão previu uma técnica especial de investigação nesses casos: a infiltração de agentes. Com a devida autorização judicial, um agente estatal será inserido na organização criminosa para coletar as informações necessárias de sua atuação. Tal condição só demonstra o quanto é complexa a investigação nesses casos, razão pela qual é cabível sustentar a corrente da relativização do conceito legal em proveito do entendimento doutrinário.

As organizações criminosas no mundo virtual, além de sofisticadas por natureza, articulam-se de modo a impedir que os agentes estatais colham provas cabais da sua existência. Um exemplo tem-se quando o criminoso, utilizando-se de perfis falsos e mutáveis, com a facilidade de irrastrabilidade da rede, dificulta o reconhecimento da autoria dos crimes praticados, ou mesmo na condição de partícipe ou coautor desconhece os demais agentes da organização criminosa, por não estarem fisicamente juntos.

Em todo esse cenário, o Estado nem sempre será capaz de eliminar as barreiras desenvolvidas pelos criminosos, enquanto estes se aproveitam da facilidade da rede, com conexões infinitas e ocultas, para cometer crimes mediante constituição de organização criminosa com a quantidade de pessoas além da legalmente prevista e coordenadas com sofisticação e naturalidade, sem que necessariamente estejam contidos todos os caracterizadores do §1º, do art. 1º, da Lei nº 12.850/2013.

Ainda nessa perspectiva, vale lembrar o que Mendroni (2002, p. 7) discute acerca da relação entre a evolução dos elementos caracterizadores de organização criminosa e a necessidade de acompanhamento por parte dos detentores de poder de combate, no que se refere aos mecanismos de investigação e adaptações de trabalho:

Na verdade, em nossa opinião, não se pode definir organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas como sugerido. Isso por-

que não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torna mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la a realidade – aos anseios da sociedade –, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente (MENDRONI, 2002, p. 7).

Em um período anterior à promulgação da Lei nº 12850/2013, Ada Pellegrini Grinover pontuou os riscos de um Estado incapaz de combater o crime organizado e seus reflexos, tendo em vista que já se sabe dos crimes praticados, mas não se encontram saídas eficazes para derrotá-los. Destaca-se a citação de Silva sobre o assunto:

É grave a situação do crime organizado no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao narcotráfico, à indústria dos sequestros, à exploração de menores e aos denominados ‘crimes do colarinho branco’, com evidentes conexões internacionais, principalmente no que tange ao primeiro, que também envolve, com o último, a lavagem de dinheiro. A polícia está completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas e o Ministério Público não dispõe de meios operacionais suficientes para fazer face ao fenômeno de maneira global e orgânica. Problemas de corrupção da polícia e na atuação de ex-policiais que tornam o quadro ainda mais dramático. Na esteira de diversas leis estrangeiras, o Brasil tem produzido leis específicas visando combater o crime organizado (que, no entanto, ainda carece de definição normativa), além de contar com projetos de lei no Congresso Nacional ainda em fase de estudos (GRINOVER, 2000, p. 89-90 apud SILVA, 2003, p. 51).

A verdade é que se deve ter o cuidado ao engessar demais a norma legal ao ponto de que ela não satisfaça os anseios de combate à criminalidade, tendo em vista que o Estado, por si só, já possui contratempos causadores de dissabor social. Os crimes de alta complexidade coexistem nesse cenário. O investimento para a máquina pública estatal desvendar tais casos nem sempre será vantajoso à medida que os criminosos revolucionam os caminhos da criminalidade.

A criminalidade organizada no âmbito virtual exige das autoridades públicas formas de atuação e recursos cada vez mais atualizados. Não se pretende afirmar que

o conceito legal de organização criminosa é a razão exclusiva das dificuldades enfrentadas durante a missão, porém o nível de exigibilidade a depender das circunstâncias poderá comprovar a inaplicabilidade da lei em casos graves e complexos.

Na busca por respostas, o doutrinador Pacheco (2011, p. 107) ressalta a questão da importância da infiltração de agentes na coleta de provas para elucidar os crimes organizados:

Na tentativa de incrementar a eficiência processual em face da criminalidade organizada, há uma tendência processual em se utilizar instrumentos inovadores, justamente pelas características especiais desses grupos, tão distintos da criminalidade de massas como já oportunamente destacamos neste livro. É nesse escopo que a infiltração de agentes surge disputando um lugar no processo penal, face à, pelo menos aparente, estabilização da sua relação com os métodos proibidos de prova. Atualmente a infiltração constitui importante meio de investigação de delitos cometidos por organizações criminosas, encontrando previsão legal, com algumas diferenças, em particular, no que se refere ao tipo de operações admitidas, nos Estados Unidos e em toda a Europa, com exceção a Luxemburgo. Ao que se vê, o agente infiltrado parece estar vocacionado para dar apoio na identificação, neutralização e destruição dessas estruturas de macrocriminalidade que tanto preocupam os governos e as sociedades, resultando em verdadeiro avanço investigatório destinado a eficácia processual.

Outra técnica bastante utilizada nesses casos é a colaboração premiada. Resumidamente, cabe trazer os ensinamentos de Brindeiro (2016):

A denominação delação premiada nada mais é do que um acordo entre o réu ou indiciado no processo criminal e o promotor ou procurador. A origem é o plea bargain agreement do Direito norte-americano, segundo qual o réu (defendant), por meio de seu advogado, verificando haver provas suficientes para sua condenação, aceita fazer um acordo (agreement) admitindo a sua culpa (pleading guilty), visando obter a diminuição de sua pena. O acordo deverá implicar necessariamente benefício da Justiça, no sentido da delação de outros delinquentes envolvidos na atividade criminosa, mediante indicação de provas efetivas do seu envolvimento, ou de meios para obtê-las, e colaboração para recuperar o

produto do crime. [...] Os acordos de delação ou de cooperação premiada (cooperation agreements) são instrumentos investigatórios usando, na expressão proverbial, the little fish to catch the big fish.

Mas o questionamento para a presente discussão é: se não for possível a infiltração de agentes ou não houver investigado com interesse em colaborar para esclarecer as circunstâncias do crime de organização criminosa, como atuará o agente estatal diante de fatos que remetem à instituição de organização criminosa, sem que estejam presentes nitidamente os elementos previstos na norma vigente?

Não seria prudente, imediatamente, afirmar que, em casos como esses, se aplicará a tipificação do crime de associação criminosa, pois a defesa por um conceito de organização criminosa mais atual e relativizado é incentivada pela doutrina, razão pela qual pode ser aplicado em situações de criminalidade no ambiente virtual. O mundo cibernético pode apresentar mais do que quatro pessoas associadas, as quais nem sempre se conhecem e, por conta disso, coexistirem mais de uma hierarquização e liderança. Além disso, pode ocorrer de tarefas criminosas e transnacionais serem desempenhadas sem que precisamente se demonstre cada qual.

À vista disso, defende-se que o embate jurídico da estrita legalidade seja colocado à prova como escolha para superar as dificuldades no combate às organizações criminosas, notadamente no âmbito virtual. Não obstante, o ponto de vista doutrinário não está desqualificando a opção do legislador, pois verifica-se que outras classificações de organizações criminosas também relativizam algumas elementares. Assim, a profundidade do tema está além da complexidade do conceito, já que atinge, de forma igual, a persecução criminal do crime de organização criminosa.

4 A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO AMBIENTE VIRTUAL

Como se observa, a defesa de uma relativização do conceito de organização criminosa não advém somente em razão das dificuldades enfrentadas durante a investigação. A doutrina levanta a discussão para fortalecer a tese de que a lei pode estar ultrapassada, ainda mais quando se está diante de delitos cometidos no ambiente virtual.

Recorde-se que a era dos criptoativos ganha espaço sem que a regulamentação acompanhe na mesma velocidade. Assim como pode servir para práticas legais, criminosos utilizam ilegalmente os artifícios, especialmente à prática de crimes de lavagem de dinheiro.

Nessa realidade, o crime de organização criminosa também se faz presente. O órgão de investigação e controle provavelmente terá dificuldade, desde logo, na identificação do número mínimo de associados que, por ora, podem utilizar nomes falsos nas respectivas contas. As organizações criminosas do tipo “rede”, se contempladas na normativa legal, não exigiriam o esgotamento de pessoas por parte do investigador, bastando que demonstrassem a conexão entre o alvo e um número ilimitado de envolvidos na prática criminal.

É preciso ressaltar que o criminoso que faz da rede mundial de computadores seu mundo do crime encontra uma vasta oportunidade de ocultar-se das autoridades, exigindo que os métodos de investigação sejam aperfeiçoados rapidamente. Com a quantidade de dispositivos, as possibilidades de acessos e a facilidade tecnológica oferecida, certamente o trabalho daqueles que tentam combater a criminalidade será dificultoso.

A reflexão sobre as normas que se têm para enfrentamento desse desafio não se apresenta favoravelmente, consoante pensamento de Frota e Paiva (2017):

Portanto, fica claro que os avanços que até aqui ocorreram em virtude dos crimes virtuais são, contudo, poucos em meio ao grande mundo cibernético e a ilimitada conduta ilícita dos que, travestido de usuários de boa-fé, agem em busca de suas vítimas. Sendo assim, faz-se necessário que seja repensada a maneira, pela qual os operadores do direito estão colaborando para a repressão dessas condutas.

Pontua-se outra questão que põe em risco a identificação de possíveis autores e partícipes de crimes: a utilização da *Dark Net* e *Deep Web*. Conhecida como internet escura, acampa o local de cometimento de delitos mais sofisticados e de difícil intervenção estatal (KARASINSKI, 2013). Lá, assim como os demais delitos, pode haver criminosos especialistas em constituir organização criminosa, mas que provavelmente jamais serão identificados, ainda mais se for o caso de aplicar a regulamentação vigente.

Desse modo, quanto ao primeiro aspecto de identificação dos membros associados, o conceito de organização criminosa pode estar ultrapassado quando há crimes cometidos no mundo virtual, haja vista os meios possíveis de ocultação e difícil rastreabilidade. É inadmissível que tais crimes cometidos fiquem impunes em consequência da inaplicabilidade do conceito restrito de organização criminosa.

A estrutura ordenada e divisão de tarefas previstas no §1º, do art. 1º, da Lei nº 12.850/2013, são elementares que também podem se fazer presentes em organizações criminosas no ambiente virtual. Contudo, tais requisitos apresentam-se tão formais a ponto de engessar a norma diante do caso concreto. Nem tão claramente haverá a demonstração de um organograma de criminosos no meio virtual.

Na situação em que um criminoso integrante de organização criminosa se disfarça no ambiente virtual, utilizando “Internet Protocol”, ou seja, o protocolo da internet que pode ser dinâmico e apontar que esse indivíduo atue fora do País. Nesse contexto, a necessidade de cooperação entre países e a execução de diligências que possam explicar qual o papel de determinada pessoa na organização criminosa são imprescindíveis para comprovar a tipificação do crime.

Uma questão a ser pensada é o *modus operandi* de uma organização criminosa. O fato de estar no mundo virtual amplia possibilidades na forma de atuação, exigindo cuidado na investigação para que não se processem inocentes. Digamos que a organização criminosa seja especializada em cometer o crime de estelionato informático, induzindo as pessoas que utilizam aplicativos bancários a fornecer dados sigilosos e pessoais. Nesse caso, a identificação dos agentes exigirá expertise nos meios tecnológicos, pois pode haver a utilização de programas maliciosos, intervenção de terceiros ocultos através de engenharia social, etc.

Tais circunstâncias não são de simples elucidação, ainda mais quando se tem obrigação de demonstrar indícios de estrutura ordenada e divisão de tarefas. Com a facilidade de atuação em rede é provável que uma mesma pessoa execute mais de uma função, sem que se consiga demonstrar na fase pré-processual. As técnicas forenses de análise dos passos efetuados nas redes virtuais ocorrem abstratamente. É preciso que membros do Ministério Público e Poder Judiciário estejam abertos a entender novas práticas e convencidos de que o ambiente das redes é um mundo paralelo.

A conjuntura de um sistema de processamento criminal voltado ao combate às organizações criminosas não deve ser fechada a ponto de se restringir normativamente. A dinâmica social se apresenta como um pretexto necessário de modificações da lei, não sendo diferente com tipificação de crimes cibernéticos e novas técnicas de investigação para combater organizações criminosas.

Por esse motivo, a flexibilização das elementares contidas no §1º, do art. 1º, da Lei nº 12.850/2013, não caminha na contramão do sistema, uma vez que a necessidade de readequar a realidade ao que consta na legislação posta pode ser o caminho para redução da impunidade. Com a defesa desse ponto de vista não se pretende afirmar que a situação restará simplificada, pois o enfraquecimento da rigidez normativa em nada muda a necessidade de atualização e aperfeiçoamento dos métodos de investigação.

Assim, mesmo com as modificações legislativas que proporcionaram o conceito de organização criminosa que se tem na atualidade, é importante analisar conjuntamente com o entendimento doutrinário acerca da ampliação de possibilidades para configuração desse tipo de crime que pode ser cometido no ambiente virtual, situação em que impõe uma maior dificuldade de métodos de investigação, haja vista a celeridade e evolução tecnológica que repercute na atuação dos envolvidos.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo central analisar eventuais possibilidades de relativização do conceito de organização criminosa no ambiente virtual, partindo de um parâmetro legal que convive com a realidade sociotecnológica. Para alcançar tal propósito, buscou-se identificar e descrever as características do conceito de organização criminosa, previstas no § 1º, art. 1º, da Lei nº 12.850/2013, examinar reflexões e conteúdos doutrinários a fim de sistematizar elementos que possam constatar a dificuldade no combate às organizações criminosas no âmbito virtual e, por fim, apontar as vantagens e as dificuldades em caso de relativização do conceito de organização criminosa no ambiente virtual.

No primeiro tópico, houve a exposição do conceito de organização criminosa previsto no § 1º, art. 1º, da Lei nº 12.850/2013, destacando a cronologia de modificações até a atual previsão legal. Por outro lado, procurou-se destacar entendimentos doutrinários que fogem da concepção estática prevista na lei, observando-se que é possível a existência de organizações criminosas em redes sem preenchimento dos requisitos legais apresentados, sendo que executam o mesmo papel de qualquer outra.

Em sequência, partindo dessa necessidade de ampliar o conceito de organização criminosa, especialmente as que possuem características “em rede” com atuação no âmbito virtual, destacaram-se as dificuldades no combate ao referido crime. As formas de atuação e aplicação de técnicas e recursos atualizados estão sendo exigidas por parte das autoridades públicas, pois se deparam com o aperfeiçoamento das práticas criminosas.

Assim sendo, a defesa de uma tese que possa, com fundamento doutrinário condizente com a realidade, demonstrar a possibilidade de relativização do conceito de organização criminosa permite a adoção de meios para superar as dificuldades no combate às organizações criminosas, notadamente no âmbito virtual. Essa questão foi tratada no último tópico, no qual se demonstrou que determinados fatos praticados por organizações criminosas no ambiente virtual nem sempre acompanham evidências claras das elementares contidas no conceito legal.

Ao final, pontuou-se que a flexibilização do conceito de organização criminosa não se encontra totalmente desconexa do sistema, haja vista o apoio doutrinário, que também é uma fonte jurídica que pode readequar a realidade ao que consta na legislação posta, pode ser o caminho para redução da impunidade. Tal circunstância continua a proporcionar o aperfeiçoamento de técnicas de investigação, uma vez que as práticas são dinâmicas e exigem das autoridades de persecução penal dinamicidade na medida da evolução tecnológica.

Portanto, no presente trabalho foi possível alcançar as reflexões sobre tema, embora não esteja esgotado de possibilidades ou coberto de verdade e razão. Com efeito, é preciso entender que o entendimento doutrinário acerca de classificações no que se refere ao conceito de organização criminosa pode (e deve) ser considerado assim como dispositivo normativo, já que evita a rigidez do sistema e, por consequência, a falta de harmonia jurídica social.

Assim, todos os fundamentos foram apresentados a partir dos objetivos específicos, destacando-se quão dificultosa é a investigação de organizações criminosas, razão pela qual se repercute a sensação de impunidade, e ainda as circunstâncias e repercussões dessas elementares do conceito do crime de organizações criminosas quando se está diante de atuação no meio virtual.

Logo, o maior ganho com a presente pesquisa deu-se na tentativa de trazer um novo olhar para a realidade criminal que não pode ser vista tão somente com base na legislação vigente. Todo arcabouço jurídico precisa acompanhar a lógica da hermenêutica no combate às organizações criminosas a cada dia mais aprimoradas nas infrações penais da mesma forma em que os meios tecnológicos transformam-se no dia a dia.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei nº 12.850/2013*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BRASIL. *Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012*. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12694.htm. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. *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. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRINDEIRO, Geraldo. Delação premiada e “plea bargain agreement”. *Estadão*. São Paulo, 9 fev. 2016. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral/delacao-premiada-e-plea-bargain-agreement,10000015508>. Acesso em: 16 abr. 2022.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2012.

FROTA, Jessica Olívia Dias; PAIVA, Maria de Fátima Sampaio. Crimes virtuais e as dificuldades para combatê-los. *Faculdade Luciano Feijão*. Sobral, 2017. Disponível em: https://flucianofejao.com.br/novoo/wpcontent/uploads/2018/11/ARTIGOS_CRIMES_VIRTUAIS\ndIFICULDADE... Acesso em: 9 abr. 2022.

KARASINSKI, Lucas. Muito além da Deep Web: o que é a Mariana's Web?. *Tecmundo*. [S.L.], 11 ago. 2013. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/internet/43025-muito-alem-da-deep-web-o-que-e-a-mariana-s-web-.htm>. Acesso em: 8 abr. 2022.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado; aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. 1996. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba, Juruá, 2011. (1ª edição 2007, 1ª reimpressão 2011).

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado, procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*. Editora Juruá, 2016.





*A Lumiar tem como missão
iluminar a rota dos intrépidos
navegadores do Ministério Público.
Ana Luiza Almeida Ferro*



ESMPMA
Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Maranhão



MPMA
Ministério Público
do Estado do Maranhão