

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 29 - Nº 340 - MARÇO/2021



CADERNO DE DOCTRINA

4 A vedação do *bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador e o princípio da independência mitigada

Bruno Tadeu Buonicore
Gilmar Mendes

6 *Ne bis in idem* entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador

Helena Regina Lobo da Costa

8 A "lei anticrime" e a valorização das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva

Alvaro Guilherme de Oliveira Chaves
Pedro Victor Porto Ferreira

1 A urgente extinção da fundamentação *per relationem* da prática penal

Luis Henrique Pichini Santos
Lucas Bortolozzo Clemente

14 Dever de informação das *exchanges* que operam criptoativos

Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior

18 Vivendo 1984 no ano de 2020 - o reconhecimento facial e a democracia

Mateus Vaz e Greco

20 O crime organizado e a análise empresarial: algumas notas críticas

Thiago Rocha de Rezende

23 Colonialidade do poder: uma análise do sistema de controle punitivo brasileiro

Lucas Nunes Nora de Souza

DIALOGOS

26 Lavagem de Dinheiro: Crime permanente ou instantâneo

Pierpaolo Cruz Bottini

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: COLABORAÇÃO PREMIADA

29 O valor probatório dos atos de colaboração para fundamentar decisões judiciais

33 Possibilidade de impugnação do acordo por terceiro

Tempos de IBCCRIM

Um novo ciclo se inicia no IBCCRIM. Como ocorre a cada biênio, em janeiro o Instituto renovou seu quadro diretivo. Os novos mandatos não são apenas uma mudança de nomes. É a manifestação de que o Instituto permanece vivo, com o envolvimento, a participação e o compromisso de todos os seus associados.

Mais do que simples mudança gerencial, a nova gestão é – deve ser – oportunidade de novos olhares e novas perspectivas sobre o Instituto, sua missão, seus valores, suas prioridades. Partindo do muito que foi feito até aqui, é preciso avançar. Os tempos atuais o exigem especialmente.

O País vive um momento delicado. Junto aos desafios e problemas nacionais – há muito conhecidos, quase nunca enfrentados com a ousadia que merecem –, os tempos atuais representam um claro retrocesso no respeito às liberdades fundamentais. Exemplo disso é a revelação de clara afronta ao equilíbrio das partes e à isenção do juiz em famoso processo – e a reação fraca da sociedade perante tal escândalo.

O Estado Democrático de Direito brasileiro vê-se encoberto novamente por estranhas nuvens autoritárias. O que parecia há muito superado ressurgiu desavergonhadamente. Em vez de racionalidade e compromisso social, políticas públicas expressam e reproduzem intolerância, ressentimento e brutalidade. Nesse cenário, o sistema penal é alvo fácil de velhos sofismas, como manobra para se oferecer a receita populista de sempre: o endurecimento da lei penal e processual penal. Assim, em vez de procurar aperfeiçoar o sistema penal, reforçam-se e potencializam-se seus piores defeitos.

Além disso, há a pandemia de Covid-19, com suas consequências devastadoras no mundo inteiro – mortes, sofrimento, agravamento das desigualdades sociais, recessão econômica, incertezas em grau inédito. Aqui, para piorar a situação, redobra-se em muitos setores a aposta na irracionalidade, no negacionismo, na manipulação da realidade.

Ou seja, os tempos são desafiadores. Sem nenhuma presunção, pode-se dizer: são tempos de IBCCRIM. Desde sua fundação, o Instituto propôs-se a contribuir efetivamente na transformação da sociedade; de forma muito concreta, do sistema penal brasileiro. Não é uma entidade de objetivos diletantes, tampouco de estudos e debates alheios à realidade concreta.

O Instituto só pode realizar sua missão – sua corajosa missão – se estiver de olhos abertos ao que ocorre no Brasil – em suas muitas e diferentes realidades locais – e no mundo. As ciências criminais têm muito a contribuir nessa tarefa de pensar, debater e propor caminhos alternativos à atual realidade.

Os assuntos criminais vêm ganhando um espaço cada vez maior nas discussões do País. No entanto, é forçoso reconhecer um grande déficit de reflexões consistentes sobre a justiça penal. Quase sempre, o debate é raso e pouco apoiado em evidências. Há muitos discursos e gritos, mas falta diálogo, reflexão e estudo.

E é precisamente este o papel do IBCCRIM: promover uma conscientização crítica acerca da realidade penal do País. E se isso é um dever decorrente de sua missão estatutária, é inegável que os tempos atuais exigem um especial protagonismo do Instituto na arena pública.

Não é mera presença na mídia. Não é mero contraponto aos coros dominantes. O IBCCRIM deve ser capaz de jogar luz sobre as questões públicas, sem medo de trazer perspectivas inovadoras, que certamente serão, em algum momento, impopulares. A missão de ser a consciência crítica do sistema penal – sem arrogância, mas também sem encolhimentos – é tarefa de todos e de cada um dos Associados.

Para tanto, é preciso dar prosseguimento ao aperfeiçoamento interno do IBCCRIM, tanto em termos de gestão e transparência como de qualificação técnico-científica e de comunicação. Só assim o Instituto continuará dispondo da necessária credibilidade, interna e externa, para o cumprimento efetivo de sua missão institucional.

Aspecto relevante desse caminho é o resgate, em todas as suas dimensões, do caráter científico do Instituto. Ciência é uma palavra muito usada nos dias de hoje, mas muito pouco respeitada. A ciência é incômoda. Confronta certezas, refuta dogmas, acolhe novos olhares, testa e debate antes de emitir opiniões. Para cumprir sua missão, o IBCCRIM precisa ser sempre, com todo o rigor do termo, científico.

Assim, com embasamento técnico e racional, a voz do IBCCRIM será cada vez mais ouvida e mais relevante no debate público. Não é exagero dizer. Por força de seus Associados, o Instituto reúne um impressionante e profundo conhecimento científico. É dever de justiça, muito especialmente nos tempos atuais, fazer render esse potencial.

Nessa trajetória, o diálogo e a abertura são fundamentais. Logicamente, não se trata de transigir com violações de direitos. É antes o contrário. Para não sucumbir ao retrocesso, é preciso ouvir posições novas, ideias diferentes, caminhos alternativos. Não há verdadeiro debate científico sem um ambiente arejado da liberdade, da discordância, do pluralismo. O IBCCRIM não nasceu para ficar engessado.

Uma maior diversidade de gênero, de raça, de trajetórias profissionais e de experiências de vida é – trata-se de um compromisso da atual gestão – prioridade do IBCCRIM nos próximos anos. A inclusão é tarefa urgente e deve permear todas as atividades e dimensões do Instituto. Essa verdadeira obsessão por uma mais ampla e real diversidade será também o motor para se exigir, na seara pública, políticas inclusivas.

Não há tempo a perder. O IBCCRIM nasceu para ser um centro de excelência das ciências criminais e, a partir dessa sua específica identidade, contribuir para a promoção de um sistema penal mais justo. A um ano de seu trigésimo aniversário, com uma história ímpar de defesa dos princípios e garantias constitucionais, e ainda com tanto a fazer, o IBCCRIM convida todos os Associados a somar esforços nessa missão de ciência e de justiça – de humanidade.

EDITAL DE CONVOCAÇÃO

ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA - MARÇO DE 2021

Convocamos os Senhores Associados e Associadas do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM a comparecerem à Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, a realizar-se no dia 25/03/2021, às 10h, em primeira convocação e, em segunda convocação, às 10h30, de forma virtual, por meio do link <https://us02web.zoom.us/j/85980999162>, para deliberarem sobre a seguinte ordem do dia:

1. Aprovação do relatório de contas e de atividades referente ao ano-base 2020;
2. Deliberação sobre o reajuste da contribuição associativa;
3. Deliberação sobre a proposta de alteração do Estatuto Social.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS PARA REALIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA POR VIDEOCONFERÊNCIA

Prezados Senhores Associados e Associadas,

Considerando:

- I. A necessidade da Assembleia Geral proceder com a aprovação do Relatório de Contas e de Atividades referente ao ano-base 2020, conforme os Artigos 13, IV e 14, I do Estatuto Social;
- II. A necessidade da Assembleia Geral deliberar sobre o reajuste da contribuição associativa, conforme o Artigo 13, VIII do Estatuto Social;
- III. A necessidade da Assembleia Geral deliberar sobre a proposta de alteração do Estatuto Social, submetida pela Diretoria Executiva, nos termos dos Artigos 13, V e 18, XIV do Estatuto Social;
- IV. A necessidade do IBCCRIM colaborar com as autoridades públicas de saúde e dada impossibilidade de realização de reunião presencial em razão do necessário isolamento social, tendo em vista o estado de pandemia de COVID-19 que assola o país;

Convocamos os Senhores Associados e Associadas a participarem virtualmente, por meio de videoconferência, da Assembleia Geral, para deliberar sobre a pauta relacionada no edital anexo.

No mais, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos.

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO - Diretora Presidenta

A VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM* NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA MITIGADA

THE PROHIBITION OF *BIS IN IDEM* REGARDING CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW AND THE PRINCIPLE OF MITIGATED INDEPENDENCE

Bruno Tadeu Buonicore

Doutor em Direito (Direito Penal) – summa cum laude – pela Universidade de Frankfurt. Professor da Universidade Católica de Brasília. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

ORCID: 0000-0002-0536-268X

bruno.buonicore@gmail.com

Gilmar Mendes

Doutor em Direito pela Universidade de Münster. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do IDP.

Ministro do Supremo Tribunal Federal.

ORCID: 0000-0003-3919-7237

gilmaracademico@gmail.com

Resumo: O presente artigo trata dos principais argumentos que fundamentam a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 41.557/SP, que discute a relação e os limites que se colocam entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Aborda-se, principalmente, a importância do princípio do *ne bis in idem* e a necessidade da aplicação do princípio da independência mitigada entre as diferentes esferas, seguindo a tendência de considerar o Direito Administrativo Sancionador uma extensão do Direito Penal e manifestação do poder punitivo estatal.

Palavras-chave: Direito Penal – Direito Administrativo Sancionador – *ne bis in idem* – Garantias Individuais – Independência Mitigada das Instâncias

Abstract: This article deals with the main arguments that support the decision of the Federal Supreme Court, which discusses the connection and limits between criminal law and administrative sanctioning law. It mainly addresses the importance of the principle of *ne bis in idem* and the need to apply the principle of mitigated independence among the different spheres, following the tendency to consider administrative sanctioning law as an extension of criminal law and a manifestation of the state's punitive power.

Keywords: Criminal Law – Administrative Law – *ne bis in idem* – Individual Guarantees – Mitigated independence from instances

Em 15.12.2020, no julgamento da Reclamação 41.557/SP, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, pela maioria de seus membros¹, proferiu decisão no sentido de demarcar, em sua face procedimental, o espectro de alcance do princípio do *ne bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. O objetivo deste breve artigo é apresentar o cerne da fundamentação do voto vencedor, que desenvolve linha argumentativa na direção de reconhecer a dimensão de proximidade entre as esferas normativas em questão e, conseqüentemente, estender as garantias individuais tipicamente penais para o espaço do Direito Administrativo Sancionador.

Diante da existência daquilo que se convencionou chamar de princípio da independência das instâncias, propõe-se aqui clarificar e desenvolver o que denominamos *princípio da independência mitigada*, especificamente na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador – **Lopes Jr.** e **Saboya**² reconhecem nesta empreitada uma delimitação de ordem paradigmática e “um bom começo” na elucidação das complexas problemáticas dogmáticas e hermenêuticas que surgem da relação entre essas distintas e próximas esferas normativas.

Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

estabelece, a partir do paradigmático caso Oztürk, em 1984, um “conceito amplo de direito penal”, que reconhece o Direito Administrativo Sancionador como um “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal. A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato³.

Confira-se *in verbis* os apontamentos de **Oliveira**⁴: “A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*”.

A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*, resulta na compreensão que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos subsistemas, mas também e principalmente na relação entre ambos os subsistemas – trata-se aqui justamente de uma baliza hermenêutica para a qualidade da relação.

A Constituição Federal anuncia, no art. 37, § 4º, uma noção de independência entre as esferas sancionadoras aqui abordadas. Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma *independência mitigada*, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*.

Explica-se: o subsistema do Direito Penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o Direito Administrativo Sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do Direito Administrativo Sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo –, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do Direito Penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do Direito Administrativo Sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do Direito Administrativo Sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do Direito Penal – é disso que cuida o *princípio da independência mitigada*.

O artigo 935 do Código Civil, que trata da relação entre Direito Penal e Direito Civil, coaduna-se perfeitamente com esta interpretação. Além disso, pertinente apontar a lógica da ação civil *ex delicto*, a partir da qual uma ação de reparação de danos poderá ser proposta em âmbito civil mesmo ante uma sentença absolutória, desde que, contudo, não se tenha estabelecido uma tese que reconheça a inexistência do fato ou negativa de autoria. Desse modo, se a fixação de uma tese dessa natureza impede a ação civil de indenização, mais ainda deve obstaculizar a ação civil de improbidade.

Reforçando tal modelo argumentativo, **Lobo da Costa**⁵ destaca que a interpretação no sentido de uma independência absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador revela um equívoco metodológico que alcança sérios problemas práticos: “*Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de independência entre as instâncias, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia (...). Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário*”.

A adoção do *princípio da independência mitigada* entre as esferas penal e administrativa sancionadora – esta parece ser a posição mais acertada diante dos parâmetros constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), sobretudo do art. 12, nos leva ao entendimento de que a mesma narrativa fático-probatório que dá ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar

novo processo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador – *círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o bis in idem vedado no que diz respeito à persecução penal e ao Direito Administrativo Sancionador pelos mesmos fatos*.

Nesse sentido, a lição de **Lobo da Costa**⁶ é novamente esclarecedora: “*Isto porque decisões penais que reconheçam a inexistência de fato ou ausência de autoria não podem ser simplesmente desconsideradas pelo órgão administrativo (...). O princípio da proporcionalidade configura o fundamento jurídico do direito do ne bis in idem relativo às searas penal e administrativa (...). Para a identificação das hipóteses de aplicação do ne bis in idem examinado, devem-se verificar identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de efeitos jurídicos das sanções (natureza punitiva ou sancionadora) (...). Examinada a possibilidade de aplicação do ne bis in idem entre sanção penal e sanção administrativa no direito brasileiro, verificou-se que não apenas inexistente qualquer óbice para sua adoção, senão também que o princípio da proporcionalidade o impõe, já que a cumulação das vias penal e administrativa viola o subprincípio da necessidade*”.

Na mesma direção, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sinalizou adotar, desde o emblemático caso Grande Stevens, em 2014, o entendimento de que é vedado o *bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. No caso, em apertada síntese, três empresários italianos foram responsabilizados, tanto na seara criminal quanto na seara administrativa, por infrações contra o mercado de capitais na Itália. Tendo sido interposto recurso junto ao TEDH, o Tribunal internacional decidiu por anular as sanções de natureza penal determinadas pela justiça italiana. Isso porque foi reconhecida uma dupla punição pelos mesmos fatos, já que houve punição administrativa anterior à sanção criminal, que foi imposta pelo órgão *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB). Destaca-se aqui que a dupla punição ofende garantias individuais já consolidadas no âmbito internacional a algum tempo, a exemplo daquilo que prevê também a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁷.

Ainda que no caso citado a punição administrativa tenha ocorrido antes da criminal, disposição fática reversa do que ocorre no caso que deu ensejo ao precedente aqui apresentado, trata-se de um importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente no sentido de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado – é nesse contexto que se coloca a necessidade da aplicação do *princípio da independência mitigada* na interpretação da Lei de Improbidade (Lei 8.429/92).

NOTAS

- 1 Os Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia e Nunes Marques acompanharam o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes. O Ministro Edson Fachin divergiu e foi voto vencido.
- 2 LOPES JR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo. *Conjur*, 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>. Acessado em 21/01/2021. Acesso em: 31 jan. 2021. Sobre o tema, conferir: SABOYA, Keity. Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminas*, São Paulo, v. n. 1, p. 71-92, jul.- dez. 2018; SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- 3 OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 128.
- 4 OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 241.

- 5 LOBO DA COSTA, Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 119 e 222.
- 6 LOBO DA COSTA, Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 236-237.
- 7 SILVEIRA, Paulo Burnier. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 5-22, 2014; VENTORUZZO, M. Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia, *Revista Delle Società*, v. 59, n. 4, p. 693-722, 2014.

Autores convidados

NE BIS IN IDEM ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

DOUBLE JEOPARDY BETWEEN CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS

Helena Regina Lobo da Costa

Livre-docente, doutora e mestre pela Faculdade de Direito da USP. Professora

Associada da Faculdade de Direito da USP. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4647485496732896>

ORCID: 0000-0002-7117-7829

helenaregina@hotmail.com

Resumo: O texto discute as possibilidades de se aplicar o princípio *ne bis in idem* entre as esferas penal e administrativa, com base em desenvolvimentos havidos em outros países e no direito internacional e comunitário, propondo sua fundamentação no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: *ne bis in idem*, direito administrativo sancionador

Abstract: The text discusses the application possibilities of the principle *ne bis in idem* between the criminal and the administrative law. It is based on the development of the theme in other countries as well as in international and communitarian law and it proposes its justification on Brazilian legal system.

Keywords: *ne bis in idem*, double jeopardy, administrative sanctions

A ideia de que o Estado não pode apenar duas ou mais vezes uma pessoa por um mesmo fato é antiga no Direito,¹ provavelmente por representar uma exigência fundamental, até mesmo intuitiva, de justiça. E essa ideia, com o passar do tempo, para além de alcançar *status* deontológico, ganhou complexidade, passando a abarcar não apenas a vedação de o indivíduo ser sancionado criminalmente mais de uma vez por uma mesma conduta, como também a de ser processado penalmente mais de uma vez por fato idêntico,² já que o processo traz, em si, estigmatização e outras consequências negativas que devem ser evitadas sempre que não houver, desde logo, possibilidade de responsabilização do acusado.

Mais recentemente, a vedação do sancionamento duplo ou múltiplo vem ganhando forte espaço no que se refere à imposição cumulada de pena e sanção administrativa por um mesmo fato, contra a mesma pessoa.³

Esse movimento claro de estabelecimento normativo do chamado *ne bis in idem* transversal⁴ pode ser compreendido a partir do fato de que há tempos assistimos a uma acentuada aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Enquanto o Direito Penal socorre-se cada vez mais do Direito Administrativo para estabelecer seu âmbito de incidência – basta mencionar as inúmeras normas penais em branco heterogêneas, bem como os muitos tipos que exigem para sua configuração, que a conduta tenha sido praticada sem autorização ou em desacordo com os ditames dos órgãos administrativos competentes –, o Direito Administrativo Sancionador agigantou-se, ganhando novos âmbitos de aplicação e tornando-se mais rigoroso em sua aplicação.

Tal aproximação gera, por consequência, um importante espaço de sobreposição, no qual ocorrem, em muitos ordenamentos, sancionamentos sobrepostos entre a esfera penal e a administrativa. Deve-se observar que em diversos países – muitos dos quais de enorme influência no Direito Penal e Administrativo brasileiros

– essa sobreposição é expressamente vedada. A Espanha, por exemplo, reconhece a vedação do *bis in idem* entre pena e sanção administrativa, devendo-se utilizar os critérios de identidade do sujeito sancionado, identidade fática e identidade de fundamento ou natureza para verificação da sobreposição. Alemanha e Portugal, que adotam sistemas bastante semelhantes, estabelecem que, diante de uma só conduta que se enquadre seja em uma descrição típica, seja em previsão de ilícito contraordenacional, aplica-se somente uma das sanções, dando-se prevalência ao procedimento penal. Também a Itália, assim como Áustria, Bélgica, Holanda e, na América Latina, o Peru, adotam regras para afastar o *bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa.⁵

Contudo, quanto àqueles ordenamentos em que não há vedação da cumulação de sanções penal e administrativa (ou de processos penal e administrativo), surgem diversas situações que vêm sendo trazidas às cortes internacionais e comunitárias, existindo, assim, um crescente número de precedentes reconhecendo o *ne bis in idem* transversal.

A Corte Europeia de Direitos Humanos construiu uma já robusta jurisprudência sobre o tema, fundada na interpretação do art. 4º, do Protocolo 7, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁶ A partir do caso paradigmático Engel, firmou-se que a classificação formal conferida por um Estado a uma determinada matéria como não penal (administrativa, disciplinar, etc.) não pode ser determinante para excluir a aplicação das garantias previstas na Convenção Europeia. Assim, evita-se que o aspecto formal prevaleça sobre o material na aplicação das garantias fundamentais. A partir de tal fundamento, muitos foram os casos nos quais a Corte afirmou a impossibilidade de aplicação cumulada de sanção penal e sanção administrativa, podendo-se destacar os casos Zolotoukhine contra Rússia e Grande Stevens contra Itália.

A posição da Corte foi, mais recentemente, relativizada no caso

A. e B. contra Noruega, tendo-se afirmado a possibilidade de que alguns sistemas reprimam ilícitos em níveis diversos, com diversas finalidades, mas destacando-se que, nesses casos, os procedimentos não devem levar a uma duplicidade, mas sim a combinações integradas que formem um todo coerente. Desde então, a doutrina tem apontado, de modo crítico, a insegurança gerada pelos novos critérios jurisprudenciais, podendo-se prever que a discussão sobre o ponto terá novos desdobramentos jurisprudenciais no futuro.⁷

Há, ainda, importante jurisprudência sobre o tema no Tribunal de Justiça da União Europeia.⁸

Voltando os olhos aos tratados de que o Brasil é signatário, deve-se notar que o Pacto de San José da Costa Rica prevê a vedação do *bis in idem*, mas restrito à seara penal (art. 8.4⁹). A Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que o rol de garantias mínimas estabelecido no Pacto para matéria criminal deve estender-se também a ilícitos de natureza civil, laboral, fiscal ou de qualquer outro caráter.¹⁰ Assim, embora não haja jurisprudência expressa afirmando o *ne bis in idem* transversal, pode-se dizer que seu reconhecimento seria harmônico com o entendimento da Corte. O mesmo pode ser dito com relação ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas e sua interpretação pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.¹¹

Para além deste cenário internacional, o reconhecimento da vedação do *bis in idem* entre as esferas penal e administrativa pelo direito brasileiro não encontra óbice algum na Constituição; pelo contrário: harmoniza-se muito mais aos ditames constitucionais do que a mal fundada e incoerente ideia de que as instâncias seriam independentes.

Isto porque, em um ordenamento jurídico que leve a sério a necessidade de limitação do poder do Estado, não se deveria admitir a possibilidade de uma pessoa ser punida diversas vezes pelo mesmo ato, sendo submetida a múltiplos processos – ainda que essa punição não se caracterize estritamente como pena e esses processos não sejam estritamente processos penais, já que

hoje o direito administrativo sancionador tem uma capacidade de ingerência em direitos fundamentais, que deve ser delimitada juridicamente de modo rigoroso.

Nessa linha, a doutrina tem apontado diversos fundamentos para a configuração do *ne bis in idem* entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, desde a concepção de uma unidade do *ius puniendi* estatal, bastante difundida na Espanha, passando pela ideia de justiça e de equidade, pela própria concepção de Estado de Direito, pelo princípio da dignidade humana, da legalidade e tipicidade ou da segurança jurídica.¹²

Entretanto, parece que a fundamentação mais contundente decorre do princípio da proporcionalidade que, como já defendi, “*impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo. Por meio de seus subprincípios, indica que se deve adotar a solução mais idônea à finalidade, estritamente necessária a seu atingimento e cujos meios não se revelem desproporcionais ao atingimento do fim. Nessa linha, cumular sanções que apresentam finalidades praticamente idênticas, por meio de processos paralelos, não se configura como um meio necessário ao atingimento do fim almejado pelo legislador.*”¹³

A doutrina brasileira tem estado cada vez mais atenta a esse problema, havendo relevantes trabalhos defendendo a aplicação da vedação do *bis in idem* entre as esferas penal e administrativa.¹⁴ Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma importante decisão¹⁵ reconhecendo, ainda de modo pontual, a possibilidade de reconhecimento do *ne bis in idem* entre a esfera penal e a de improbidade administrativa.

Indubitavelmente, diante dos crescentes espaços de sobreposição entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, bem como do aumento contínuo do rigor atribuível a este, a aplicação do *ne bis in idem* transversal deve ser objeto de maior atenção da doutrina brasileira, quiçá não apenas buscando fundamentar e indicar sua aplicação, mas sobretudo buscando ofertar critérios para sua concretização prática.

NOTAS

- 1 SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 7-9.
- 2 Sobre o tema, vide: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- 3 Pode-se apontar, também, um outro importante desdobramento no âmbito supranacional, no direito comunitário europeu e no direito internacional, tanto no que se refere à imposição de sanções comunitárias/internacionais e sanções internas sobre os mesmos fatos quanto no que diz respeito à duplicidade ou multiplicidade de processos ou sanções penais aplicadas em diferentes jurisdições. Diante da crescente tendência de alargamento das regras de estabelecimento de jurisdição quanto a determinados ilícitos, como ocorre, por exemplo, com a corrupção (basta mencionar o FCPA e o Anti Bribery Act), a questão ganha ainda maior importância. Sobre o tema, exemplificativamente, vide: PRALUS, Michel. Étude en droit international et en droit communautaire d'un aspect du principe "non bis in idem: non bis". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 551-574, jul./set. 1996. DANNECKER, Gerhard. La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel (coords.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, p.157-176, 2004.
- 4 SABOYA, Keity, *Op. cit.*, p. 259 e ss.
- 5 Para um panorama sobre os sistemas dos mencionados países, cf.: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livro-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 194 e ss. SABOYA, Keity, *Op. cit.*, p. 49 e ss.
- 6 “Artigo 4.º (Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez).
1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.”
- 7 TOMILLO, Manuel Gómez. Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo, InDret, Barcelona, p. 421-456, fev. 2020.
- 8 VETZO, Max, The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma, *Review of European Administrative Law*, v. 11, n. 2, p. 55-84, 2019. TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALLI, Marcelo. Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas. *Revista Jota*, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Acesso em: 29 de jan. 2021.
- 9 “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”
- 10 Decisão Paniagua Morales e outros v. Guatemala, de 8 de março de 1998. Sobre o tema, vide, ainda: OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge, LAPORTA, Mario H., RAMÍREZ, Nicolás D. (Coord.). *Derecho penal empresario*. Montevideo: B. de F., 2010. p. 739-797. p. 758.
- 11 OTTAVIANO, Santiago, *Op. cit.*, p. 760.
- 12 Para um detalhamento da discussão, com ulteriores referências, vide: COSTA, Helena Regina Lobo da, *Op. cit.*, p. 213 e ss. SABOYA, Keity, *Op. cit.*, p. 155 e ss. MANALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio del ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, *Política Criminal*, v. 9, n. 18, p. 543-563, dez. 2014., 2014.
- 13 COSTA, Helena Regina Lobo da, *Op. cit.*, p. 216.
- 14 Além dos já mencionados trabalhos citados anteriormente, vide: SCANDELARI, Gustavo Britta. Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.); SOBRINO, Fernando Martins Maria Sobrinho. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2018. KASSADA, Daiane Ayumi; CARVALHO, Erika Mendes de. Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do ne bis in idem: uma abordagem

político criminal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 3, n. 2, p. 49-67, 2017. CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 431- 469, mai./ago. 2013. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Direito penal, direito administrativo sancionador e a questão do ne bis in idem: o parâmetro da jurisprudência internacional. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I.; ALCKMIN, Geraldo. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 287-306. BACH, Marion. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: quando a aproximação se torna temerosa. *Marian Bach*

¹⁵ *Advocacia Criminal*, [2018]. Disponível em: <https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa/>. Acesso em: 19 jan. 2021. COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. *Revista Fórum de Ciências Criminais*: RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 41.557*. Turma, por maioria, confirmou a liminar e julgou procedente a reclamação (...). Relatoria: Min. Gilmar Mendes, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200617_151.pdf. Acesso em: 07 fev. 2021.

REFERÊNCIAS

BACH, Marion. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: quando a aproximação se torna temerosa. *Marian Bach Advocacia Criminal*, [2018]. Disponível em: <https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa/>. Acesso em: 19 jan. 2021. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 41.557*. Turma, por maioria, confirmou a liminar e julgou procedente a reclamação, determinando o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo e a consequente desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de seus bens, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Relatoria: Min. Gilmar Mendes, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200617_151.pdf. Acesso em: 07 fev. 2021. CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 431- 469, mai./ago. 2013. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. *Revista Fórum de Ciências Criminais*: RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. DANNECKER, Gerhard. La garantía del principio *ne bin in idem* en Europa. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.). *Dogmática y ley penal*: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 157-176. KASSADA, Daiane Ayumi; CARVALHO, Erika Mendes de. Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do ne bis in idem: uma abordagem político criminal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 3, n. 2, p. 49-67, 2017. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio del ne bis in idem frente a la

superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, *Política Criminal*, v. 9, n. 18, p. 543-563, dez. 2014. OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge, LAPORTA, Mario H., RAMÍREZ, Nicolás D. (coord.). *Derecho penal empresario*. Montevideú: B. de F., 2010. p. 739-797. PRALUS, Michel. Étude en droit international et en droit communautaire d'un aspect du principe "non bis in idem: non bis". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 551-574, jul./set. 1996. SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*: História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. SCANDELARI, Gustavo Britta. Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.); SOBRINO, Fernando Martins Maria Sobrinho. *Direito penal econômico*: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2018. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Direito penal, direito administrativo sancionador e a questão do ne bis in idem: o parâmetro da jurisprudência internacional. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I.; ALCKMIN, Geraldo. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 287-306. TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas. *Revista Jota*, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-administrativas-01082018>. Acesso em: 29 jan. 2021. TOMILLO, Manuel Gómez, Non bis in ídem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. *InDret*, Barcelona, p. 421-456, fev. 2020. VETZO, Max, The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma, *Review of European Administrative Law*, v. 11, n. 2, p. 55-84, 2019.

Autora convidada

A “LEI ANTICRIME” E A VALORAÇÃO DAS PALAVRAS DO COLABORADOR NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

THE “ANTICRIME LAW” AND THE EVALUATION OF THE DEFENDANT’S WORDS IN THE PREVENTIVE DETENTION’S DECRETING

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

Mestrando em Direito pela UnB. Pós-graduado lato sensu em Direito Penal e Processo Penal pelo IDP. Graduado em Direito pela UnB.
Membro do IBCCRIM. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1339634588775812>

ORCID: 0000-0002-7967-4459

alvarogui@gmail.com

Pedro Victor Porto Ferreira

Mestrando e graduado em Direito pela UnB. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4782845477169929>

ORCID: 0000-0002-1991-6655

pedrovportoferreira@gmail.com

Resumo: Após a Lei 12.850/13, os acordos de colaboração premiada assumiram papel central no enfrentamento à criminalidade. Os órgãos de persecução penal passaram, então, a utilizar as declarações dos colaboradores como substrato exclusivo para o oferecimento de denúncia e para formulação de pedidos de prisão preventiva. Nesse contexto, muito embora a antiga redação do art. 4º, § 16, da citada Lei somente inviabilizasse a prolação de sentença condenatória fundada em tais elementos, o STF reconheceu que os depoimentos de colaboradores isoladamente careciam de densidade probatória apta a configurar o *fumus commissi delicti* para o recebimento de denúncia, de modo a indicar que o antigo entendimento formalizado pelo STJ no HC 307.959/SP, que versa sobre a justa causa para decretação da prisão preventiva, deveria ser revisto, o que efetivamente ocorreu com a entrada em vigor da denominada "Lei Anticrime".

Palavras-chave: Colaboração premiada. *Fumus commissi delicti*. Prisão preventiva. "Lei Anticrime".

Abstract: After the Law 12.850/13, the collaboration agreements assumed relevance in the fight against crime. So, the prosecutors started to use the statements of the defendants who signed the agreement as exclusive foundation to offer the accusation and to require the preventive detention. In that context, although the old terms of the article 4th, §16, of the cited law just prevented the condemnation based on those elements, the Brazilian Supreme Federal Court recognized that those testimonials, individually, didn't have the probative density able to configure the *fumus commissi delicti* to the admission of the accusatory inaugural piece, showing that the Superior Tribunal Justice's understanding in the habeas corpus n. 307.959/SP about the just case to decree the preventive detention should be revised, what happened with the enactment of the law called "Anticrime Law".

Keywords: Collaboration agreement. *Fumus commissi delicti*. Preventive detention. "Anticrime Law".

O sistema processual penal brasileiro sofreu considerável modificação diante da promulgação da Lei 12.403 de 2011, uma vez que estabelecidas as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, de modo a fornecer opções outras ao órgão julgador que não a segregação máxima da liberdade. Dessa forma, evidenciou-se ainda mais o caráter excepcional do decreto de custódia preventiva, o que restou somado aos seus dois imprescindíveis pressupostos: o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*.

Apesar de importante, tal avanço legislativo não implicou a contenção da aludida modalidade de constrição, haja vista que o cárcere cautelar continuou a representar numeroso quantitativo nas estatísticas oficiais.¹ Em verdade, ao longo do tempo, as prisões preventivas tornaram a denotar ainda mais um papel genuinamente simbólico, isso é, voltado a construir uma equivocada noção de eficiência do sistema penal. Seus requisitos, como consequência, foram, pouco a pouco, flexibilizados e alterados, com o objetivo de garantir uma suposta efetividade imediata do poder penal.

Constatação há muito já alertada. Nesse sentido, **Fabiana Barreto** observou que, havendo o flagrante, durante o período de 2000 a 2004, a custódia preventiva foi decretada em 45,75%, 97,8%, 98%, 99,6% e 80,3% dos casos relativos aos crimes de furto ocorridos, respectivamente, nas cidades de Porto Alegre, Recife, São Paulo, Belém e no Distrito Federal.² **Pedro Ivo Velloso**, por seu turno, observou o incremento do uso das prisões provisórias em face de acusados pelo cometimento de crimes de colarinho branco no âmbito das operações deflagradas pela Polícia Federal entre 2003 e 2007.³

Tal problemática traduz-se, conforme explicitado por **Aury Lopes**, no exacerbado interesse pelas prisões cautelares e na idealização por uma punição imediata.⁴ **Ela Wiecko** ressalta outro essencial elemento para a configuração desse cenário, qual seja, a ilusória democratização do controle penal por meio dele mesmo, ou seja, a inadequada percepção de que o exercício do poder punitivo incontinenti demonstra a redução da desigualdade quanto à sua aplicação, o que indicaria o hipotético fim do privilégio associado

aos indivíduos de maior poder econômico e político.⁵

Somado a essas iniciais ponderações, em particular após o ano de 2013, outro aspecto passou a integrar com mais força as discussões concernentes às prisões preventivas: a utilização dos depoimentos prestados em sede de colaboração premiada como fundamento para caracterização do *fumus commissi delicti*. Isso, porque, embora esse instrumento esteja previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 1995, o referido instituto recebeu regulamentação específica por meio da Lei 12.850/13, de forma a efetivamente despertar o interesse jurídico e acadêmico a seu respeito.

Nesse sentido, seu protagonismo no enfrentamento à criminalidade econômica foi indubitavelmente visualizado no curso da nomeada Operação Lava-Jato, cuja deflagração se deu em 2014 e que, consoante site oficial, viabilizou a homologação de 138 termos de colaboração premiada pelo Supremo Tribunal Federal.⁶

Desse modo, ante as inúmeras informações reveladas pelos agentes colaboradores a respeito dos fatos supostamente ilícitos, bem como em face dos documentos também fornecidos, passou-se a utilizar largamente esse arcabouço informativo para consubstanciar diversas medidas judiciais, especialmente os oferecimentos de denúncia e os pedidos de prisão preventiva.

Revelou-se imperioso, então, examinar qual o valor jurídico probatório relacionado a tais elementos informativos.

A propósito, a antiga redação do artigo 4º, §16, da Lei 12.850/13 limitava-se a vedar a sentença condenatória lastreada exclusivamente nas declarações do colaborador, mas nada consignando acerca de outras decisões, tais como a de recebimento da inicial acusatória e a de decretação da custódia preventiva.

A primeira controvérsia surgiu no Supremo Tribunal Federal de forma mais célere e se iniciou com a discussão acerca da natureza jurídica da colaboração premiada. Quando do julgamento do *Habeas Corpus* 127.483/PR, o Plenário da Suprema Corte asseverou que "a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não

constituiria meio de prova propriamente dito⁷, entendimento acolhido pela Lei 13.964/19.

A partir desse posicionamento, no julgamento relativo ao Inquérito 3994/DF,⁸ o Ministro **Dias Toffoli**, redator para o acórdão, foi enfático ao frisar que a colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de prova, viabiliza a deflagração da investigação preliminar, afirmando ser essa sua verdadeira vocação probatória. Por conseguinte, sua exteriorização isolada, sem outras provas idôneas e extrínsecas de corroboração, não se reveste de densidade suficiente para lastrear o recebimento da inicial acusatória, na medida em que ausente o imprescindível *fumus comissi delicti*.

Ainda, afirmou-se, naquela oportunidade, que, uma vez inviável a prolação da sentença condenatória com fulcro apenas nas declarações do agente colaborador, consoante o artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/13, vigente à época, é da mesma maneira lícito e coerente concluir que estas, por si só, também não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação.

Diante da proliferação dos acordos nos últimos anos, ao julgar o Agravo Regimental no Inquérito 4327/DF, o que se deu em plenário, o Ministro **Luiz Fux** destacou categoricamente que nem sequer seria possível oferecer denúncia com base exclusivamente nos depoimentos prestados em sede de colaboração premiada, sob o risco de ser utilizada como forma de retaliação: *“eu detectei, num acórdão da Segunda Turma, que a delação seria suficiente para oferecer uma denúncia. Eu sou absolutamente contrário a isso. Acho que isso não é possível, porque pode até ser um instrumento de retaliação”*.⁹

Em suma, ao ser confrontado com o tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o valor probatório atenuado das declarações de colaboradores, inviabilizando não só a condenação com fulcro nesses elementos de convicção, como também o recebimento de denúncias, em razão de essas declarações não possuírem densidade probatória suficiente para caracterizar o indispensável *fumus comissi delicti*.

Quanto à decretação de custódia cautelar, a jurisprudência tradicional era no sentido de autorizar tal medida a partir dos depoimentos dos colaboradores. A título de exemplo, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 307.959/SP, que se deu em 1º de outubro de 2015, entendeu configurada a justa causa para prisão preventiva com lastro exclusivo nos indícios concernentes à delação formalizada por corréu.¹⁰

Contudo, em razão da multiplicação dos acordos de colaboração premiada, o que ocorreu sensivelmente em momento consecutivo ao referido julgamento, e dos posteriores precedentes do Supremo Tribunal Federal relativizando o valor probatório das declarações do delator também para o recebimento da denúncia, fazia-se indispensável a revisão daquele posicionamento do STJ.

Apesar de possuírem um rigor probatório menor do que o juízo condenatório, ambas as providências processuais citadas (recebimento da denúncia e decretação da prisão preventiva) possuem pressuposto fundamental a ser igualmente observado, a saber, o *fumus comissi delicti*, cuja configuração difere em cada um dos mencionados atos judiciais.

Quanto à possibilidade de decretação da custódia cautelar, o *fumus comissi delicti* é requisito inerente, sendo usualmente conceituado enquanto *“prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria”*.¹¹ No mesmo diapasão, consoante **Sendra**, tal elemento indica *“a atribuição fundamentada de um fato punível à pessoa determinada”*.¹² **Aguilera de Paz**, por seu turno, leciona que tal condição representa os elementos capazes de consubstanciar um raciocínio verdadeiramente lógico-racional acerca da ocorrência do

eventual delito, bem como a respeito do seu respectivo responsável.¹³

Aury Lopes ressalta que o aludido pressuposto exige a ocorrência de sinais externos, os quais devem estar associados a um efetivo e suficiente suporte fático, de modo a indicar a ocorrência de suposto crime, cujo proceder, bem como suas consequências, possam ser atribuídos a um sujeito concreto.¹⁴ **Carnelutti** acrescenta ser impróprio limitar-se a uma genérica afirmação sobre a existência de *“indícios suficientes”*, sendo imperioso distinguir dois juízos: o de probabilidade e o de possibilidade.¹⁵

Tal distinção perpassa compreender que a investigação dos fatos tidos enquanto delituosos revela hipóteses, as quais são confirmadas, ou não, a partir dos elementos probatórios derivados dos respectivos atos empreendidos no bojo do procedimento investigatório. Desse modo, quando tais confirmações (razões positivas) mostram-se equivalentes às denegações (razões negativas), existe, então, o juízo de possibilidade, que se apresenta adequado para situações tais como o indiciamento.¹⁶

Noutro giro, o juízo de probabilidade implica um predomínio das razões positivas quanto à realização dos fatos hipoteticamente delituosos e, dessa maneira, seria possível consubstanciar a responsabilização, ainda que precária, de um sujeito concreto. Nesse contexto, no tocante à prisão cautelar, é essa a exata premissa a ser observada quando do decreto em face do acusado ou do investigado, particularmente ante o notório gravame que tal providência ocasiona sobre o indivíduo.

De tal modo, na medida em que representa a relativização do princípio da presunção de inocência, a custódia preventiva demanda imperiosa prudência. Sua utilização deve ter como norte o regular desenvolvimento do processo e a garantia de eficácia do poder punitivo estatal e, como premissa, deve ter a probabilidade da existência de fato criminoso passível de ser atribuído a determinado sujeito.

Em comparação, é evidente que o recebimento da denúncia impõe um custo negativo ao investigado ao submetê-lo ao processo. Contudo, parece claro que a custódia cautelar representa posição ainda mais gravosa, pois priva, em sua integralidade, o exercício ao direito constitucional de ir e vir, além de, ao mesmo tempo, gerar estigmatização incontestável sobre quem a ela foi submetido, como já oportunamente alertado por **Wedy**¹⁷ e **Sanguiné**.¹⁸ Por consectário lógico, então, tal medida exigiria um *fumus comissi delicti* ainda mais robusto, se comparado com aquela decisão que inaugura a relação jurídica do processo penal.

Não por outro motivo **Aury Lopes** destaca que, *“para decretação da prisão preventiva (ou qualquer outra prisão), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado”*.¹⁹

Desse modo, se o *fumus comissi delicti* já era tido enquanto insuficientemente caracterizado para o recebimento da denúncia quando há somente a utilização das declarações de colaboradores, com maior razão, é inviável constituí-lo nessa hipótese para implicar a constrição máxima da liberdade.

Nesse contexto, as conclusões firmadas acerca da aplicação da antiga redação do artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/13, no tocante ao recebimento da denúncia, devem ser igualmente observadas quando da análise da decretação da prisão preventiva.

Assim, de início, cumpre atentar que a insuficiência do aludido requisito essencial não é superada quando se está diante de um contexto caracterizado por elementos externos de corroboração que se limitam à declaração de outros colaboradores,²⁰ *“corroboração recíproca ou cruzada”*. Conforme já advertia **Gustavo Badaró**,²¹ visto o caráter de maior fragilidade e debilidade de tais declarações

emanadas, o que, já no primeiro momento, foi reconhecido pelo próprio legislador ao não permitir a sentença condenatória lastreada apenas nesse meio de prova, é inviável concluir pela corroboração apta a revelar o *fumus commissi delicti* unicamente por meio do afirmado por outros colaboradores.

Acerca de tal temática, ponderação do mesmo modo importante diz respeito aos elementos produzidos e apresentados unilateralmente por quem firmou o acordo, pois, nesses casos, na medida em que não possuem autonomia e independência do que se busca corroborar, inexistente o caráter de ratificação extrínseca, limitando-se ao escopo do confronto interno da própria colaboração. Nesse diapasão, asseverou Ministro **Dias Toffoli** quando do julgamento do Inquérito n. 3.980/DF: “se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação”.²²

A respeito dos elementos extrínsecos, no âmbito do Inquérito 4.118/DF,²³ foram firmadas balizas acerca dos limites à corroboração deles decorrente, isso porque dados informativos, ainda que externos,

porém caracterizados pela absoluta generalidade e pela falta de conexão com as imputações específicas, não são aptos a desvelar a imprescindível confirmação do conteúdo da colaboração.

Dessa forma, já se mostrava imperiosa a superação do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* 307.959/SP, de sorte a aplicar também à decretação de prisão preventiva as ponderações feitas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos aqui mencionados sobre a fragilidade e os limites da utilização dos depoimentos de colaboradores e de elementos produzidos unilateralmente por eles, sendo forçoso, para a decisão de custódia preventiva, buscar meio de prova extrínseca e idôneo que os corrobore, a fim de garantir confiabilidade ao apresentado.

Por essas razões, caminhou bem a Lei Anticrime ao positivar a impossibilidade de decretação da prisão preventiva com fundamento apenas na palavra do colaborador, conformando-se perfeitamente aos pressupostos das medidas cautelares brasileiras e seguindo as orientações que já estavam sendo delineadas pelo Supremo Tribunal Federal.

NOTAS

- 1 BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. *G1*, Brasília, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 10 de março de 2020.
- 2 BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007, p.40.
- 3 CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso. *A prisão provisória em crimes de colarinho branco: redução da desigualdade do sistema penal?* Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013.
- 4 LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 46.
- 5 CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A ilusória democratização do (pelo) controle penal. In: PRANDO, Camila Cardoso de (org.); GARCIA, Mariana Dutra de (org.); ALVES, Marcelo Mayora (org.). *Construindo as Criminologias Críticas: a contribuição de Vera Andrade* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 295.
- 6 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- 7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 796, de 24 a 28 de agosto de 2015. *STF*, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- 8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Inquérito n. 3994/DF*. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18/12/2017, publicado em 06/04/2018, STF, 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- 9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *AgR-segundo no Inquérito n. 4327/DF*. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 19/12/2017, publicado em 09/08/2018, STF, 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747891209>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- 10 “A exigida justa causa como requisito obrigatório da prisão preventiva é admitida

por indício consistente na delação por corréu, que serve como suficiente indício de autoria para o decreto de cautelares penais”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). HC 307.959/SP. Relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 01/10/2015, publicado em 26/10/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402806048&dt_publicacao=26/10/2015. Acesso em: 24 de out de 2020.

- 11 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.
- 12 GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 1996, p. 481.
- 13 DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 1996, p. 481.
- 14 AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: *Hijos de reus*, 1924, p. 202.
- 15 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.
- 16 CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 180-182.
- 17 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.
- 18 WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 27.
- 19 SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 289-335, set./out. 2010, p. 295.
- 20 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 687.
- 21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 127483/PR. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015, publicado em 04/02/2019, STF, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 28 set. 2020.
- 22 BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, *Consulex: revista jurídica*, Brasília, v. 19, n. 443, p. 26-29, fev. 2015. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>. Acesso em: 25 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Inq 3980/DF. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 06/03/2018, publicado em 08/06/2018, STF, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14968748>. Acesso em: 24 de out de 2020.

Recebido em: 18/03/2020 - Aprovado em: 14/09/2020 - Versão final: 26/10/2020

A URGENTE EXTINÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM DA PRÁTICA PENAL

THE URGENT EXTINCTION OF THE PER RELATIONEM GROUND OF CRIMINAL PRACTICE

Luis Henrique Pichini Santos

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela FGV e em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC.

Associado ao IBCCRIM.Advogado.

ORCID: 0000-0002-1637-4870

luis@apbradvogados.com.br

Lucas Bortolozzo Clemente

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV e em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Graduado pelo Mackenzie.Associado ao IBCCRIM.Advogado.

ORCID: 0000-0002-3753-9435

lucas@apbradvogados.com.br

Resumo: O presente artigo busca demonstrar que a fundamentação *per relationem*, técnica economicista comumente utilizada na prática judiciária, desde sempre incompatível com as garantias constitucionais da fundamentação das decisões judiciais, do contraditório e da proteção judicial efetiva, agora encontra intransponível óbice nos vícios de fundamentação preconizados no art. 315, § 2º, do CPP, os quais integralizam tais mandamentos constitucionais, legitimadores de um processo penal democrático e civilizado.

Palavras-chave: Fundamentação das Decisões Judiciais; Contraditório; Proteção Judicial Efetiva; Artigo 315, § 2º, do CPP; Fundamentação *Per Relationem*.

Abstract: This paper seeks to demonstrate that the *per relationem* ground, economist technique commonly used in the legal practice, since always incompatible with the constitutional principles of the ground for decisions, adversary and effective judicial protection, now faces an impassable obstacle in the ground defects provided in the article 315, § 2º, of the Code of Criminal Procedure, which complement those constitutional commandments, legitimizers of a civilized and democratic penal procedure.

Keywords: Ground for Decisions; Adversary; Effective judicial protection; Article 315, § 2º, of the Code of Criminal Procedure; *Per Relationem* Ground.

1. Introdução

Quem nunca se deparou com a seguinte afirmação: “para afastar as preliminares defensivas, reporto-me às razões exaradas no parecer ministerial, que detidamente analisou a questão controvertida.”? Comumente utilizada no cotidiano penal forense, a técnica da fundamentação *per relationem* (ou fundamentação *aliunde*) materializa-se na alusão a anterior decisão ou manifestação contida nos autos para estear sua compreensão.

Assim, o presente texto pretende demonstrar que a isolada utilização de tal mecanismo, além de incompatível com os preceitos constitucionais da fundamentação das decisões judiciais, do contraditório e da proteção judicial efetiva, consubstancia manifesta afronta às balizas decisórias do art. 315, § 2º, do CPP, incluídas pela Lei 13.964/2019.

Inicialmente, serão rememoradas as bases conceituais sobre tais garantias e como os marcos decisórios inseridos no aludido dispositivo, em boa hora, as integralizam. Após, será revelado que, enquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina contemporânea assoalham que a fundamentação *per relationem*, por si só, não se coaduna com o dever normativo de fundamentação, o Supremo Tribunal Federal coonesto o solitário emprego de tal subterfúgio para amparar os atos decisórios.

Ao final, à luz das razões esposadas, será proposta a reforma da jurisprudência da Corte Suprema acerca da legitimidade da fundamentação *per relationem*, conferindo-se eficácia às determinações constitucionais e impedindo-se que a importante alteração legislativa fique circunscrita aos planos teórico e retórico.

2. A indissociável conexão entre as garantias da fundamentação das decisões judiciais, do contraditório e da proteção judicial efetiva: alicerces de um processo justo e democrático.

A Constituição Federal de 1988 preceitua que todas as decisões judiciais serão fundamentadas (CF/88, art. 93, IX). À seara penal também é assegurado, no rol de garantias individuais, o dever de fundamentação individualizada enquanto condição legitimadora da privação ou restrição de liberdade (CF/88, art. 5º, LXI), da cominação de pena (CF/88, art. 5º, XLVI) e de qualquer interferência aos invioláveis bens do domicílio e do sigilo das correspondências (CF/88, art. 5º, XI e XII). O dever de fundamentação também se encontra previsto no plano supralegal (CADH, art. 7.3; PICDP, art.

9.1) e legal (CPP, art. 155, art. 381, III, art. 283, art. 312, §2º, art. 315).

Colhe-se da doutrina que a fundamentação possui duplo valor axiológico, consubstanciando, a um só tempo, (i) exigência própria do Estado Democrático de Direito e (ii) direito fundamental do cidadão.¹ Em seu núcleo, (iii) serve para controlar a racionalidade da decisão judicial como forma de limitar o poder estatal² e, portanto, (iv) deve conter (a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para (a.1.) a individualização das normas aplicáveis, (a.2) a qualificação jurídica do suporte fático e (a.3) a exposição das consequências decorrentes do enquadramento legal do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados.

Deve publicizar, ainda, (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam a escolha do juiz ter sido racionalmente correta e, necessariamente, (d) afastar todos os fundamentos arguidos pelas partes, de modo a aferir que o órgão jurisdicional expressamente considerou e enfrentou as razões deduzidas nas manifestações processuais.³ Sem a observância do dever de fundamentação, o qual propicia o controle interno (pelas partes) e externo (pela sociedade), incorre-se em perigoso decisionismo processual, afeto ao modelo penal antigarantista e próprio dos regimes autoritários.^{4 5}

Depreende-se, assim, o entrelaçamento entre a fundamentação das decisões e o contraditório, garantia que além (i) do direito de informação e manifestação (prisma formal), assegura ao jurisdicionado (ii) os direitos de influenciar nos rumos do processo e de ver a consideração, séria e detida, de seus argumentos pelo Estado-Juiz (prisma material), o qual, portanto, também está sujeito ao contraditório e tem o dever de zelar por sua observância (CF/88, art. 5º, LV; CPC, art. 7º, 10, 139, I c/c CPP, art. 3º).^{6 7}

Ao doutrinarem sobre a ligação entre os conceitos, SARLET, MARINONI e MITIDIERO salientam que “a motivação das decisões judiciais constitui o último momento do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo.”⁸

Acerca da temática, a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de ser despidendo o exame pormenorizado e individualizado das alegações e provas aforadas pelas partes, bastando que a decisão exponha “argumentos suficientes para justificar suas conclusões”. Digna de destaque, a solitária posição do **Ministro Marco Aurélio**,

com a qual nos alinhamos, para quem (i) é dever do Judiciário “emitir entendimento sobre todas as causas de defesa, sobre todos os pedidos formulados pela parte” e (ii) “não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar a improcedência, todos os pontos enfocados pela parte”.⁹

Todavia, ao contrário do Novo Código de Processo Civil, que acertadamente complementou o texto constitucional ao prescrever as demarcações legais necessárias à corporificação de um título judicial fundamentado, o caderno processual penal ainda era omissivo no ponto, havendo uma notável lacuna legislativa.

3. Dos vícios de fundamentação inseridos no art. 315, § 2º do CPP pela Lei 13.964/2019. Rol que complementa os princípios constitucionais da fundamentação das decisões e do contraditório.

Visando dar maior efetividade à tutela penal, a Lei 13.964/19 finalmente incorporou ao Código de Processo Penal, no seio do seu art. 315, § 2º, as balizas decisórias que melhor se compatibilizam com as garantias constitucionais acima destrinchadas. Para a melhor elucidação das inovações estruturais, oportuno abordar os incisos do art. 315, § 2º do CPP de forma individualizada.¹⁰

O inciso I impõe ao órgão julgador, de forma expressa, o dever de realizar a subsunção do ato normativo invocado ao caso em concreto, vedando-se, pois, a mera menção ao preceito, seja por indicação, transcrição ou paráfrase. O inciso II determina ao juiz que, ao se utilizar de conceituações jurídicas sem definição precisa e delimitada (tais como o “interesse público” ou a “ordem pública”), motive a sua ocorrência frente aos elementos do caso examinado.

O inciso III reforça o dever de fundamentação e motivação individualizada, repelindo-se a utilização de modelos e de decisões padronizadas, as quais podem servir indiscriminadamente a qualquer caso. Tal previsão nos remete à precisa lição do **Ministro Sepúlveda Pertence** de que “a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum.”¹¹

O inciso IV, umbilicalmente intrincado com a garantia constitucional do contraditório (CF/88, art. 5º, LV), notadamente o seu prisma material, positiva o ônus do julgador de enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes, que concretamente podem influir no rumo decisório e demonstrar quais as razões levaram à sua rejeição. O inciso V prevê que, ao invocar súmula ou precedente, deve o magistrado motivar idoneamente o seu enquadramento à situação examinada. Por fim, o inciso VI, também conexo ao contraditório constitucional e que prestigia o princípio da segurança jurídica (CF/88, art. 5º, XXXVI e CPC, arts. 926 e 927), estabelece que a decisão desatenderá o dever de fundamentação se deixar de seguir súmula, orientação jurisprudencial ou precedente invocado pela parte, sem motivar adequadamente a distinção ou a necessidade de superação do entendimento.

Dessarte, as previsões contidas nos incisos do art. 315, § 2º do CPP dão completeza aos mandamentos constitucionais da fundamentação das decisões e do contraditório ao obrigar que a argumentação e a conclusão decisória sejam (i) claras, (ii) coerentes, (iii) individualizadas, (iv) elucidáveis (às partes e à sociedade) e (v) que enfrentem, expressamente, os argumentos deduzidos pelos jurisdicionados, incluindo-se aqueles porventura rejeitados.

O descumprimento a tal dever afronta a magna garantia da proteção judicial efetiva (CF/88, art. 5º, XXXV; CADH, arts. 25.1 e 25.2; PICDP, art. 2.3) e, conseqüentemente, acarreta a nulidade do *decisum* (CF/88, art. 93, IX e CPP, art. 564, V).

4. Da fundamentação per relationem. Prática economicista que

deve ser extinguida do processo penal. Urgente alteração na jurisprudência do STF.

A fundamentação *per relationem* consiste na utilização, pela sentença ou acórdão, das razões e fundamentos contidos em peça processual anteriormente carreada ao processo para amparar a aceção firmada.

No âmbito da jurisprudência, é possível diagnosticar divergência entre os Tribunais Superiores. O STJ sedimentou a compreensão que “a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição”.¹²

Já o STF, em direção oposta, ressalvado o entendimento do **Ministro Marco Aurélio**, concebe a “validade da motivação *per relationem* nas decisões judiciais, inclusive quando se tratar de expressa remissão a parecer ministerial constante dos autos”.¹³

À adoção da fundamentação *per relationem*, sustenta-se que o emprego de tal subterfúgio (i) é aceito, de longa data, pela jurisprudência do STF e (ii) constitui medida de economia e simplicidade, adequada e necessária diante da sobrecarga de processos submetidos ao judiciário, (iii) cuja rejeição poderia incorrer em generalizada desconfiância ao magistrado, servidor qualificado e com boa-fé presumida.¹⁴

Tais argumentos, de cunho economicista e eficientista, são frontalmente incompatíveis com a concepção de um processo penal democrático.

A falta de estrutura e de recursos e a excessiva carga de trabalho não servem como escudo à mitigação ou supressão de direitos fundamentais. Coonestar tal compreensão seria admitir que o rol de direitos individuais possa ceder ou ser relativizado diante de eventuais falhas estruturais e institucionais, subversão lógica que não pode ser admitida. Ou seja, a solução republicana passa pela reestruturação do sistema de justiça, mantendo-se incólumes a eficácia e a extensão dos direitos e garantias delineados pelo arcabouço normativo.

Rememore-se, no ponto, que dentre as garantias fundamentais que alicerçam o processo penal constitucionalizado e civilizado, encontram-se o dever de fundamentação das decisões judiciais e o direito ao contraditório – hoje inteiradas pelo eixo legal –, e que demandam ao órgão julgador (i) motivar, própria e adequadamente, a linha de raciocínio que permitiu chegar à compreensão decisória e (ii) zelar pela observância do contraditório em seus dois planos de incidência.¹⁵

À vista disso, a mera remissão e transcrição de decisão ou manifestação anterior, sem o devido cotejo com as peculiaridades do caso concreto, é manifestamente incoadunável com a tutela jurisdicional assegurada pela Carta Magna, a qual pressupõe o dever de fundamentar e resguardar o contraditório. Afinal, adotar como razão de decidir os argumentos esposados em peça jurídica anterior, sob a genérica alegação de que esta enfrentou satisfatoriamente a controvérsia, pode servir a qualquer caso e motivar qualquer decisão, o que incidiria, de partida e pelo menos, nos vícios contidos no art. 315, § 2º, III e IV do CPP.

Urge, pois, seja modificada a jurisprudência atualmente predominante no Supremo Tribunal Federal, assentando-se que a decisão que se valer isoladamente da fundamentação *per relationem* é ato nulo (CF/88, art. 93, IX; CPP, art. 564, V), por afrontar os direitos fundamentais (i) à tutela adequada e efetiva (CF/88, art. 5º, XXXV; CADH, arts. 25.1 e 25.2; PICDP, art. 2.3) e (ii) à fundamentação das decisões judiciais e ao contraditório (CF/88, art. 5º, XLVI, LV, LXI, art. 93, IX; CADH, art. 7.3; PICDP, art. 9.1), alicerces democráticos inteirados pela legislação processual penal (CPP, art. 315, § 2º, incisos I a VI).

5. Conclusões

Embora comumente adotada e aceita no cotidiano penal, a fundamentação *per relationem* é prática incompatível com os preceitos constitucionais da fundamentação das decisões judiciais, do contraditório e o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Nessa toada, os vícios de fundamentação no art. 315, § 2º do CPP, adicionados pela Lei 13.964/2019, complementam as garantias fundamentais supracitadas e objetivam evitar arbítrios e decisionismos.

Dessa forma, apresentam-se como óbice inultrapassável ao manejo da fundamentação *per relationem*, pois expressamente positivam o dever de o órgão jurisdicional fundamentar suas decisões de maneira própria, adequada e coerente, bem como observar e zelar pelo contraditório, enfrentando e manifestando-se sobre os argumentos deduzidos pela parte.

Ante a importante alteração legiferante, é premente ao Supremo Tribunal Federal reformar a sua jurisprudência, a fim de se reconhecer que a isolada utilização da fundamentação *per relationem* caracteriza tutela jurisdicional insatisfatória e ofensa às garantias constitucionais da fundamentação das decisões judiciais e do contraditório, integralizadas pelos incisos do art. 315, § 2º do CPP e cujo descumprimento desagua em insanável e absoluta nulidade, consoante o art. 93, IX da Carta Política e o art. 564, V do Código dos Ritos Penais.

É chegada a hora de extirpar da jurisdição penal decisões que se limitam a referenciar e transcrever manifestações processuais anteriores, dado que a concepção de um processo penal democrático, irrenunciável instrumento de proteção do cidadão diante do poder punitivo do Estado, não pode coexistir com práticas fordistas e economicistas.

NOTAS

- 1 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1324.
- 2 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 874 e 876.
- 3 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 866 e 867.
- 4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36 e 37.
- 5 Ver também: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. item 7.5.3.2.
- 6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2019. p. 383 e 384.
- 7 Na jurisprudência, BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *MS 25787*. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/11/2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Rcl 37493 AgR-ED*. Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 03/03/2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 167550 AgRg*. Relatora Min. Rosa Weber, julgado em 29/03/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Inq 4112*, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 22/08/2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Inq 3997*. Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 21/06/2016.
- 8 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 844-846. Ver também: PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Item 3.31.3.
- 9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 791292 QO-RG*. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 933195 AgRg* (1. Turma). Relatora Min. Rosa Weber, julgado em 21/06/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 167550 AgRg*. Relator Min. Luiz Fux, julgado em 23/08/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1240669 AgRg* (1. Turma). Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 06/12/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 125400 AgRg* (2. Turma), Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 16/12/2014.
- 10 "Art. 315, § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;"
- 11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 78013*, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 24/11/1998.
- 12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *REsp 1384669/RS*. Relator Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/08/2019. Outros julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no AREsp 1594445/SP*. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 06/02/2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *AgRg no HC 530280/SP*. Relator Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 04/02/2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 530989/SP*, Relator Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 17/12/2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 104.665/RJ*. Relatora Min. Laurita Vaz, julgado em 13/12/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1622386/MT*. Relatora Min. Nancy Andrih, julgado em 20/10/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *HC 216.659/SP*. Relator Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 08/06/2016.
- 13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 176085 AgRg*. Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/11/2019. Outros julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 128755 AgRg*, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 04/02/2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 168852 AgRg*, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 29/11/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 126608 AgR-ED*, Relatora Min. Rosa Weber, julgado em 29/11/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 170762 AgRg*. Relator Min. Edson Fachin, julgado em 20/11/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 176085 AgRg*, Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/11/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *ARE 1151032 AgRg*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/09/2019.
- 14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC 128726*. Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 25/08/2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *HC 216.659/SP*. Relator Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 08/06/2016.
- 15 Ver: GIACOMOLLI, Nereu José, *Op. cit.*, Item 7.5.3.2; e GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 198/199.

Recebido em: 03/04/2020 - Aprovado em: 10/06/2020 - Versão final: 04/09/2020

DEVER DE INFORMAÇÃO DAS EXCHANGES QUE OPERAM CRIPTOATIVOS

INFORMATION DUTY OF EXCHANGES THAT OPERATE CRYPTOACTIVES

Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior

Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal (UCAM).
Pós Graduando em Direito Penal Econômico (Coimbra/IBCCRIM).
Bacharel em Direito (UCAM).
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5707171406162928>
ORCID:00000001-5342-573X
tajaribejr@outlook.com

Resumo: O presente artigo visa a uma breve análise dos fundamentos do dever de informação em relação as operações com criptoativos. Partindo da consideração de que os aspectos fundamentais que caracterizam as moedas digitais ocasionam também os entraves investigativos dos delitos por elas protagonizados, o dever de prestar informações imposto aos intermediários e pessoas físicas que operam criptoativos torna-se um importante instrumento para a apuração dos crimes perpetrados em ambientes virtuais. Neste contexto, faz-se necessária a reflexão em torno dos elementos que justificam e legitimam a imposição da obrigatoriedade de prestar informações.

Palavras-chave: Dever de Informação; Criptomoedas; Moedas Digitais.

Abstract: The following article aims to a brief analysis of the fundamentals of the duty of information in relation to operations with cryptoactives. Starting off with the consideration that the fundamental aspects that characterize the digital currencies also entail for obstacles in the investigations of crimes made by them, the duty to provide information imposed on the middlemen and on natural persons that operates on cryptoactives, make for an important instrument to the apuration of virtual crimes perpetrated in those virtual environments. In this context, becomes necessary to reflect around the elements that justify and legitimize the imposition of mandatory duty to provide information.

Keywords: Information Duty; Criptocurrencies; Digital Coin.

Partindo do contexto contemporâneo de expansão das tecnologias informáticas, desencadeando o constante aprimoramento das estruturas financeiras e negociais em todo o mundo, impõe-se a observância de determinadas consequências indesejadas para os agentes que operam no mercado de criptoativos, as quais vêm, no mais das vezes, atreladas às próprias inovações acarretadas pela acelerada evolução informática.

Sabe-se que a evolução tecnológica prosperada no século corrente ocasionou drásticas mudanças não só na vida pessoal de todos os cidadãos, mas também no cotidiano empresarial, acarretando o aperfeiçoamento das atividades empresariais na mesma medida em que resulta na falência de diversas outras unidades empresariais, numa fiel demonstração fática da lei natural que diz: "ou se adapta, ou morre".

Referidas mudanças englobam primordialmente a totalização das operações financeiras por meios digitais por parte de algumas grandes empresas, bem como da própria finalidade empresarial. Nos dias atuais, é possível abrir e operar uma empresa, com prestação de serviços de alta qualidade, sem sair da frente do computador. Cita-se, a título de exemplo, o e-commerce, forma de transacionar eletronicamente, que possibilita a existência de uma loja virtual sem qualquer filial física – exceto para manter reserva de estoques, mas não necessariamente –, com serviços de entrega pelo país inteiro.

Neste contexto, destaca-se também a operacionalização digital das atividades negociais por parte de instituições financeiras, com a próspera criação de diversos bancos digitais, possibilitando a seus usuários a prática de diversas operações bancárias pela tela de um celular. Desta forma, pode-se abrir uma conta digital, transferir dinheiro para outros bancos, receber créditos e, inclusive, operar no mercado de ações, apenas pela tela de um smartphone.

Deste modo, considerando que a maior parte das operações

financeiras necessárias para o trato cotidiano – receber, pagar, transferir, etc – é possível por meio digital, por que não criar, também, uma "moeda" digital, imune à inflação, protegida das elevadas taxas bancárias, sem ocupar espaço físico e internacional, sendo o maior complicador financeiro apenas a ausência de lastro patrimonial?

A resposta a esta indagação surgiu em meados de 2009, com a criação do Bitcoin, criptoativo que inspirou a criação de todos os demais que hoje existem, como o Ethereum, Litecoin, Monero, Dash e diversos outros.

Desta forma, a criação das criptomoedas – as quais chamaremos aqui de "criptoativos" por motivos que elucidaremos adiante – possibilita a compra e venda de produtos – e das próprias "moedas", por meio totalmente digital, através de carteiras digitais (*wallets*), mediante operações realizadas diretamente entre os usuários, de carteira a carteira (*peer-to-peer*), ou por intermédio de empresas (*exchanges*).

A primeira vista, operar com criptomoedas é tentador – ao menos do ponto de vista econômico-financeiro –, tendo em vista sua imunidade aos índices inflacionários, sua abrangência internacional e, inclusive, a possibilidade de utilizá-la como investimento financeiro, pois, em razão da sua volatilidade – eis que seu valor é resultante da confiança que seus operadores lhe deposita – seu preço pode variar, e muito, em questão de meses ou semanas.

Entretanto, nem tudo é maravilha no país de Alice. As controvérsias judiciais se iniciam no momento de definir a regulamentação estatal para a utilização dos criptoativos. Isto deve-se ao fato de que não há um consenso acerca da natureza jurídica dos criptoativos, havendo, inclusive, diversas decisões no mundo inteiro que desconsidera sua natureza de moeda.

Cite-se, a título introdutório, a decisão emanada de uma Juíza na Flórida, a qual declarou que Bitcoin não é dinheiro e, portanto, não

poderia ser passível de lavagem, tendo em vista sua descentralização, ausência de regulação e extrema volatilidade, fatores estes que não permitem definir ou descrever exatamente o que é o Bitcoin.¹

No mesmo sentido, juízes brasileiros vêm se posicionando no sentido de que moedas digitais como o Bitcoin não são consideradas moedas para fins financeiros, ante a ausência de condição de moeda de curso legal, destituída de qualquer soberania.²

Ainda nesta direção, a Comissão de Valores Mobiliários, através do Ofício Circular 1/2018, vedou a aquisição de moedas digitais por parte de fundos de investimento regulados pela instrução normativa 555/14, sob o argumento de que não podem ser definidas como ativos financeiros, *in verbis*: “Assim e, baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida.”³

O Comunicado 31.379/17 do Banco Central também reforça o entendimento supra de que as moedas digitais não possuem qualquer lastro patrimonial para que possa influir no sistema financeiro nacional, diferenciando-se das moedas eletrônicas, conforme se extrai de trecho do instrumento comunicativo: “A denominada moeda virtual não se confunde com a definição de moeda eletrônica de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação por meio de atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional. Nos termos da definição constante nesse arcabouço regulatório consideram-se moeda eletrônica “os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”. Moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos denominados em reais. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos.”⁴

Por sua vez, o Parlamento Europeu, em estudo recente, sugeriu que as criptomoedas podem ser vistas como “dinheiro privado”.⁵

Todo este introito faz-se necessário para compreender, inicialmente, que a razão de alguns autores se referirem às moedas digitais como “criptoativo” e não como “criptomoedas” é a ausência de lastro patrimonial, soberania e curso legal, havendo o consenso quase mundial de que estas, em última análise, não se caracterizam como moedas, mas apenas como ativos financeiros e, em alguns casos, nem isto.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 530.563/RS, de relatoria do Ministro **Sebastião Reis**, fixou a competência da justiça federal para julgamento das demandas que versem sobre criptoativos, considerando que “como as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil como moeda, nem são consideradas valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários, não é possível enquadrar a negociação, por si só, nos crimes tipificados nos artigos 7º, II, e 11 da Lei 7.492/1986, ou no delito previsto no artigo 27-E da Lei 6.385/1976.”⁶

Entretanto, a contrariedade decisória presente nas Cortes nacionais é recorrente em torno da natureza de “não-moeda” atribuída aos criptoativos.

Queremos dizer: considerando que os criptoativos não possuem, nacionalmente, natureza jurídica de moeda, não havendo que se falar de crime contra o sistema financeiro nacional instrumentalizado por criptoativos – conforme anteriormente exposto em decisão do Superior Tribunal de Justiça –, não haveria também que se falar em evasão de divisas – tendo em vista que não se enquadraria no conceito jurídico de “divisa”, tido como todo documento que represente a moeda, o valor ou a pecúnia –, nem tão pouco em produto de lavagem de dinheiro.

Todavia, a Corte Cidadã, recentemente, aduziu que, apesar da ausência de regulamentação legal e de natureza monetária dos criptoativos, estes podem ser objeto do crime de evasão de divisas, a depender da intenção do agente. *In verbis*: “Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país.”⁷

Neste contexto, infere-se da decisão da Corte Superior a opção de conferir proteção ampla e irrestrita ao bem jurídico tutelado pela evasão de divisas – a proteção das reservas cambiais –, tendo em vista que, *a priori*, criptoativos não são moedas, exceto se houver depósito não declarado no exterior, fator que coloca as relações jurídicas e financeiras em posição de desconforto e insegurança.

Ainda no contexto dos criptoativos, verifica-se a crescente complexidade das práticas criminosas ocorridas no mercado financeiro, o que acarreta considerável diminuição do poderio investigatório estatal, bem como a baixa capacidade preventiva de tais práticas, dentre elas a lavagem de dinheiro, com a reintegração de capitais maculados no sistema financeiro.

Em razão disto, a colaboração privada por meio do dever de informação atribuído aos setores sensíveis à prática da ocultação de capitais, definidos no Art. 9º da Lei 9.613/98, é uma prática imprescindível no aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção e combate.

Acerca do dever de informação, socorremo-nos da cátedra de **Pierpaolo Cruz Bottini**, *in verbis*: “A imposição dessas obrigações tem grande impacto sobre o funcionamento dos setores sensíveis, especialmente aqueles que fazem do sigilo e da confiança seus princípios estruturantes. O cumprimento das regras de registro e comunicação transforma as instituições em colaboradores cogentes, que devem comunicar eventuais atividades ilícitas praticadas por seus clientes, forçando a reformulação de políticas de relacionamento, para que alcancem um equilíbrio entre o dever de colaboração com as autoridades públicas e a manutenção da relação de confiança com o cliente.”⁸

Por conseguinte, considerando que as *exchanges* que operam com criptoativos possuem alto grau de criptografia, em razão da própria estrutura das “moedas” e, ainda hoje, muitas delas permitem que clientes anônimos operem em suas estruturas, sem conceder quaisquer dados pessoais – ou, quando concedem, o fazem de forma insuficiente para a determinação de rastros de cometimento de condutas criminosas –, o dever de informação atribuído as *exchanges* seria instrumento preventivo de suma importância para o

combate aos crimes financeiros.

Não obstante, os fatores que compõem a natureza jurídica dos criptoativos preteritamente expostos impedem, ao menos *a priori*, a implementação da obrigação de informação das *exchanges* às autoridades públicas, quais sejam: criptoativos não são moedas, instrumentos cambiais, títulos, valores mobiliários ou nenhum outro ativo considerado pela lei de lavagem de capitais, sendo assim, não se submetem ao dever de informação.

Por consequência, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa 1.888/19, a qual instituiu a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos como mecanismo de combate à lavagem de capitais e sonegação fiscal, prevendo, em seu Art.7º, a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil por parte das *exchanges* domiciliadas no Brasil, bem como das pessoas físicas que operem criptoativos, ainda que em *exchanges* domiciliadas no exterior, subsistindo o dever de informação mesmo que as operações não sejam realizadas por intermédio de *exchanges* (*peer-to-peer*).⁹

Em resumo, a Receita Federal do Brasil instituiu, por meio de instrução normativa, a obrigatoriedade de informação a todas as pessoas físicas ou jurídicas que operem criptomonedas no Brasil ou no exterior.

Dessarte, nota-se, em sutil análise sistêmica, uma mácula no comportamento adotado pela Receita Federal, ao pretender regulamentar as operações de criptoativos por meio de instrução normativa, adotando posicionamento demasiadamente invasivo e restritivo, ao passo que, a partir da regulamentação editada, cria uma obrigação não existente anteriormente em lugar algum do ordenamento jurídico.

No tocante ao conceito de “instrução normativa”, podemos nos socorrer de definição apontada no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, a seguir: “*Trata-se de um documento de organização e ordenamento administrativo interno destinado a estabelecer diretrizes, normatizar métodos e procedimentos, bem como regulamentar matéria específica anteriormente disciplinada a fim de orientar os dirigentes e servidores no desempenho de*

suas atribuições.”¹⁰

Menciona-se, também, o disposto no Glossário da UFSC para pontuar a elucidação, de acordo com o qual, instrução normativa “*são atos administrativos expedidos pelos Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas são também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim.*”¹¹

À vista disto, a instrução normativa editada, visando regulamentar o tratamento legal dos criptoativos sob o manto da prevenção à lavagem de dinheiro e sonegação fiscal, inovou o ordenamento jurídico, orientando todos os operadores a uma determinada conduta não disciplinada anteriormente, que deveria ser regulamentada por outra espécie normativa.

Além da impropriedade do instrumento normativo adotado, verifica-se também a incoerência lógica em regulamentar a prestação de informações em torno dos negócios financeiros que envolvem criptoativos quando, em última análise, o ordenamento pátrio nem ao menos os considera como ativos propriamente ditos, com lastro patrimonial, curso legal, soberania e, enfim, “capacidade financeira” para ser operado no mercado.

Sendo assim, entende-se que, se o objetivo do Fisco na edição do ato normativo era o aperfeiçoamento das práticas de combate a crimes financeiros, seria medida de maior eficácia a edição das leis orientadoras dos tipos penais que se pretende coibir, ao invés de editar instruções direcionadoras de práticas internas e já regulamentadas.

Ante o exposto, concluímos que o vácuo jurídico presente nas regulamentações normativas, que norteiam a tipicidade dos crimes financeiros e os aspectos procedimentais inerentes ao seu combate e prevenção, como o dever de informações por parte dos setores sensíveis, oferece latente grau de insegurança jurídica prejudicial não só para o operador do direito, mas também ao operador financeiro que utiliza os criptoativos como forma de investimento, tendo em vista que este não sabe se opera moeda, ativo cambial, dinheiro ou crédito, mas que, de qualquer forma, estará obrigado a prestar ao Fisco todas as informações sobre suas práticas financeiras, ainda que não haja uma instrução criminal em seu desfavor.

NOTAS

- 1 PRICE, Rob. A Florida Judge Ruled That Bitcoin Isn't Money. *Slate*, Business insider, 26 jul. 2016. Disponível em: <<https://slate.com/business/2016/07/florida-judge-rules-that-bitcoin-isnt-money.html>>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- 2 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/286539381/djdf-06-03-2020-pg-1514?ref=next_button>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- 3 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Ofício Circular nº 1/2018*. 12 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- 4 BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado nº 37.379 de 16 de novembro de 2017*. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- 5 EUROPEAN PARLIAMENT. *Virtual currencies and central banks monetary policy*: challenges ahead. Monetary dialogue July 2018. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- 6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 530.563/RS*, Rel. Ministro Sebastião Reis. Julgado em 5/03/20. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1919031&num_registro=201902596988&data=20200312&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2020.

- 7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC-161123, Rel. Sebastião Reis Junior, 3ª Seção, DJE 05/12/2018*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661801952/conflito-de-competencia-cc-161123-sp-2018-0248430-4/inteiro-teor-661801962>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

- 8 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*: comentários a nova lei 9.613/1998, com as alterações da lei nº 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

- 9 BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa RFB nº 1888 de 03 de maio de 2019*. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

- 10 Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

- 11 Disponível em: <<https://legislacao.ufsc.br/glossario/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

Recebido em: 29/04/2020 - Aprovado em: 12/06/2020 - Versão final: 19/08/2020

VIVENDO 1984 NO ANO DE 2020 - O RECONHECIMENTO FACIAL E A DEMOCRACIA

LIVING 1984 IN 2020 YEAR - THE FACIAL RECOGNITION AND DEMOCRACY

Mateus Vaz e Greco

Mestrando em Direito Penal pela PUCMG.

Advogado.

ORCID: 0000-0003-1139-6824

vazegreco@gmail.com

Resumo: Grandes corporações norte-americanas suspenderam o desenvolvimento de tecnologias relacionadas a reconhecimento facial, tendo em vista os riscos advindos de sua utilização desregulada pelo Poder Público para vigília e segurança pública. A demanda por regulamentação do tema é clara, vez que a utilização irrestrita do reconhecimento facial por agências de polícia pode trazer graves consequências ao já perturbado cenário democrático. Assim pretendeu-se analisar a implementação deste software, considerando a seletividade do sistema repressivo penal e, também, destacando a implantação de um panorama panóptico extramuros. Por fim, valendo-se da compreensão de **Beck** sobre a Sociedade do Risco, pretendeu-se uma análise ilustrativa do cenário a partir da clássica obra de George Orwell: 1984.

Palavras-chave: Democracia - Reconhecimento Facial - Preconceito.

Abstract: When major corporations interrupt, or suspend, the development of face recognition techs, observing the risks of your unregularized utilization for public security and surveillance. The regulation demand is clear, and the unrestricted utilization of the face recognition by police authorities agencies may bring hard consequences to the, already problematic, democratic cenarium. The objective of this article is to analyse the software's implementation, in order of selective penal repression, and bringing light to the panopticon panorama implantation outside the walls. Lastly, by Beck's comprehension of Risk Society, it was intended an illustrative analysis of the cenarium, from the classic work of George Orwell: 1984.

Keywords: Democracy - Facial recognition - Prejudice

Recentemente, no dia 8 de junho de 2020, o Congresso Nacional dos Estados Unidos da América recebeu uma carta aberta assinada por Arvind Krishna,¹ CEO (Chief Executive Officer) da empresa IBM - International Business Machines Corporation, informando que a corporação interrompia, a partir daquela data, os processos de desenvolvimento tecnológicos relacionados a reconhecimento facial. Renomada e reconhecida justamente pela sua expertise no ramo, a empresa considerou que o reconhecimento facial, sobretudo em razão das manifestações a partir da morte de George Floyd, acendia um alerta vermelho ao uso desta tecnologia, que poderia acarretar graves violações a direitos e garantias fundamentais se utilizadas irrestritamente.

Na mesma carta, a empresa, por meio de seu representante, além de se manifestar contra o desenvolvimento deste tipo de tecnologia para fins de segurança pública, cobrou regulamentação neste sentido pelos congressistas norte-americanos, alertando para o risco da utilização de inteligência artificial em investigações e apurações policiais de maneira desregrada. A empresa não esteve só; movimentos similares foram tomadas por outras corporações.²

A despeito da discussão quanto aos motivos que possam ter levado a empresa a tomar essa decisão, se por princípios morais ou pela alegada não-lucratividade deste tipo de tecnologia, a verdade é que a problemática perpassa por temas muito caros às temáticas do sistema punitivo e segurança pública, temas estes cada vez mais discutidos após o assassinato de George Floyd em maio deste ano,

como racismo e discriminação.³ A discussão traz à tona questões muito importantes como a necropolítica,⁴ a relação de poder Estado-indivíduo, o segregacionismo das políticas criminais e o controle estatal repressivo (e direcionado).

Para a análise dessa atual conjuntura, qual seja a utilização de inteligência artificial para monitoramento facial pelas autoridades policiais, impossível não resgatar o pensamento de **Foucault**, que em sua obra "Vigiar e Punir", como em outros trabalhos, abordou a questão da docilização do homem, tanto política quanto produtivamente. O homem, segundo o autor, precisaria ser diuturnamente monitorado, o e, se necessário, repreendido, buscando-se criar um senso de disciplina e conformidade: "estes métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar de disciplinas" (FOUCAULT, 2009, p. 135).

Ao tratar de punibilidade e fiscalização, também não há como fazê-lo sem nos recorrermos à teoria panóptica proposta por **Bentham**, originalmente publicada em Paris, na obra *Le Panoptique* de 1777. O autor apresentou uma arquitetura penitenciária circular, composta por uma torre central em que os agentes estatais estariam situados e, a partir desta torre, teriam a visão de todas as celas em que os presos se encontrariam. Os detentos, por sua vez, não saberiam quando estariam sendo fiscalizados e, por isso, deveriam se manter em ordenação disciplinar constante. Justamente pelo

desconhecimento do momento de fiscalização, os presos deveriam se comportar adequadamente, o tempo todo, vez que não estariam sendo vigiados tão somente em um horário de inspeção demarcado. Em verdade, eles nunca saberiam quando estariam sob vigília.

Ao que tudo indica, a tecnologia de reconhecimento facial, recentemente abandonada pela IBM e outras corporações, parece fazer com que o raciocínio panóptico alcance o espaço extramuros, nos transportando para um ambiente muito similar ao vivido por Winston Smith em "1984", a obra de George Orwell. O Estado, como detentor do poder investigativo e punitivo, deve de fato aplicá-lo; todavia é necessário que as operações policiais sejam desenvolvidas em conformidade com o projeto democrático-constitucional. Em um cenário cada vez mais *high-tech*, problematizar as formas de condução das investigações policiais é necessário. A tecnologia é uma ferramenta humana, sendo que o homem se perderia diante de um hipotético apagão tecnológico. Entretanto, como cidadãos, portanto tutelados por direitos e garantias com expressão constitucional, é no mínimo delicada a utilização, indefinida, de tecnologias de reconhecimento facial por forças policiais.

Este tipo de inteligência artificial se vale de algoritmos relacionados a banco de dados do sistema prisional, organizando-se, proceduralmente, a partir de traços físicos biométricos, mapeando o rosto humano por características como o tamanho do queixo, o diâmetro nasal, o espaço existente entre os olhos, e por óbvio, a cor da pele. Permitir que esse tipo de tecnologia seja utilizado para apuração de ilícitos, sem que o legislador estabeleça regimentos e procedimentos para tal, assemelha-se a uma permissão à instalação definitiva de uma concepção panóptica.

Um estudo apresentado pelo NIST (National Institute of Standards and Technology), em 2019, e divulgado pelo InternetLab,⁵ demonstrou que os algoritmos de reconhecimento facial apresentam imprecisões em relação a dados demográficos - gênero, idade, raça -, sendo que há uma maior taxa de falsos positivos (que por consequência podem resultar em acusações falsas) entre rostos asiáticos, negros e indígenas.

Quando a discussão é transportada para o cenário nacional, depara-se com cenário ainda mais dramático, vez que uma ferramenta problemática e questionável estaria sendo instalada em um panorama sociocultural em que o preconceito racial já se marca como traço central em temas como segurança pública e política criminal.

No Brasil já se encontra instalada, e aparentemente reforçada pelas autoridades governamentais,⁶ uma política de enfrentamento que vitimiza massivamente populações negras fragilizadas socioeconomicamente. De acordo com o Instituto de Segurança Pública em relatório publicado como dados abertos a consulta em março de 2020, somente no ano de 2019 no estado do Rio

de Janeiro foram documentadas 1.814 mortes por intervenção de agentes do Estado.⁷

Este dado explicita a situação de vulnerabilidade do cidadão brasileiro, sobretudo o pertencente a camadas fragilizadas, frente à intervenção de agentes estatais de segurança pública. Por sua vez, os policiais também acabam prejudicados em um contexto de constante guerrilha, sendo expostos aos riscos diários desta política de enfrentamento. Em cidades como o Rio de Janeiro, a convivência com a violência se tornou rotineira, sendo que em algumas regiões o panorama se assemelha ao de guerra.⁸ Assim, torna-se, no mínimo, contestável pensarmos a utilização de tecnologias de reconhecimento facial neste contexto de verdadeira gestão de indesejáveis (CASARA, 2017).

O Mapa do Encarceramento⁹ publicado neste ano de 2020 confirma: *quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce o número de negros encarcerados.*

O caminho, muito provavelmente, não seja o de resgate ao Ludismo.¹⁰ Negar o avanço tecnológico, e os benefícios dele advindo, não é sequer inteligente, vez que gozamos, diariamente, desta evolução. Mas o aparato tecnológico deve servir ao homem, observados seus direitos, dentre eles à saúde, à liberdade, e à autonomia privada. Sob o pretexto de segurança pública, permitir que a tecnologia seja utilizada desregradamente significa um risco sem precedentes. Acompanhando o pensamento de **Beck**, a modernização e a produção social de riquezas são acompanhadas, sistematicamente, da produção de social de riscos (2011, p. 23). Entretanto, é importante raciocinar criticamente em relação a estes riscos, para que ao serem distribuídos e tratados, não causem efeitos colaterais mais graves do que seu próprio potencial danoso. Reagir à violência e ao fenômeno da criminalidade por meio da inteligência artificial, do reconhecimento facial, pode vir a construir um cenário de estigmatização racial e segregacionismo irreversível. É necessário que a utilização de reconhecimento facial parta de protocolos legais específicos, que seu campo de alcance seja bem delimitado, para que o escopo não abranja o extramuros deturpada e indeliberadamente. Casos como o ocorrido em meados de 2019,¹¹ em que uma mulher no Rio de Janeiro foi detida por engano podem se tornar corriqueiros. A partir da utilização de tecnologias de reconhecimento facial pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, os agentes de segurança cariocas acreditavam estar detendo uma mulher suspeita de ter ocultado um cadáver, contra a qual havia um mandado de prisão em aberto, quando na verdade abordaram uma cidadã inocente andando em via pública. Com a pretensão de evitação de riscos, criam-se riscos. A tecnologia deve servir à apuração investigativa, e, se bem utilizada, tem muito a otimizar a persecução penal, mas, desregradamente, significará uma repressão penal estatal mais pesada, e por consequência, a vulnerabilização do cidadão sob ultraje de garantias constitucionais.

NOTAS

¹ Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-insider/2020/06/ibm-encerra-area-de-reconhecimento-facial-e-pede-reforma-da-policia/> Acesso em: 7 jul. 2020.

² Após IBM, Amazon, e outras empresas também interromperam o desenvolvimento de tecnologias relacionadas a mapeamento facial. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/06/11/apos-ibm-amazon-tambem-proibe-seu-reconhecimento-facial-para-vigilancia.htm> Acesso em 7 jul. 2020.

³ Após a morte de George Floyd, os Estados Unidos vêm vivendo um movimento de forte ativismo racial encabeçado por lideranças afro-americanas, contra a violência policial que é, usualmente, direcionada às pessoas negras.

⁴ O racismo de estado busca o genocídio da população negra e periférica. Um dos dispositivos desta necropolítica – provavelmente o mais relevante – é a criminalização seletiva de algumas drogas. Sob este pretexto é patrocinada uma verdadeira guerra contra estas pessoas. (RIBEIRO JÚNIOR, 2016, p. 607).

⁵ Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/itens-semanario/nist-relatorio-demonstra-vies-de-genero-raca-e-nacionalidade-em-sofware-de-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 8 jul. 2020.

⁶ Witzel comemora assassinato cometido por sniper como se estivesse em estádio de futebol.

Depois de bater continência aos policiais, o governador do Rio de Janeiro anunciou que irá promovê-los por bravura. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/brasil/video-witzel-comemora-assassinato-cometido-por-sniper-como-se-estivesse-em-estadio-de-futebol/>. Acesso em: 7 jul. 2020.

⁷ O relatório, bem como vários outros dados divulgados pelo ISP, encontram-se disponível em: <http://www.ispdados.rj.gov.br/CrimesVida.html>. Acesso em: 8 jul. 2020.

⁸ Relatório de Fevereiro de 2020 - Mapeamento de tiroteios e violência na região

metropolitana do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://fogocruzado.org.br/relatorio-grande-rio-fevereiro-2020/>. Acesso em: 7 jul. 2020.

⁹ Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias_sep/pt-br/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1. Acesso em: 8 jul. 2020.

¹⁰ O Ludismo foi um movimento grevista ocorrido no século XVIII na Inglaterra, em que os grevistas, operários, quebravam as máquinas como forma de protesto

frente às condições precárias de trabalho.

¹¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do-rj-falha-e-mulher-e-detida-por-engano.ghtml> Acesso em: 7 jul. 2020.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENTHAM, Jeremy et al; TADEU, Tomaz (org.). *O Panóptico*. Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 3ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

HILÁRIO, L. C. Da Biopolítica à Necropolítica: variações foucaultianas na perife-

ria do capitalismo. *Sapere Aude*, v. 7, n. 13, p. 194-210, 21 jun. 2016.

ORWELL, George. *1984* - Edição Comemorativa. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2004.

RIBEIRO JÚNIOR, A. C. As drogas, os inimigos e a necropolítica. *Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades*, [S.l.], n. 238, p. 595-610, dez. 2016. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/251/223>. Acesso em: 08 jul. 2020.

Recebido em: 16/07/2020 - Aprovado em: 13/10/2020 - Versão final: 23/10/2020

O CRIME ORGANIZADO E A ANÁLISE EMPRESARIAL: ALGUMAS NOTAS CRÍTICAS

THE ORGANIZED CRIME AND THE BUSINESS ANALYSIS: SOME CRITICAL NOTES

Thiago Rocha de Rezende

Mestrando em Direito Penal na UERJ. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1955187887202661>

ORCID: 0000-0002-5053-0873

t.thiago.rocha.rezende@gmail.com

Resumo: Na história do estudo do crime organizado, diversas teorias foram desenvolvidas para explicar as suas causas, o seu conceito e a sua origem, até se chegar no entendimento do crime organizado como empresa ilícita. O presente trabalho parte desse conceito para tecer algumas notas críticas, especialmente quanto à postura acrítica ao capitalismo, à forma como se naturaliza o caráter proibitivo, e à operatividade social da repressão às atividades econômicas ilícitas.

Palavras-chave: Crime Organizado, Organizações Criminosas, Empresa Ilícita.

Abstract: In the studies of organized crime throughout history, several theories were developed to explain its causes, concept and origin, until the understanding of the organized crime as an illegal enterprise was reached. The present article approaches this concept to draw some critical notes, especially about the lack of criticism toward capitalism, the way prohibition is seen as natural and the way the repression of the illegal economic activities socially occurs.

Keywords: Organized Crime, Criminal Organizations, Illegal Enterprise.

INTRODUÇÃO

Há muito tenta-se explicar as origens e as causas do chamado crime organizado. No final dos anos 70, por exemplo, a visão geral americana era do crime organizado como uma conspiração nacional de etnias estrangeiras: via-se o crime organizado não como algo interno à sociedade branca anglo-americana, mas como algo importado por imigrantes de outras etnias, como italianos e chineses; portanto, seriam ameaças externas à sociedade e à economia americanas.¹ Essa visão étnica foi resistida pela maior parte dos cientistas sociais americanos e, no âmbito dessa resistência, propôs-se uma nova visão criminológica: o crime organizado como empresa ilegal (independentemente da etnia dos seus membros).²

É a partir desse conceito que o presente trabalho tece algumas notas críticas, especialmente em relação à limitada crítica ao capitalismo, à naturalização do caráter proibitivo e à operatividade social divergente do discurso.

CRIME ORGANIZADO COMO EMPRESA ILÍCITA

O conceito de crime organizado como empresa ilegal traz para o centro da análise a semelhança entre as atividades econômicas lícitas e ilícitas. Conforme explica **Schelling**, o crime organizado não pode ser entendido simplesmente pelo sentido ordinário das palavras "crime" e "organizado", como se a criminalidade comum não tivesse qualquer tipo de organização. O crime organizado se

caracteriza por prover às pessoas bens e serviços ilícitos, como drogas, sexo e empréstimos não regulados.³

De forma mais específica, o entendimento de **Dwight Smith** é de que o crime organizado, como empresa ilícita, é uma extensão das atividades de mercado para áreas proibidas, com o intuito de lucrar e em resposta a uma demanda ilícita latente.⁴ Conforme tal entendimento, a agiotagem, por exemplo, surgiria devido à desassistência dos bancos a potenciais clientes – origem da demanda ilícita latente. Assim, o agiota e o banqueiro praticariam o mesmo tipo de atividade, separadas apenas pelas demarcações de (i)licitude.⁵

Desse modo, chega-se ao entendimento de que as mesmas teorias e modelos utilizados na análise das atividades econômicas lícitas podem ser também utilizados na análise do crime organizado. O crime organizado transnacional, por exemplo, surge da mesma tendência de globalização que fez com que as empresas lícitas expandissem suas atividades para além das fronteiras nacionais. Todavia, como se trata de uma atuação no mercado ilícito, tal caráter proibitivo também tem especial relevância, de modo que, por vezes, o comportamento no mercado ilícito poderá ser explicado como alternativa às constrições oriundas da ilicitude. Um exemplo disso é a impossibilidade de executar legalmente pactos firmados com consumidores do produto ou serviço oferecido, tal qual uma empresa lícita teria. Assim, a violência e a intimidação surgem como formas alternativas de executar esse pacto. Outro exemplo está nas facilidades bancárias e de acesso a capital que empresas lícitas possuem, mas que não são acessíveis da mesma forma às empresas ilícitas. Surge, desse modo, a alternativa pela lavagem de dinheiro, contornando as regulações do setor financeiro e acessando facilidades antes inacessíveis.⁶

É a partir desse conceito empresarial de crime organizado que vão surgir discursos de prevenção com muito mais foco no aspecto financeiro do que no aspecto individual. Conforme aponta **Kilchling**, se o maior objetivo da organização criminosa é o lucro por meio do fornecimento de produtos e serviços ilegais, o ataque financeiro seria uma neutralização do maior incentivo para cometimento do crime – a ganância pelo lucro ilegal. Nessa esteira, o autor aponta três elementos principais para o controle financeiro da criminalidade organizada: o rastreamento dos ativos da organização criminosa; o bloqueio provisório desses ativos; ao fim, a remoção e recuperação dos ativos.⁷

INEXISTÊNCIA DE CRÍTICA AO CAPITALISMO

A estrutura empresarial e o mercado ilícito, que são elementares à ideia do crime organizado como empresa ilícita, demonstram que o dito crime organizado é um fenômeno inconcebível em um mundo pré-capitalista, em que não havia empresa e mercado como conhecemos hoje.⁸ As causas econômicas que motivam o crime organizado são as mesmas que motivam as empresas lícitas; a estrutura que suporta a existência de organizações criminosas é a mesma que suporta a de organizações lícitas.

Portanto, é claro que o crime organizado, como empresa ilícita, é indissociável do próprio capitalismo. Porém, a análise do capitalismo nesse conceito empresarial é extremamente deficiente; a socioeconomia capitalista é tão naturalizada que parece não haver (nem nunca ter havido) sociedade ou economia fora do capitalismo. Se a atuação no mercado com orientação ao lucro, eminentemente capitalista, é característica essencial das organizações criminosas, tal como é das empresas lícitas, não basta reconhecer tal semelhança; é preciso trazer o capitalismo para o debate. Se a organização criminosa surge das falhas capitalistas em atender determinadas demandas, não basta reconhecer a aplicação da chamada lei de oferta e demanda; é preciso, novamente, trazer o próprio capitalismo para o debate.

Um bom exemplo dessa naturalização já podia ser visto no entendimento de **Dwight Smith** de que o crime organizado permanecerá uma realidade enquanto a sociedade continuar considerando ganho pessoal mais importante do que equidade; ele

entende que, nesse cenário, alguns grupos sempre se aproveitarão de oportunidades econômicas em busca de vantagens próprias, mesmo que tais vantagens só possam ser auferidas por meios criminosos.⁹ No Brasil, **Luiz Flávio Gomes** assumiu posição bastante similar, relacionando a criminalidade organizada com a moralidade no capitalismo: para o autor, os membros de organizações criminosas são aqueles que caíram na armadilha do “capitalismo selvagem” e buscaram lucros excessivos sem se importarem com os meios; são aqueles que acham que, na acumulação da riqueza, tudo estaria permitido, inclusive praticar crimes.¹⁰ Disso, surgem os evidentes questionamentos: em que se funda, concretamente, a ideia de que essa postura ética pretendida – renúncia ao ganho pessoal em prol da equidade – é, em uma perspectiva geral, possível no capitalismo? Quem decidiu que a forma como as grandes empresas lucram no capitalismo é moral e que a imoralidade mora exclusivamente no lucro da organização criminosa? Resumindo: por que se estabelece que o limite da discussão é o interior do capitalismo?

O problema dessa análise econômica empresarial, que não se propõe a criticar o sistema econômico em que se insere, fica claro: será sempre limitada a propor soluções que garantam o capitalismo e as relações que lhe são próprias, sem qualquer capacidade de resolução efetiva do que ela aponta como problema. Quando **Luciana Pinto** e **Tatiana Bicudo** identificaram que toda a responsabilidade de solucionar a questão do crime organizado estava sendo atribuída ao Direito Penal, reconheceram, acertadamente, que o Direito Penal não é eficaz para a resolução de tal problema, já que a resolução envolveria, primeiramente, o campo sócio-político.¹¹ Ao localizar a causa do crime organizado nas relações econômicas capitalistas e, ao mesmo tempo, abster-se de debater o próprio capitalismo, a análise empresarial está fadada ao mesmo destino descrito pelas autoras: incapacidade para resolução do problema a que se propõe. Porém, os problemas que se impõem não são somente de mera ineficácia; há ainda uma função simbólica. Quem melhor vai apontar isso é **Cirino dos Santos**, para quem a resposta penal ao crime organizado, que envolve, em toda parte, um aumento do rigor repressivo, é uma espécie de satisfação retórica à opinião pública mediante estigmatização oficial do crime organizado: ao mesmo tempo que não resolve efetivamente a questão da criminalidade organizada, reduz (ou exclui) as discussões sobre o modelo econômico neoliberal dominante, ocultando as responsabilidades do capital sobre o fenômeno do crime organizado.¹² Cria-se na população uma imagem falsa de combate ao crime organizado, ao mesmo tempo em que se encobre a discussão acerca da responsabilidade do capitalismo e do neoliberalismo para a existência do crime organizado. Logo, não se trata só de uma ineficácia accidental, mas de um discurso que cumpre uma função ativa de garantia das relações capitalistas da exata forma em que elas se encontram.

NATURALIZAÇÃO DA PROIBIÇÃO

Outro elemento tido como natural nessa análise empresarial é a proibição: define-se que a diferença entre uma organização criminosa e uma empresa lícita está na legalidade dos bens e serviços fornecidos pela primeira e na ilegalidade daqueles oferecidos pela segunda, referindo-se à proibição como se fosse um dado da vida, impassível de questionamento acerca da sua razão de ser. Pode-se ver um exemplo claro disso em **Schloenhardt**, quando diz que os produtos e serviços comercializados nos mercados ilícitos são aqueles que foram selecionados como danosos ou “pecaminosos”, entendidos como ameaças a indivíduos ou à generalidade.¹³ Tal visão, porém, mostra-se profundamente limitada.

Baratta já ensinava que o crime não é uma realidade, não é algo que existe naturalmente; o que existem são comportamentos, que podem ou não ganhar *status* de criminosos. Criminalidade, portanto, é uma característica que se atribui a determinados comportamentos, não se configurando como uma realidade ou um dado da vida.¹⁴ Os

comportamentos não têm intrínsecos em si o caráter de proibição ou permissão; passam a ser proibidos ou permitidos a partir de uma decisão política.

Esse tratamento da proibição como algo natural remete ao que **Nilo Batista** intitulou de a lei como pai¹⁵: desde a antiguidade, o pai é, na casa, uma autoridade investida de poderes punitivos ilimitados. É o pai quem ordena e castiga, quem diz o que é permitido e o que é proibido e quem estabelece o quando e o como da punição. Uma análise que naturaliza a proibição nada mais faz do que se conformar com a decisão política de proibir determinado comportamento, tal qual a casa se conforma com o que o pai diz que pode ou não ser feito: trata-se de uma conformação baseada exclusivamente na autoridade do decisor, como fonte inquestionável da moral, e não na efetiva racionalidade da proibição.

O maior problema dessa perspectiva é que, novamente, faz com que as suas medidas de prevenção derivadas estejam fadadas à ineficácia. Se a análise empresarial reconhece que o crime organizado é causado por demandas latentes da população, a proibição do fornecimento dos produtos e serviços demandados é incapaz de prevenir o crime organizado: a demanda continuará existindo, independentemente da proibição, assim como a oferta, mesmo porque é impossível ao Estado reprimir, de fato, todos os comportamentos que proíbe.

Logo, ainda que se circunscreva o problema ao interior do capitalismo, vê-se que a análise empresarial continua incapaz de lidar com o que apresenta como problema. A primeira medida de prevenção ao crime organizado deveria ser o próprio debate da proibição, desvinculando-a dessa lógica de adestramento para trazer à luz a sua racionalidade. Tal medida seria útil ainda que como redução de danos: os danos sociais causados pela repressão estatal aos comportamentos proibidos não podem ser maiores do que aqueles causados pelo próprio crime organizado; a proibição, nesse caso, seria completamente irracional.

OPERATIVIDADE SOCIAL DIVERGENTE DO DISCURSO

Com a racionalidade do discurso proibitivo sendo trazida para a discussão, impõe-se analisar, ainda, como as agências efetivamente operam na realidade social para reprimir a criminalidade organizada, o que, por sua vez, impõe analisar o papel do próprio Estado no crime organizado. O crime organizado não é um poder paralelo, pois, como bem dizia **Mingardi**, linhas paralelas são aquelas que (na prática) nunca se encontram, enquanto o poder do Estado e o do crime organizado reiteradamente estão se

interseccionando,¹⁶ como na corrupção de agentes públicos por parte de organizações criminosas.

Tal situação mostra-se claramente conflitiva e esse conflito gera consequências diretas na forma como se operacionaliza a repressão estatal ao crime organizado. No mesmo sentido de **Zaffaroni**, entende-se necessário perceber que a intervenção estatal punitiva no mercado se dá de forma peculiarmente protecionista: as empresas ilícitas mais débeis, com menos recursos para corromper os agentes estatais, são aquelas que perdem a capacidade de competir com as demais organizações ou que veem os seus membros serem selecionados e punidos pelo sistema penal; são essas organizações criminosas mais vulneráveis que serão excluídas do mercado devido à atuação estatal, enquanto as organizações mais robustas garantem a continuidade das suas atividades. O Estado, portanto, não atua excluindo as atividades econômicas ilícitas do mercado; somente garante o monopólio do fornecimento de bens e serviços ilícitos à criminalidade organizada mais distante da vulnerabilidade.¹⁷ Dessa forma, vê-se que, no plano discursivo, o Estado declara a finalidade de excluir do mercado as atividades econômicas selecionadas como ilícitas. Porém, na realidade social, os agentes estatais assumem essa posição de interesse direto nas atividades econômicas que se propuseram a reprimir, de forma que o Estado somente intervém (por regra) para excluir do mercado as organizações criminosas mais débeis e garantir o monopólio das mais robustas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O maior problema com a análise empresarial do crime organizado é a sua notória ineficácia para solucionar o que apresenta como problema: ao mesmo tempo em que reconhece que o crime organizado surge de demandas latentes na sociedade capitalista e da proibição de atendimento dessas demandas, toma por naturais o capitalismo e a proibição. Logo, todas as medidas de prevenção que derivam de tal análise são incapazes de efetivamente prevenir a ocorrência da criminalidade organizada.

Porém, a incapacidade de cumprir suas funções declaradas não é acidental, tendo em vista as funções reais que cumpre: na realidade social, o que o Estado faz é garantir a desigualdade mesmo dentro das relações econômicas ilícitas, excluindo do mercado as organizações criminosas mais débeis e garantindo o monopólio das mais robustas. Ao se excluir a crítica do capitalismo e da proibição desde o âmbito discursivo, oculta-se tanto a sua incapacidade resolutive quanto a sua função real de garantia de relações econômicas desiguais.

NOTAS

- SCHLOENHARDT, Andreas. Transnational Organized Crime and International Criminal Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). *International Criminal Law, Volume I, Sources, Subjects and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 939-940.
- PAOLI, Leticia. The paradoxes of organized crime. *Crime, Law and Social Change*, v. 37, p. 51-97, jan. 2002.
- SHELLING, Thomas C. What is the buseness of organized crime? In: SCHELLING, Thomas C. *Choice and Consequence: perspectives of an errant economist*. Cambridge: Harvard University Press, 1984, p. 179-181.
- PAOLI, Leticia. The paradoxes of organized crime. *Crime, Law and Social Change*, v. 37, p. 51-97, jan. 2002, p. 55.
- ALBANESE, Jay S. Corporate criminology: explaining deviance of business and political organizations. *Journal of Criminal Justice*, v. 12, p. 11-19, fev. 1984, p. 17.
- SCHLOENHARDT, Andreas. Transnational Organized Crime and International Criminal Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). *International Criminal Law, Volume I, Sources, Subjects and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 943-945.
- KILCHLING, Michael. Finance-oriented strategies of organized crime control. In: PAOLI, Leticia (ed.). *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 657-658.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, 1996, p. 46.
- SCHLOENHARDT, Andreas. Transnational Organized Crime and International

Criminal Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). *International Criminal Law, Volume I, Sources, Subjects and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 942.

- GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade econômica organizada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p. 18-41, ago./set. 2013, p. 30.
- PINTO, Luciana Ferreira Leite; BICUDO, Tatiana Viggiani. Basta só o Direito Penal? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 21, p. 06, set. 1994.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 214-224, jan./mar. 2003.
- SCHLOENHARDT, Andreas. Transnational Organized Crime and International Criminal Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). *International Criminal Law, Volume I, Sources, Subjects and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 943.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018, p. 161-166.
- BATISTA, Nilo. A lei como pai. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro: v. 2, n.3, p. 20-38, jan. 2010.
- MINGARDI, Guaracy. O Estado e o crime organizado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 21, p. 03, set. 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, 1996, p. 57-58.

REFERÊNCIAS

- ALBANESE, Jay S. Corporate criminology: explaining deviance of business and political organizations. *Journal of Criminal Justice*, v. 12, p. 11-19, fev. 1984.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018.
- BATISTA, Nilo. A lei como pai. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 2, n.3, p. 20-38, jan. 2010.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 214-224, jan./mar. 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade econômica organizada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p. 18-41, ago./set. 2013.
- KILCHLING, Michael. Finance-oriented strategies of organized crime control. In: PAOLI, Leticia (ed.). *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- MINGARDI, Guaracy. O Estado e o crime organizado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 21, p. 03, set. 1994.
- PAOLI, Leticia. The paradoxes of organized crime. *Crime, Law and Social Change*, v. 37, p. 51-97, jan. 2002.
- PINTO, Luciana Ferreira Leite; BICUDO, Tatiana Viggiani. Basta só o Direito Penal? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 21, p. 06, set. 1994.
- SHELLING, Thomas C. What is the buseness of organized crime? In: SCHELLING, Thomas C. *Choice and Consequence: perspectives of an errant economist*. Cambridge: Harvard University Press, 1984.
- SCHLOENHARDT, Andreas. Transnational Organized Crime and International Criminal Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). *International Criminal Law, Volume I, Sources, Subjects and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, 1996.

Recebido em: 02/11/2020 - Aprovado em: 27/11/2020 - Versão final: 18/12/2020

COLONIALIDADE DO PODER: UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE CONTROLE PUNITIVO BRASILEIRO

POWER COLONIALITY: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN PUNITIVE CONTROL SYSTEM

Lucas Nunes Nora de Souza

Mestre em Direito UFJF. Bacharel em Direito Faculdades Integradas Vianna Jr.
Bacharel em Ciências Humanas UFJF. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5995535693730940>
ORCID: 0000-0003-2263-4672
lucasnunesnora@gmail.com

Resumo: O presente artigo possui viés crítico e analisa, sob o prisma do pensamento decolonial, em que medida o conceito de Colonialidade do Poder se relaciona com o sistema punitivo brasileiro, concluindo que a estrutura racista e seletiva presente no sistema punitivo brasileiro decorre de elementos inerentes a tal conceito.

Palavras-chave: Colonialidade do Poder; Controle social; Criminalização; Racismo.

Abstract: This article has a critical bias and analyzes from the perspective of decolonial thought the extent to which the concept of Coloniality of Power is related to the Brazilian punitive system, concludes that the racist and selective structure present in the Brazilian punitive system stems from elements inherent to that concept.

Keywords: Coloniality of Power; Social Control; Criminalization; Racism.

INTRODUÇÃO

Colonialidade do Poder é um conceito criado por Quijano (2005) para explicar a classificação racial utilizada pelos colonizadores europeus nas colônias americanas. Em simples palavras, a Colonialidade do Poder pode ser traduzida como a hierarquização das pessoas com base na raça, ou seja, as características biológicas de um povo determinariam qual o papel social a ser desempenhado pelo indivíduo perante a sociedade.

Tal conceito permitiria, ou melhor, ainda permite que alguns indivíduos sejam classificados como naturalmente inferiores ou superiores a depender de determinadas características biológicas, como cor da pele. Esse fato é elementar na construção da Criminologia Positivista enquanto uma ciência racista que apresenta o crime como patológico (BARATTA, 2011).

Esse modelo de classificação foi aplicado na América Latina pelos europeus, sendo a base da dominação colonialista europeia no continente. A junção do eurocentrismo com a classificação racista da colonialidade foi responsável por naturalizar o domínio/superioridade dos europeus.

Segundo essa classificação de viés eurocentrista, a história humana seria representada por uma linha evolutiva linear em que os brancos europeus estariam no ponto mais alto, tendo abaixo o resto do mundo, que deveria seguir os caminhos europeus para alcançar a civilização.

Essa ideia funda o mito da história humana como uma trajetória linear de tempo, já que a apresenta como uma linha reta, que tem início no estado de natureza e fim na civilização europeia. Desse modo, o nível e a forma de exploração capitalista dependem da proximidade ou distância em relação à cultura europeia: quanto mais próximo do

estado de natureza, maior a exploração. A escravidão negra foi um marco histórico desse conceito.

A Europa dominou a subjetividade e a cultura, principalmente no que diz respeito à produção e reprodução de conhecimento científico, de maneira que ela se autoproclamou o centro da razão mundial. Fato este que, em conjunto com a necessidade de controlar os povos colonizados, levou a um violento processo de expropriação cultural desses povos.

No intuito de encerrar essa breve introdução, é crucial destacar que o Estado moderno, após a colonização da América, possui lastro em três pilares que modelam a humanidade enquanto sociedade. São eles: a Colonialidade do Poder, o capitalismo e o eurocentrismo. Tais elementos moldaram ainda a forma de punir.

A colonialidade garante a divisão hierárquica da sociedade em raças, o eurocentrismo corrobora com as visões de superioridade da cultura europeia, e o capitalismo leva tais elementos para o mundo do trabalho, ou melhor dizendo, todos os elementos apresentados até esse momento se encontram numa perspectiva racista na divisão racial do trabalho. Aos brancos, os melhores empregos e garantia de salários, e aos negros e não brancos, empregos precários ou a escravidão.

Como o foco deste artigo é tratar da esfera punitiva, é de suma importância destacar que os conceitos apresentados serão contrapostos com elementos inerentes ao sistema punitivo.

ESTADO MODERNO

O Estado-nação moderno é conceituado por **Quijano** (2005) como uma forma de organização do Estado, pautada no nacionalismo e em determinadas instituições democráticas voltadas à distribuição do poder político e de cidadania entre os membros da sociedade. Logo, as estruturas de poder do real Estado-nação moderno são obrigatoriamente democráticas, possuindo como característica principal *“um poder político estável e centralizado, que será o espaço de dominação, disputado e conquistado.”* (QUIJANO, 2005, p. 130).

Portanto, a homogeneização das pessoas, a sensação de pertencimento e a criação de identidades no moderno Estado-nação derivam da distribuição minimamente democrática do poder e da cidadania.

A formação do Estado moderno na Europa se deu a partir da colonização de alguns povos e da expulsão de outros, isto é, determinados grupos conquistaram o poder político e impuseram aos outros membros da sociedade a sua identidade. Dessa forma, é válido afirmar que o Estado moderno europeu foi estruturado a partir de uma única identidade. Conjuntamente com essa colonização interna, ocorreu a colonização externa dos povos da América.

Já a formação dos Estados modernos na América apresenta semelhanças e diferenças com a europeia, a depender da região analisada. Nos Estados Unidos, por exemplo, existem semelhanças, pois, o elemento gerador de identidade desta região foi a democratização do poder e da cidadania, salvo para os índios e negros, que ficaram excluídos das estruturas de poder. Paralelamente a essa democratização do poder, ocorreu o extermínio e posterior colonização dos povos nativos. Sendo assim, a formação do Estado moderno nesse contexto representou uma efetiva ruptura com o Estado antigo, pois, de fato, ocorreu a democratização das estruturas de poder.

Já no Brasil, assim como em outros países da América Latina, a formação do Estado moderno ocorreu de maneira oposta. O Estado moderno no Cone Sul, salvo no Brasil, foi instaurado com base em *“guerras de libertação, nacionalistas, individualistas e protetoras da propriedade privada, por elites locais que se apoiaram nos discursos e nas reivindicações das massas.”* (MARÉS, 2003 p. 35 *apud* BRAGATO; FERNANDES, 2015, p. 26). O Brasil seguiu esse mesmo caminho, no entanto, não houve uma guerra e sim um acordo entre as elites nacionais e a metrópole.

Essas características foram responsáveis pela criação do que **Tapia** (2002) conceitua como Estado aparente, visto que a ascensão do Estado moderno na América Latina não foi responsável pela democratização do poder e da cidadania, entretanto, aumentou e,

em certos casos, perpetuou os privilégios de determinados grupos.

Para **Tapia** (2002), a criação do Estado moderno no Cone Sul desprezou a formação *abigarrada* dessas sociedades, ou seja, o Estado não foi capaz de assimilar as inúmeras culturas existentes. Na América Latina, o Estado moderno não representou uma ruptura com o Estado anterior, todavia garantiu o domínio/controlar de uma única cultura dominante sobre inúmeras outras.

No caso brasileiro, a elite dominante que controla o Estado e as suas instituições desde a independência do país descende da cultura branca europeia e os componentes dessa classe dominante acreditam possuir identidades europeias, ou mesmo estadunidenses, e não brasileiras, cujas características culturais e biológicas são compostas majoritariamente por traços negros e indígenas. Para essa elite, os negros e mestiços são taxados como inferiores.

Essa pretensa superioridade permite anormalmente que o Estado moderno no Brasil apresente desde a sua gênese algumas características de Estado absolutista, isto é, a divisão do poder político não foi realizada entre todos os brasileiros, mas apenas entre os sujeitos pertencentes aos estratos europeizados da sociedade. Para aqueles estratos sociais considerados inferiores, como negros e mestiços, restou o que **Nilo Batista** (1996) conceitua como cidadania negativa. *“Esses setores vulneráveis ontem escravos, hoje massas marginais urbanas, só conhecem a cidadania pelo seu avesso, na ‘trincheira auto defensiva da opressão dos organismos do nosso sistema penal.”* (MALAGUTI, 2003, p.57)

A coexistência desse Estado absolutista no meio do Estado democrático brasileiro pode ser comprovada ainda hoje pelo número abissal de assassinatos praticados por agentes policiais. *“Entre janeiro de 2016 e março de 2017, ao menos 1.227 pessoas foram mortas pela polícia no Estado do Rio de Janeiro. Dados obtidos pelo UOL através da Lei de Acesso à Informação mostram que a cada dez mortos, nove são negros ou pardos”* (BIANCHI, 2017).

Tais dados sobre o extermínio da população negra (preta e parda) indicam que a Colonialidade do Poder, expressa nesse contexto através do racismo é elemento na construção de um sistema punitivo que, no Brasil, é voltado quase que exclusivamente contra negros. **Ana Luiza Flauzina** (2008) ensina que o racismo funciona como um meio de classificação dos sujeitos, em que a humanidade (ou não) de um indivíduo será determinada com base na raça. Portanto, no Brasil, ser alvo ou não da persecução criminal deriva diretamente da hierarquia social construída pela Colonialidade do Poder.

A seletividade penal é uma função não declarada do Direito Penal no Estado moderno e deriva, segundo **Baratta** (2003), de um direito penal do autor, em que a repressão não é realizada em razão do tipo penal, mas com base no estereótipo do autor. Portanto, o elemento responsável por estruturar a persecução criminal não se encontra no interior dos códigos, nem na legislação em geral, mas, sim, em determinadas características biológicas ou sociais presentes em algumas parcelas vulneráveis da sociedade. **Zaffaroni** (2011) afirma que a seletividade na aplicação de sanções acompanha o sistema punitivo desde a sua gênese, sendo a sua utilização observada em maior ou menor grau, a depender das características do período histórico.

Nesse sentido, a seletividade, como ensina **Malaguti** (2003), pode ser traduzida como a atuação do braço repressivo do Estado contra determinadas parcelas da sociedade, a depender de certas características que lhes imprimem um caráter subalterno, como cor da pele, escolaridade, vestimentas e local de moradia. O termo *atitude suspeita* comumente utilizado pelas forças policiais representa bem esse tratamento desigual, visto que, ao analisar a fala de policiais, ela afirma que tal expressão não se liga à prática de uma conduta suspeita, mas, sim, ao pertencimento de grupos considerados subalternos – *“jovens pobres pardos ou negros estão em atitudes suspeitas andando na rua, passando num táxi”*. (MALAGUTI, 2003, p. 103).

O ponto crucial da seletividade penal se refere ao controle de determinados grupos sociais taxados como perigosos e, não, à prevenção do fato típico ou à punição dos criminosos. *“O problema*

que move a ação do sistema não é propriamente a realização do delito descrito pelas leis ou a defesa dos bens jurídicos, mas o controle ou a destruição dos grupos mais pobres da população, aqueles percebidos e definidos como classes perigosas.” (BARATTA, 2003, p. 16).

Nesse sentido, apresenta-se três questões: primeiramente, uma grande parcela da sociedade civil tende a naturalizar, ou mesmo a negar a existência de uma bolha de encarceramento e criminalização sobre determinados grupos da sociedade. Segundamente, dados do Ministério da Justiça (BRASIL, 2017) demonstram que o perfil dos encarcerados no Brasil, no ano de 2016, era composto pelos seguintes números: 55% dos presos eram jovens, 51% possuíam baixa escolaridade (ensino fundamental incompleto), 64% eram negros, 26% estavam encarcerados por condutas ligadas à lei de drogas e 41% por crimes contra o patrimônio. De acordo com **Juliana Borges** (2018), o sistema de justiça criminal possui intensa relação com o racismo, ou seja, o sistema penal no Brasil atua predominantemente contra determinados grupos subalternos que historicamente são alvos de políticas estatais de cunho racista.

Como perceptível nos dados do Ministério da Justiça (BRASIL, 2017), as classes média e alta não se encontram sob a alça de mira da seletividade e, devido à assimilação dos privilégios gerados pela formação social brasileira ter sido afetada pela Colonialidade do Poder, acreditam que os pobres² são naturalmente mais propensos ao cometimento de crimes por conta do ambiente em que vivem, nada fazendo para pressionar o Estado a realizar mudanças no sentido de efetivar o Estado moderno, democratizando os espaços de poder e cidadania.

A terceira questão refere-se às forças policiais, ao judiciário e aos demais elos do sistema repressivo, já que estes atuam de maneira mais enérgica contra as pessoas possuidoras de características subalternas, praticando violências físicas e simbólicas, recebendo forte apoio da mídia de massa e da classe média. Em relação à violência letal, segundo o Anuário Brasileiro Sobre Segurança Pública de 2019, as forças policiais no Brasil foram responsáveis pela morte de 6.220 pessoas em 2018, sendo o perfil dessas vítimas composto por 99,3% de homens, 77,9 % possuíam idade entre 15 e 29 anos, 75,4% eram negros (pretos e pardos). Importante destacar que, apesar da queda de 10,8% no número de mortes violentas entre 2017 e 2018, ocorreu um crescimento de 19,6% nas mortes praticadas

pelas polícias em 2018. (FBSP, 2019).

A existência desse inimigo, como coloca **Zaffaroni** (2011), demonstra que, como já citado anteriormente, o chamado Estado moderno no Brasil e na América Latina, em geral, possui características do Estado absolutista na seara penal, que seriam incompatíveis com o moderno Estado de direito.

Nesse contexto, prescinde-se da legalidade penal em detrimento de um controle social militarizado e hierarquizado, que atua seletivamente sobre os setores vulneráveis da população. Segundo **Malaguti** (2003), no Brasil, a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade, concedendo ampla margem de arbitrariedade a suas agências. Sendo que, “o ponto principal desse modelo repressivo é de que não há preocupação com a repressão ao delito, mas sim o controle de determinados grupos sociais”. (MALAGUTI, 2003, p. 54).

CONCLUSÃO

Podemos concluir que existem fortes indícios de que a estrutura punitiva brasileira foi alicerçada sobre elementos inerentes a Colonialidade do Poder, pois, desde o início da ocupação colonialista na América, o extermínio e controle dos povos nativos foram justificados por uma superioridade branca e capitalista, que apresentava os diferentes como sujeitos inferiores. Portanto, desde sua gênese, o poder punitivo na América opera com base no racismo.³

Como regra geral, a aplicação da repressão penal sempre foi dependente da classificação social do criminoso. Essa afirmação é facilmente observável no período colonial, visto que aos iguais, ou seja, europeus e brancos inseridos na ordem social, não eram aplicadas sanções penais; já aos estranhos, ou melhor dizendo, negros, índios, mestiços, eram destinadas violentas punições (tortura, prisão, morte) caso incorressem em condutas de indisciplina.

Logo, a hierarquização dos seres humanos com base na raça foi um elemento fundamental para conciliar o que inicialmente aparentava ser inconciliável, que é o conceito de Estado moderno com certas características do poder punitivo arcaico. Podemos citar como exemplo deste fenômeno a aplicação da pena como vingança e a seletividade que se perpetuou no sistema penal brasileiro, com número abissal de mortes e o encarceramento em massa dos homens jovens negros.

NOTAS

“O artifício da atitude suspeita vincula-se ao que Sidney Chalhoub chamou de “estratégia de suspeição generalizada” utilizada para o controle das populações negras recém-libertas no final do século XIX. No final do século XX essa estratégia continua entranhada na cultura e nos procedimentos policiais como forma de manter sob controle os deslocamentos e a circulação pela cidade de segmentos sociais muito bem delimitados. A atitude suspeita carrega um forte conteúdo de seletividade e estigmatização.” (MALAGUTI, 2003, p. 104).

“Em 2015, os negros e pardos representavam 54% da população brasileira, mas sua participação no grupo dos 10% mais pobres era muito maior: 75%. No grupo do 1% mais rico da população, a porcentagem de negros e pardos é de apenas 17,8%.” (CALEIRO, 2016).

Para Foucault (2005), o racismo garantiu uma diferenciação biológica dos seres humanos em raças, definidas como inferiores ou superiores.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan 2011.
- BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: MALAGUTI, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 15-33.
- BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 69-77, jan./jun. 1996.
- MALAGUTI, Vera. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BIANCHI, Paula. 9 em cada 10 mortos pela polícia no Rio são negros ou pardos. *UOL*, Cotidiano, Rio de Janeiro, 26 jul. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/07/26/rj-9-em-cada-10-mortos-pela-policia-no-rio-sao-negros-ou-pardos.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- BORGES, Juliana. O que é encarceramento em massa? Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; FERNANDES, Karina Macedo. Da Colonialidade do Poderà descolonialidade como horizonte de afirmação dos direitos humanos no âmbito do constitucionalismo latino-americano. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 2, n. 4, p. 15-41, 2015. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.ufrj.br/index.php/rcj/article/view/157/57>. Acesso em: 26 out. 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Há 726.712 pessoas presas no Brasil. *Ministério da Justiça*, Brasília, 8 dez. 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 07 ago. 2018.

CALEIRO, João Pedro. O tamanho da desigualdade racial no Brasil em um gráfico. *Exame*, São Paulo, 3 dez. 2016. Economia. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/o-tamanho-da-desigualdade-racial-no-brasil-em-um-grafico/>. Acesso em: 31 out. 2019.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 2008

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Ano 13. FBSP: São Paulo, 2019

GÔMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal*: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A Colonialidade do Saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142. (Colección Sur Sur). Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

TAPIA, Luis. *La condición multisocietal: multiculturalidad, pluralismo, modernidad*. La Paz: CIDES-UMSA; Muela del Diablo Editores, 2002. Disponível em: <https://repositorio.umsa.bo/handle/123456789/1530>. Acesso em: 26 out. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DIÁLOGOS

Com muita satisfação, o Boletim do IBCCRIM inaugura, na edição de março, a seção **DIÁLOGOS**.

Nesta seção, um autor discorrerá sobre determinado tema controverso que se encontra no centro do debate pragmático e acadêmico. Na publicação subsequente, um segundo autor fará comentários críticos, também em forma de texto, ao artigo original. Em um terceiro momento, havendo interesse, o autor do texto original poderá se manifestar sobre as críticas lançadas na edição anterior.

A ideia desse espaço coincide com o espírito que inspira o resgate da necessária interlocução dogmática entre vários estudiosos, de maneira a promover um genuíno debate sobre as mais diversificadas temáticas da ciência criminal.

Abriremos este espaço com a contribuição de Pierpaolo Bottini, advogado e docente da Universidade de São Paulo. O professor defende que, em regra, a lavagem de capitais é crime instantâneo, reflexão relevante capaz de gerar consequências práticas à persecução penal.

Boa leitura.

LAVAGEM DE DINHEIRO: CRIME PERMANENTE OU INSTANTÂNEO?

MONEY LAUNDERING: PERMANENT OR INSTANTANEOUS CRIME?

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor livre docente do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da USP.

Doutor e mestre pela Universidade de São Paulo. Advogado.

ORCID: 0000-0001-8531-468X

pierpaolo@btadvogados.com.br

Resumo: O presente texto visa a examinar a natureza jurídica do crime de lavagem de dinheiro, considerando sua classificação como delito permanente ou instantâneo. Tal distinção traz diversas consequências práticas para, por exemplo, a contagem do prazo prescricional, a incidência da lei no tempo, possibilidade de prisão em flagrante. Em regra, a natureza instantânea do crime de lavagem de dinheiro, considerando a administração da justiça como o bem jurídico tutelado pela norma, é a mais adequada, ressalvados os casos de guarda ou de ter em depósito produtos de práticas ilícitas. Já o ato de participar de grupo, previsto no artigo 1º, § 2º, da Lei 9.613/98, poderá ser permanente ou instantâneo.

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro; Natureza Jurídica; Instantânea ou Permanente; Crime ontra a Administração da Justiça

Abstract: The purpose of this paper is to examine the legal nature of the crime of money laundering, considering its classification as a permanent or instantaneous crime. Such a distinction has several practical consequences for, for example, counting the statute of limitations, the impact of the law on time, the possibility of arrest in flagrant. As a rule, the instant nature of the crime of money laundering, considering the administration of justice as the legal asset protected by the norm, is the most appropriate, except in cases of custody or having illegal products in deposit. The act of participating in a group, provided for in Article 1, § 2 of Law 9.613 / 98, may be permanent or instantaneous.

Keywords: Coloniality of Power; Social Control; Criminalization; Racism.

Introdução

É com satisfação que aceitei o convite de Daniel Zaclis e de Daniel Salgado para inaugurar esse espaço de diálogo no Boletim do IBCCRIM, em que profissionais do direito debaterão temas polêmicos, não por amor à dialética, mas para apresentar diferentes pontos de vista sobre institutos penais, enriquecer as discussões e contribuir para o desenvolvimento da ciência.

O tema escolhido para essa primeira rodada foi a natureza do delito de *lavagem de dinheiro*. Caracterizá-lo como *permanente*

ou *instantâneo* tem consequências práticas para a contagem do prazo *prescricional*, a incidência *das alterações da lei* no tempo e a possibilidade de *prisão em flagrante*, de forma que a discussão é relevante e merece atenção.

Crimes permanentes e instantâneos

Os crimes, quanto à sua consumação, são classificados em *instantâneos* e *permanentes*. Instantâneos são aqueles concluídos com a *provocação de determinado estado ou resultado*, como o furto,

o roubo, o homicídio.¹ Permanentes são aqueles cuja consumação se protraí no tempo, se estende durante um período no qual o bem jurídico segue comprimido. São os crimes de gerúndio, que estão acontecendo, como a *embriaguez ao volante* (art. 306 da Lei 9.503/1997), ou a *extorsão mediante sequestro* (art. 159 do CP).²

Há tipos penais cuja redação indica de forma clara a natureza do crime, seja pela *instantaneidade* evidente (ex. *furto*, art. 155 do CP) ou pela *permanência* evidente, como ocorre nos crimes de *posse* (ex. *ter em depósito ou trazer consigo drogas* – Lei 11.343/2006, art. 33; *possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo* sem autorização – Lei 10.826/2003).

O mesmo não ocorre em outros tipos penais cuja redação admite interpretações distintas. É o caso dos que usam o verbo *ocultar*, como ocorre com o *caput* do art. 1.º da lei de lavagem de dinheiro. Pode-se entender a conduta como crime *permanente*, com execução *em andamento*, enquanto o bem permanecer escondido; ou interpretar o ato de *esconder* como um delito *instantâneo*, consumado no momento da *ocultação* ou *dissimulação*. O crime se consumaria com a ação de *ocultar*, e a manutenção do encobrimento seria um *efeito permanente* do comportamento inicial.

A jurisprudência tem interpretado os tipos penais com o verbo *ocultar* como crimes *permanentes*, como ocorre na *ocultação de cadáver* (art. 211 do CP),³ *ocultação de documento* (uma das modalidades do art. 305 do CP)⁴ ou na *receptação* na modalidade *ocultação* (art. 180 do CP).⁵ Por isso, a doutrina majoritariamente reconhece a *lavagem de dinheiro* como crime *permanente*, sendo o mesmo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.⁶

Não nos parece a solução mais adequada.

Da natureza do crime previsto no art.1º, caput, da Lei 9.613/98

A nosso ver, a *lavagem de dinheiro* é crime contra a administração da Justiça que se perfaz no momento da *ocultação*, quando efetivamente é afetado o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Parece a interpretação mais adequada do ponto de vista sistemático, dada a natureza também *instantânea* dos demais crimes contra a administração da Justiça, ainda que em diversos deles os *efeitos* de obstrução do sistema judicial perdurem no tempo.

A doutrina reconhece que os crimes de *denúnciação caluniosa* (art. 339 do CP),⁷ *falsa comunicação de crime* (art. 340 do CP), *autoacusação falsa* (art. 341 do CP), *falso testemunho* (art. 342 do CP),⁸ *fraude processual* (art. 347 do CP),⁹ e *favorecimento real* (art. 349 do CP)¹⁰ – crime-irmão da *lavagem de dinheiro* – são crimes *instantâneos*. E com razão, porque neles o delito se consuma no ato inicial, com o comportamento típico, mesmo que seus efeitos sobre a administração da Justiça se prolonguem no tempo.

A despeito disso, há quem sustente que a *lavagem de dinheiro* é um crime permanente, porque com ela se cria um *estado de coisas antijurídico* que se perpetua no tempo, sob o domínio do agente, que pode interrompê-lo a qualquer momento.

Não parece correta a assertiva.

Fosse a *capacidade de restituição do status quo ante* o elemento definidor dos crimes *permanentes*, delitos como o furto também teriam essa natureza, pois o autor pode, a qualquer tempo, devolver os bens e fazer cessar a lesão patrimonial.¹¹ O mesmo pode ser dito dos já mencionados crimes contra a administração da Justiça. Na maior parte deles, o agente tem a possibilidade de *desafetar* o bem jurídico, bastando, para isso, revelar a fraude, a mentira, a omissão que caracterizam a conduta típica. Na *denúnciação caluniosa*, no *favorecimento real*, na *fraude processual*, o agente pode – a qualquer

tempo – fazer cessar os efeitos de sua conduta inicial, reconhecendo a inexistência do crime/autoria relatados à autoridade a indução ao erro processual ou revelando o proveito do delito. Porém, essa reversibilidade dos efeitos não é suficiente para que tais infrações sejam caracterizadas como permanentes.

O que define o crime *permanente* não é a possibilidade de cessação dos efeitos da conduta inicial por parte do autor, mas o *alongamento da própria consumação no tempo*.¹² Reale Jr. ensina que o elemento central dos crimes *permanentes* está na *incriminação da conduta criadora da situação antijurídica* e também da conduta que a mantém.¹³ Na *extorsão mediante sequestro* (art. 159 do CP) ou na *redução à condição análoga à de escravo* (art. 149 do CP) há uma *continuidade da situação antijurídica*, que não decorre apenas da *continuidade dos efeitos* do ato inicial, mas da *manutenção* da afetação do bem jurídico por atos reiterados do agente delitivo. Há uma *atenção permanente*, um *esforço continuado* para *comprimir* o bem jurídico, submetê-lo ao domínio do autor, que tem controle total não apenas sobre a *cessação dos efeitos*, mas sobre o contexto de *antijuridicidade* criado e mantido.

A *permanência da consumação* exige uma *vigilância* constante, para além da mera *inércia*. Um gasto de *energia*, ainda que menor do que aquele despendido no ato inicial. Uma coisa é a *extorsão mediante sequestro* (crime permanente), em que a manutenção do estado de privação de liberdade exige uma *atenção continuada* sobre a vítima, outra é o *falso testemunho* (crime instantâneo de efeitos permanentes), no qual o agente *oculta a verdade*, e os efeitos nocivos de seu ato perduram no tempo *independentemente* de seu esforço.

No crime de *lavagem de dinheiro* – na forma do *caput* do art.1º da Lei em comento – basta a *ocultação* para que o delito seja consumado. Não se faz necessário o *acompanhamento* ou a *manutenção* do mascaramento, ou mesmo sua reinserção na economia. Como ensina Roxin, ainda que em alguns crimes *instantâneos* o autor siga aproveitando-se do estado criado por seu feito, isso não pressupõe sua continuidade ou permanência.¹⁴

Aquele que deposita valores na conta de terceiros *consome* a lavagem de dinheiro naquele instante, ainda que seus efeitos sejam contínuos. A *manutenção* do mascaramento não exige *esforço* ou *vigilância*, que só será empregado se o agente buscar novos atos de *lavagem* posteriores ou a reciclagem completa do bem – que representarão *novas condutas típicas* que absorvem as anteriores. Trata-se de *crime instantâneo*.

Da guarda ou depósito como lavagem de dinheiro (art.1º, I, da Lei 9.613/98)

O §1º do art.1º da Lei de Lavagem de Dinheiro descreve uma série de condutas que caracterizam a *lavagem de dinheiro*, desde que praticadas com a finalidade de *ocultar* ou *dissimular* bens de origem infracional. Dentre elas, algumas têm natureza *permanente*, em especial os atos de *guardar* ou *ter em depósito* o produto de crimes ou contravenções penais.

Nesse caso, e diferentemente de todas as demais formas de *lavagem de dinheiro* descritas na lei, o delito é *permanente*. Note-se que *guardar* ou *ter em depósito* é diferente de *ocultar*. Seu sentido é de *manter consigo*, *conservar*, *ter algo sob domínio próximo*, em constante *vigilância*, que exige um *esforço*, uma *atenção permanente* – ao contrário de *ocultar*, cujo sentido é *encobrir* ou *esconder das vistas* –, sendo desnecessário um gasto constante de energia para garantir tal status.

Em sendo *permanente* o crime nessa modalidade, a *consumação*

se alongará no tempo, até a cessação da conduta, que ocorrerá no momento em que esse depósito deixa de existir, seja com a *reinserção* dos bens na economia, seja com a *interrupção* da guarda pela *ocultação almejada*, o *consumo*, a *transferência*, a *conversão* ou a *inserção* dos bens na economia, seja pela descoberta da existência dos recursos pelas autoridades públicas.

Importa destacar que o crime, nessa modalidade, não admite a *autolavagem*, uma vez que o *depósito* ou a *guarda* são extensões do delito anterior. Apenas a *terceiros*, não concorrentes da infração penal antecedente, podem ser imputada a *lavagem de dinheiro* nessa modalidade.

Da natureza dos crimes previstos no art.1º, 5º, da Lei 9.613/98

O §2º do art. 1º da lei de lavagem de dinheiro é composto por condutas substancialmente distintas. O inciso I dispõe sobre o ato de *utilizar*, na atividade econômica ou financeira, os bens provenientes da infração penal. Aqui o ato típico de *usar* indica uma conduta *instantânea*, ainda que esse *uso* possa ser *reiterado*, como o ato de investir em determinado negócio, por meio de transferências

dissimuladas, com o escopo de ocultar a origem dos recursos. Nesse caso, o ato típico pode se dar por diversos aportes, que concretizam cada investimento, ou mesmo por atos posteriores de encobrimento sucessivo do capital. Mas sempre será *instantâneo*.

Já o ato de *participar* de grupo, associação ou escritório, com ciência de que sua atividade, é dirigida à prática de *lavagem de dinheiro* (inciso II) e poderá ser *permanente* ou *instantâneo*, de acordo com a modalidade de lavagem de dinheiro praticada pelo concurso de agentes. Importa destacar que esse dispositivo deve ser interpretado de acordo com as regras de autoria e participação do art.29 do CP, de forma que não basta o pertencimento à instituição. É necessária uma contribuição juridicamente relevante para a *ocultação dos bens* de origem infracional. Portanto, a natureza do delito dependerá da *modalidade* da contribuição – será *permanente* nos casos de colaboração com a *guarda* ou *depósito* e *instantânea* nos outros casos.

NOTAS

- 1 Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Madrid: Thompson/Civitas, p. 329. Para Miguel Reale Jr., os crimes permanentes são aqueles nos quais a situação lesiva perdura no tempo, protraindo-se a situação antijurídica, com o aumento do prejuízo originado pelo fato. (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 270).
- 2 Santos, Juarez Cirino. *Manual de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 55.
- 3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 76678, Relator Min. Maurício Correa j. 29.06.98; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). REsp 900509. Ocultação de cadáver. Delito permanente. Prisão preventiva. Fundamentação. Ausência de pré-questionamento (...). Relator: Min. Felix Fischer, 26 ago. 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=704009&num_registro=200602245931&data=20070827&peticao_numero=-1&formato=PDF.
- 4 Acesso em: 14 fev. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). HC 28837. Relator: Min. Felix Fischer, j. 10.05.2004.
- 5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). HC 19434. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, j. 19.12.2002. No mesmo sentido, MIRABETE, Julio Fabrini; Fabbrini, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1260.
- 6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Apn 863/SP, Relator Min. Edson Fachin, j. em 23.05.2017. No mesmo sentido, MAIA, R. T. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 84; BONFIM, M. M. M.; BONFIM, E. M. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47; BARROS, M. A. de B. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 63; CARLI, C. V. de. Dos crimes: aspectos objetivos. In CARLI, C.V. de (org). *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle*. 1. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012 p. 198, NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais especiais* 1, 2011, p. 829.
- 7 Apontam o caráter *instantâneo* da *denúncia caluniosa*. Nucci, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1257; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 822; BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316; HUNGRIA, N. *Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 462; NORONHA, E. M. *Direito penal*, v.4. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 476; PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 969.
- 8 NORONHA, E. M. *Direito penal*, v.4. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 494, sem grifos. No mesmo sentido, NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1269; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 829; BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340. Para Prado, "Consuma-se o delito com o encerramento do ato processual do depoimento, ou com a entrega do laudo pericial, do cálculo, da tradução, ou com a realização da interpretação falsa. Faz-se mister que o depoimento seja efetivamente concluído – reduzido a termo e devidamente assinado (art. 216, CPP). Até então, pode ele ser retificado ou alterado pelo depoente, o que pode impedir a consumação da falsidade." (PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 977.
- 9 Apontam o caráter *instantâneo* da *fraude processual*. NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1280; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 841; BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 372; NORONHA, E. M. *Direito penal*, v.4. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 514-5; PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 992.
- 10 Bitencourt classifica o *favorecimento real* como crime *instantâneo* (in BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 389). No mesmo sentido, NORONHA, E. M. *Direito penal*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 524; NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1285; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 845. Para Prado, "Consuma-se o delito com a prestação do auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, ainda que esse escopo não seja efetivamente alcançado." (PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 998.)
- 11 Para Herzberg, o furto tem como seu elemento central a *ruptura da posse* e não a manutenção da coisa alheia (GÓMEZ-ALLER, J. D. *Omission and injerencia em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 443). No mesmo sentido, BARTOLI, R. Sulla struttura del reato permanente: un contributo critic. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Pebale*, Milano, v. 4, n. 1, p. 137-176, jan./mar. 2001, p.145.
- 12 Bitencourt aponta a "continuidade da ação do agente" como elemento diferenciador do crime permanente do crime instantâneo de efeitos permanentes (BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal. Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255).
- 13 Reale Jr., citando ainda Dall'Ora ao afirmar que "por isso o sequestro de uma pessoa é crime permanente e o furto de um cão não o é" (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.270).
- 14 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006, p. 331. t. I.

Autor Convidado

TEMA :
COLABORAÇÃO PREMIADA

O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DE COLABORAÇÃO PARA FUNDAMENTAR DECISÕES JUDICIAIS

Supremo Tribunal Federal

Ementa: INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. (...) **2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera deliberação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. (...)**

(Inq 3982, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 02-06-2017 PUBLIC 05-06-2017) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6224.**

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. TERMO DE DEPOIMENTO EM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO. AUTORIDADE DETENTORA DE FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. **1. Os termos de depoimento prestados em acordo de colaboração premiada são, de forma isolada, desprovidos de valor probatório, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/13, razão pela qual, neste momento, devem ser submetidos ao procedimento de validação frente aos respectivos elementos de corroboração fornecidos pelo colaborador, até mesmo para que seja aferido o grau de eficácia da avença celebrada com o Ministério Público, imprescindível para a eventual**

aplicação dos benefícios negociados. (...)

(Pet 6667 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6225.**

INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317 C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, V, DA LEI 9.613/1998). PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. ACESSO INTEGRAL AOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NO ÂMBITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. (...) **4. O juízo de recebimento da denúncia é de mera deliberação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 5. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016). No caso, há indiciariamente substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 6. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (INQ 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016; e INQ 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.9.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (INQ 2.191, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 8.5.2009), sequer descrita nos presentes autos. (...)**

(Inq 4118, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018) - destaques

Nosso comentário: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/19 (*Pacote Anticrime*), consolidou-se no sentido de que os depoimentos prestados por colaboradores eram insuficientes para, por si só, embasar decisão condenatória. Todavia, aceitava-se que o juízo de admissibilidade da acusação, por não envolver cognição exauriente, fosse baseado exclusivamente no conteúdo de colaboração premiada, servindo como indício de autoria para o recebimento de denúncia.

(...) III – Da impossibilidade de deferimento de busca e apreensão e da manutenção de inquéritos com base apenas nas declarações de colaborador (...) **A previsão de que não haverá condenação baseada apenas nas declarações do colaborador (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13) é o reconhecimento legal de que a prova produzida de forma interessada tem valor limitado. Muito embora a legislação seja expressa em atribuir pouco valor à prova oral produzida pelo colaborador (“declarações”), todos os atos de colaboração têm valor probatório limitado. Tenho que os atos de colaboração devem ser encarados, a priori, com desconfiança. Nessa linha, entendo que essa é a orientação recentemente adotada pelo pacote anticrime (Lei 13.964/2019), ao proibir a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, o recebimento de denúncia ou queixa-crime ou a prolação de sentença condenatória com base apenas na colaboração premiada (art. 4º, §16, da Lei 12.850/2013).** (...) É por isso que se defende que a verdadeira vocação probatória da colaboração premiada seria a autorização para deflagração de uma investigação preliminar, de modo a adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, não podendo, portanto, servir para a utilização a priori de medidas restritivas de direitos ou da liberdade dos delatados. (...) Por esses motivos, entendo que o requerente se encontra em situação de constrangimento ilegal semelhante à do requerente Carlos Alberto de Oliveira Andrade, tendo sido objeto de investigação e de medidas constritivas com base em fundamentos genéricos e inadequados.

(Rcl 36542 Extn-nona/PR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Decisão Monocrática. Julgamento: 17/12/2020 PROCESSO ELETRÔNICO DJe-297 DIVULG 18/12/2020 PUBLIC 07/01/2021) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6227.**

(...) O art. 41 do Código de Processo Penal determina que a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. **Ressalte-se, ainda, que o juízo de**

recebimento da peça acusatória é de mera delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia com o juízo de procedência da imputação criminal. Nesse sentido, cito ementa do seguinte julgado: “INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 1º, V, DA LEI 9.613/1998. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CISÃO DO PROCESSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA. (...) 3. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. (...) 5. À luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal, **o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não constitui prova por si só eficaz para juízo de condenação. Inteligência do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. Serve, todavia, como indício suficiente de autoria para fins de recebimento da denúncia** (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016). Presente, no caso, substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 6. Denúncia recebida. Desprovimento de um dos agravos regimentais, com prejudicialidade dos demais” (Inq 3.984/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJ 16/12/2016). (HC 187227/TO. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Decisão Monocrática, Julgamento: 19/06/2020 PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 23/06/2020 PUBLIC 24/06/2020) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6228.**

Nosso comentário: após a entrada em vigor do chamado *Pacote Anticrime*, tal posicionamento restou claramente prejudicado, tendo em vista a introdução de incisos no § 16, do art. 4º, da Lei n.º 12.850/2013. Em decisão monocrática posterior à mudança legislativa, o Min. GILMAR MENDES, adotando o novo regramento legal, manifestou o entendimento de que todos os atos de colaboração possuem valor probatório limitado, porquanto a verdadeira vocação probatória da colaboração premiada seria a de autorizar a deflagração de investigação preliminar. Todavia, alguns ministros continuam reproduzindo a jurisprudência anterior da Corte, a despeito da alteração legislativa.

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO

DE RECURSO PRÓPRIO. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". NULIDADE. NEGATIVA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DOS ELEMENTOS DE PROVAS COLHIDOS NA OPERAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) **V - É cediço que a colaboração premiada tem natureza jurídica de meio de obtenção de prova. Dessa forma, um acordo de colaboração não enseja, por si só, uma sentença condenatória, aquele precisa estar amparado por um conjunto probatório, conforme o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13. In casu, a eventual falta de acesso à fase preliminar de um acordo não tem o condão de anular o processo por cerceamento de defesa. VI - Consoante o princípio pas de nullité sans grief, evidenciado no art. 563 do CPP ("nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"), não há que se falar em declaração de nulidade de ato processual se dele não resultou qualquer prejuízo concreto para a defesa do paciente.** Habeas corpus não conhecido.

(HC 341.790/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 04/05/2016) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6229.**

DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. LAVAGEM DE ATIVOS. APRESENTAÇÃO DE RAZÕES DO APELO EM SEGUNDO GRAU. BAIXA DOS AUTOS PARA OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES. ARGUIÇÃO INOPORTUNA. PRECLUSÃO. COMPETÊNCIA. FIXAÇÃO POR PREVENÇÃO. ALTERAÇÃO DE PREMISSAS FÁTICAS APRESENTADAS PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXCLUSÃO DE RÉU COLABORADOR DO PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL. POSSIBILIDADE PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INAPLICABILIDADE À AÇÃO PENAL DE NATUREZA PÚBLICA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MERO EXAURIMENTO DE CRIME ANTECEDENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA. ALTERAÇÃO DE PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVANTE E MAJORANTE. ARTS. 62, INCISO I, E 71, AMBOS DO CP. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA OPORTUNA E FUNDAMENTADA. PREQUESTIONAMENTO. NÃO ATENDIMENTO. SÚMULAS 282 E 284 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO. (...) **IX - Inexiste violação ao art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013 se os colaboradores, embora ouvidos na condição de testemunha, tiveram suas versões corroboradas por amplo conjunto probatório, em especial por meio de prova documental, como extratos, planilhas, além de laudo pericial e dados bancários obtidos com autorização judicial.** X - Reconhecido pelo col. Tribunal a quo, por meio de elementos concretos, a prática de (...) (AgRg no REsp 1786891/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020) (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6230**).
Ementa: DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO

ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. LAVAGEM DE ATIVOS. OMISSÃO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISCUSSÃO DE FUNDAMENTOS DE DECIDIR. ACLARATÓRIOS. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL. ART. 4º, § 16, DA LEI 12.850/2013. PROVA DE CORROBORAÇÃO. AGENTE POLÍTICO. ATO DE OFÍCIO. COMPROVAÇÃO. OVERRULING JURISPRUDENCIAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. LAVAGEM DE DINHEIRO. MERO EXAURIMENTO DE DELITO ANTECEDENTE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ALTERAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROGRESSÃO DE REGIME. REPARAÇÃO. ART. 33, 4º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. (...) **III - As declarações coletadas por meio do instituto da colaboração premiada, por si só, não se fazem legítimas para, salvo se corroboradas por outros elementos de cognição, sustentarem um édito condenatório, tal qual determina o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13.**(...)

(AgRg no REsp 1786891/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020) (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6231**).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL. 2. BUSCA E APREENSÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. ART. 315, § 1º, DO CPP. NÃO APLICAÇÃO. LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA NO CPP. 3. INSTITUTO QUE DIZ RESPEITO A MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS. CONTEMPORANEIDADE DO PERICULUM LIBERTATIS. 4. BUSCA E APREENSÃO. MEDIDA CAUTELAR REAL. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. REQUISITOS PRÓPRIOS. DESNECESSIDADE DE CONTEMPORANEIDADE. 5. LAPSO ENTRE FATOS E COLHEITA DE PROVAS. POSSIBILIDADE DE DESAPARECIMENTO DE VESTÍGIOS. SITUAÇÃO BENÉFICA AO RÉU. 6. EXIGÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. INVIABILIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. PRÁTICA CRIMINOSA QUE OCORRE, EM REGRA, NA CLANDESTINIDADE. 7. PRAZO PARA PRODUÇÃO DE PROVAS. LAPSO PRESCRICIONAL. 8. DECRETO DE BUSCA E APREENSÃO. FUNDAMENTO APENAS EM DECLARAÇÕES DE COLABORADORES. INIDONEIDADE. ART. 4º, § 16, LEI 12.850/2013. 9. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. DECRETO NULO. 10. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ANULAR A BUSCA E APREENSÃO. (...) **8. No que diz respeito à alegada carência de adequada fundamentação do decreto de busca e apreensão, em virtude de se embasar apenas em depoimentos contraditórios de colaboradores, registro, de início, que, de fato, o art. 4º,**

§ 16, da Lei nº 12.850/2013, estabelece que "nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória".

9. Na hipótese dos autos, verifica-se, sem necessidade de revolvimento de fatos e provas, mas pela simples leitura do decreto de busca e apreensão, que, realmente, a decisão que decretou a busca e apreensão em desfavor do paciente se encontra deficientemente fundamentada, porquanto embasada apenas em declarações de colaboradores, o que vai de encontro ao disposto no art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013. - Precedentes do STF e do STJ. 10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para para anular o decreto de busca e apreensão, bem como as provas dele derivadas, em virtude de sua deficiente fundamentação, sem prejuízo de que seja novamente decretada a medida, em observância ao regramento legal.

(HC 624.608/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, Dje 04/02/2021) (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6232**).

Nosso comentário: antes da própria entrada em vigor do chamado *Pacote Anticrime*, o Superior Tribunal de Justiça já manifestava entendimento no sentido de atribuir à colaboração premiada a natureza jurídica de "meio de obtenção de prova", exigindo que que as declarações do colaborador fossem acompanhadas por elementos de corroboração para sustentar eventual sentença condenatória.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

PROCESSO PENAL E PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA - FORMAÇÃO DE CARTEL - ART. 4º, II, ALÍNEAS "A" E "B", DA LEI Nº 8.137/1990. (...) CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CORROBORAÇÃO CRUZADA OU RECÍPROCA ("MUTUAL CORROBORATION"). PLEITO DEFENSIVO FORMULADO PELOS ACUSADOS L. A. T., C. D. D. L. E L. C. M. - ALTERAÇÃO DE DOIS ASPECTOS AFETOS À PENA RESTRITIVA DE DIREITO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA: VALOR (POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO IMPORTE ENTRE OS CONDENADOS) E DESTINAÇÃO (POR DESRESPEITO AO ART. 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL) - ALEGAÇÃO FORMULADA PELO PARQUET FEDERAL, EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, NO SENTIDO DE QUE OS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA TERIAM SIDO QUEBRADOS PELA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS: REFUTAMENTO - ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DEFENSIVA TÃO SOMENTE PARA ALTERAR A DESTINAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. (...) A jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal mostra-se alinhada com a **necessidade de que as declarações prestadas pelos**

delatores sejam corroboradas por outros elementos probatórios com o fito de que seja possível condenar o delatado na justa medida em que os primeiros acabam por possuir posição jurídica por meio da qual possuem inegável interesse no reconhecimento da responsabilização penal dos segundos até mesmo visando à fruição das sanções premiais previstas nos acordos de colaboração (que apenas serão reconhecidas e aplicadas acaso atingidos os resultados elencados nos diversos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013). **Nesse diapasão, o teor da colaboração premiada isoladamente considerado não constitui prova apta a ser utilizada contra o delatado, sendo de relevo pontuar, ademais, que o mesmo C. Supremo Tribunal Federal, com o beneplácito da doutrina especializada, também não tem aceito o que se convencionou chamar de corroboração recíproca ou cruzada, vale dizer, aquela corroboração cujo fundamento de validade encontra-se em outras declarações prestadas por também delatores ainda que as delações possuam idêntico conteúdo. (...)**

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 79314, 0010947-19.2016.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 30/01/2020, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/03/2020)- destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6233**.

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS DE RÉU COLABORADOR. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. (...) **2. A denúncia está baseada sobretudo no depoimento do colaborador, não existindo outros elementos de prova além dos extratos bancários e dos editais de licitação fornecidos por ele. (...)** **4. Os depoimentos dos colaboradores, que não tenham resultado na coleta de outras provas, mostram-se insuficientes à adoção de medidas gravosas, inclusive o recebimento de denúncia. Art. 4º, §16º, da Lei 12.850/2013.** 5. Ordem concedida.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, HCCrim - HABEAS CORPUS CRIMINAL, 5004895-77.2020.4.03.6181, Rel. Desembargador Federal PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES, julgado em 15/12/2020, Intimação via sistema DATA: 17/12/2020)- destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6234**.

Nosso comentário: na mesma linha do STF, a jurisprudência do TRF3 exige que as declarações do colaborador sejam corroboradas por elementos probatórios externos, isto é, que não sejam apenas os elementos fornecidos por ele. A título de ilustração, em um dos precedentes selecionados, não se considerou suficientes os extratos bancários e editais de licitação fornecidos pelo colaborador como elementos de corroboração.

POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DO ACORDO POR TERCEIRO

Supremo Tribunal Federal

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. **Acordo de colaboração premiada.** Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. **Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor.** (...) 6. **Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).** 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. (...)

(HC 127483, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016, PUBLIC 04-02-2016) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6235.**

Nosso comentário: o STF, partindo da premissa de que o acordo de colaboração premiada constitui negócio jurídico processual personalíssimo, não surtindo efeito para a esfera jurídica de terceiro - e sim as imputações constantes do depoimento do colaborador -, tem decidido pela sua ausência de legitimidade para impugnar o pacto.

Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto.

Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. **3. Possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados. Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas. Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos. Precedente desta Segunda Turma: HC 151.605 (de minha relatoria, j. 20.3.2018).** 4. Nulidade do acordo de colaboração premiada e ilicitude das declarações dos colaboradores. Necessidade de respeito à legalidade. Controle judicial sobre os mecanismos negociais no processo penal. Limites ao poder punitivo estatal. Precedente: “O acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil” (STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017) 5. Como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, deve-se assentar a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação. Interpretação do art. 4º, § 13, Lei 12.850/13. Nova redação dada pela Lei 13.964/19. 6. Situação do colaborador diante da nulidade do acordo. Tendo em vista que a anulação do acordo de colaboração aqui em análise foi ocasionada por atuação abusiva da acusação, penso que os benefícios assegurados aos colaboradores devem ser mantidos, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro. Precedente: direito subjetivo ao benefício se cumpridos os termos do acordo (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015) e possibilidade de concessão do benefício de ofício pelo julgador, ainda que sem prévia homologação do acordo (RE-AgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019). 7. Dispositivo. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a nulidade do acordo de colaboração premiada e reconhecer a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos delatores, nos termos do voto.

(HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020, PUBLIC 01-10-2020) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6236.**

Nosso comentário: todavia, em período recente, a Segunda Turma do Tribunal iniciou uma possível revisão desse entendimento.

Ao reconhecer o potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, o Colegiado decidiu ser possível a impugnação do acordo por terceiros como forma de controle do acordo, buscando limitar eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES, CORRUPÇÃO ATIVA, QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA FORMULADO POR CORRÉU. IMPUGNAÇÃO DO AJUSTE POR TERCEIRO DELATADO. ILEGITIMIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO PERSONALÍSSIMO. POSSIBILIDADE DE O DELATADO CONTRADITAR EM JUÍZO O TEOR DAS DECLARAÇÕES DO DELATOR E DE QUESTIONAR AS MEDIDAS RESTRITIVAS ADOTADAS EM SEU DESFAVOR COM BASE NOS ALUDIDOS DEPOIMENTOS. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. (...) 2. O acordo de colaboração, por si só, não atinge a esfera jurídica do delatado, uma vez que apenas as imputações contra ele feitas, caso comprovadas, é que podem ser usadas em seu desfavor, o que pode ocorrer independentemente de ser formalizado ou não um acordo com o delator. 3. **Firmou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a delação premiada constitui negócio jurídico personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes, e que não interfere automaticamente na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações, não possuem legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado. Precedentes do STJ e do STF.** 4. No caso dos autos, embora o recorrente não possua legitimidade para questionar a validade do acordo de colaboração premiada celebrado pelo corréu, pode confrontar em juízo o que foi afirmado pelo delator, bem como impugnar quaisquer medidas adotadas com base em tais declarações e demais provas delas decorrentes, circunstâncias que afastam a ocorrência de prejuízos à defesa. 5. Recurso desprovido. (RHC 43.776/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6237.**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS DENUNCIADO COM TRÊS SUPOSTOS ASSOCIADOS POR CORRUPÇÃO PASSIVA. EMPRESÁRIOS A QUEM SE IMPUTA CORRUPÇÃO ATIVA. (...) VÍCIOS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA QUE NÃO PODEM SER DISCUTIDOS POR QUEM DELE NÃO FEZ PARTE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DENÚNCIA RECEBIDA. (...) 105. **O momento adequado para a impugnação das cláusulas é**

aquele posterior ao eventual julgamento, quando esses benefícios poderão, à luz dos elementos agregados à instrução criminal, concretizar-se. Não antes, quando constituem apenas expectativa de direito. (...) 107. **Por se tratar de negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do "relato da colaboração e seus possíveis resultados"** (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). O acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: res inter alios acta. A delação premiada, como já teve oportunidade de assentar, é benefício de natureza personalíssima, cujos efeitos não são extensíveis a corréus (RHC nº 124.192/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 8/4/15). (...)

(APn 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6238.**

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

AGRAVO REGIMENTAL. OPERAÇÃO PECÚLIO/NIPOTI. ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA. HOMOLOGAÇÃO DE ADITIVO. DELATADO. ILEGITIMIDADE PARA IMPUGNAÇÃO DOS SEUS TERMOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. **De acordo com a jurisprudência do STF, o delatado não possui legitimidade para impugnar os termos do acordo de delação premiada, podendo apenas se insurgir contra as provas dele advindas,** na via própria.

2. Agravo regimental não provido.

(TRF4 5021921-19.2016.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relator LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 15/12/2020) - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6239.**

Nosso comentário: o STJ e o TRF-4 formaram jurisprudência que se limita a reiterar o precedente (HC 127.483) do STF que consolidou o entendimento sobre matéria, ou seja, não reconhecem a legitimidade de terceiro para impugnar o acordo de colaboração.



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Marina Pinhão Coelho Araújo**
1.º Vice-Presidente: **Alberto Zacharias Toron**
2.º Vice-Presidente: **Fábio Tofic Simantob**
1.ª Secretário: **Bruno Salles Pereira Ribeiro**
2.º Secretário: **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
1.º Tesoureiro: **Rafael Serra Oliveira**
2.º Tesoureiro: **Renato Stanzziola Vieira**
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Maria Carolina de Melo Amorim

CONSELHO CONSULTIVO

Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUVIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elísa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr, Juarez Cirino dos Santos, Sérgio Salomão Shecaira, Luis Fernando Niño, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Daniel Zaclis.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Adriana Pazini de Barros Lima, Anderson Bezerra Lopes, Antonio Carlos Tovo, Daniel de Resende Salgado, Flavia Chaves Nascimento Brandão Penna, Gessika Christiny Drakoulakis, Nicolau da Rocha Cavalcanti e Thiago Baldani Gomes de Filippo.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

EXPEDIENTE EDITORIAL: Daniel Zaclis.

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Brenno Gimenes Cesca (USP – São Paulo/SP), Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araujo (UFSB - Itabuna/BA), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC - Curitiba/PR), Iany Elizabeth da Costa (UFF – Niterói/RJ), Iverson Kech Ferreira (Uninter - Curitiba/PR), Luis Gustavo Durigon (PUC – Porto Alegre/RS), Nikolai Olchanowski (UFPR – Curitiba/PR), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL – Maceió/AL), Ruiz Ritter (PUC – Porto Alegre/RS), Simone Henrique (USP - São Paulo/SP), Spencer Toth Sydow (USP - São Paulo/SP) e Tomás Grings Machado (PUCRS - Porto Alegre/RS).

CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Alice Marie Freire Gaudiot (IBCCRIM – São Paulo/SP), Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves (UnB – Brasília/Df), Bruno Tadeu Buonicore (Frankfurt/Alemanha), Gilmar Mendes (Münster/ Alemanha), Gustavo Neves Forte (PUC – São Paulo/SP), Helena Regina Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP), Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior (IBCCRIM – Coimbra/Espanha), Lucas Bortolozzo Clemente (ABDconst – Curitiba/PR), Lucas Nunes Nora de Souza (UFJF – Juiz de Fora/MG), Luis Henrique Pichini Santos (FGV – São Paulo/SP), Mateus Vaz e Greco (PUC – Belo Horizonte/MG), Pedro Victor Porto Ferreira (UnB – Brasília/Df), Pierpaolo Cruz Bottini (USP – São Paulo/SP) e Thiago Rocha de Rezende (UERJ – Rio de Janeiro/RJ).

PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA: p2g.studio | Tel.: (11) 2400-0038 | E-mail: contato@p2g.studio

REVISÃO: Rogério Pelizzari de Andrade | E-mail: rpelizzari@alumni.usp.br

IMPRESSÃO: Eskenazi Indústria Gráfica | Tel: (11) 98424-0654

BASES DE DADOS INDEXADAS:



O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Buscamos a participação efetiva de mulheres nas atividades da gestão e em cursos, eventos e publicações do IBCCRIM.

Participe ativamente das coordenações e atividades e convide pesquisadoras para se associarem e construir com o IBCCRIM novos caminhos para as Ciências Criminais.

Relembre os benefícios da associação:

Aponte a câmera do celular para o QR Code ou acesse pelo link <https://www.ibccrim.org.br/associados/inscricao>

