ISSN 2764-2704

REJuB

Revista Judicial Brasileira

Ano 2 N.1 - Janeiro/Julho 2022

ENFAM



Revista Judicial Brasileira

ENFAM | Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Conselho Superior da Enfam

Ministro Og Fernandes (Presidente)
Diretor-Geral da Enfam

Ministro Benedito Gonçalves
Vice-Diretor da Enfam

Ministro Jorge Mussi
Diretor do CEJ do Conselho da Justiça Federal

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Ministra Isabel Gallotti
Superior Tribunal de Justiça (STJ)

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

Desembargadora Katia Maria Amaral Jangutta
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)

Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso
Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe)

Juiz Jayme Martins de Oliveira Neto
Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)

Juíza Federal Cíntia Menezes Brunetta
Secretária-Geral

Jaqueline Aparecida Correia de Mello
Secretária Executiva

ReJuB
Revista Judicial Brasileira

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Diretora

Ministro Antonio Herman Benjamin
Coordenador-Geral do Programa de Pós-Graduação da Enfam

Conselho Editorial

Ministro Og Fernandes (Presidente)

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Ministro Antonio Herman Benjamin

Ministro Benedito Gonçalves



Revista Judicial Brasileira

Ano 2 N.1 - Janeiro/Julho 2022

ENFAM

Editoria
Jaqueline Aparecida Correia de Mello
Cyva Regattieri de Abreu
Maria Fernanda Pereira Neves Leite Silva
Tatiana Barroso de Albuquerque Lins

Revisão Bibliográfica
Gabriela Breder Lopes
Karoline dos Santos Rodrigues

Revisão Ortográfica
Luciana Silva Cantanhede Lobo
Mariana Ribeiro Reino da Silva

Projeto Gráfico
Wanderson Oliveira dos Reis

Diagramação
Wanderson Oliveira dos Reis

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

Tiragem
150 exemplares

Distribuição gratuita
Impressa em 2022

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.
A reprodução total ou parcial é permitida desde que citada a fonte e indicada a autoria do texto.

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

www.enfam.jus.br
www.revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/index
revista@enfam.jus.br

As opiniões expressas pelos autores não refletem, necessariamente, a posição da Enfam.
Esta revista não é comercializada.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ReJuB [recurso eletrônico] : Revista Judicial Brasileira / Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. – Ano 1, n. 1 (jul./dez. 2021)- . – Brasília : Enfam. 2021- .

Semestral.
Disponível em: https://revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/index
ISSN 2764-2704. eISSN 2764-3484.

1. Direito, periódico, Brasil. 2. Poder judiciário, periódico, Brasil. 3. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasil. II. Título.

CDU 340(81)(05)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Roberta Penha e Silva Marins CRB 1/2436

APRESENTAÇÃO

Esta é uma edição especial da Revista Judicial Brasileira – ReJuB, que reúne 16 artigos de juízas e juízes brasileiros selecionados para participar do curso Novas Perspectivas sobre o Combate ao Crime Organizado no Contexto Europeu e Latino-Americano. O evento, realizado em Roma, de 20 a 29 de junho de 2022, foi uma parceria entre a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam e a Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, com o apoio de entidades internacionais.

Com 588 páginas, a primeira edição do ano de 2022 da ReJuB é um compilado de artigos inéditos que foram selecionados, mediante critério duplo-cego, por uma comissão formada pela Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, então corregedora nacional de Justiça; pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, do STJ; pelo Desembargador José Marcos Lunardelli, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região; e pelo Procurador Regional da República Vladimir Aras.

Os candidatos deveriam escrever sobre sociologia do crime organizado e da corrupção no Direito Penal Internacional: crime organizado; corrupção e lavagem de dinheiro; evasão de divisas; *offshores*; cibercriminalidade; e tráfico de drogas, mulheres e crianças. O temário também incluía as experiências italiana e brasileira na luta contra o crime organizado; estratégias de enfrentamento das forças paramilitares e milícias; a liberdade de imprensa e o combate ao crime organizado transnacional; e, ainda, a cooperação internacional: proteção de dados, cooperação policial, cooperação probatória e recuperação de ativos.

Os textos passaram por um rigoroso escrutínio, do ponto de vista temático e também de ordem formal, do que resultaram estudos consistentes sobre temas que foram também abordados pelos expositores destacados para a formação continuada na Itália.

As expectativas foram superadas pelos autores, e temos a alegria de apresentar à magistratura brasileira e à academia um conjunto coeso e substancial de artigos que abordam a importância da liberdade de imprensa para o enfrentamento do crime organizado transnacional; os modernos desafios da lavagem de dinheiro, inclusive quanto à autolavagem e à reciclagem em finanças descentralizadas – DeFi; temas específicos de criminalidade transnacional organizada, como o tráfico de madeira, a colaboração premiada e a ampla defesa; aspectos do Direito Processual Penal Probatório; a proteção de dados no processo penal; a investigação de cibercrimes, assim como a transferência de processos penais no âmbito transnacional; e o atualíssimo debate sobre a regulação de criptoativos.

Para este número da ReJuB, foi essencial o auxílio prestado pela Juíza Federal Cíntia Brunetta, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, como secretária-geral da Enfam. Em seu nome, agradecemos a todos os servidores da Escola.

A Comissão de Seleção

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Ministro Rogerio Schietti Cruz

Desembargador José Marcos Lunardelli

Procurador Regional Vladimir Aras

SUMÁRIO

LIBERDADE DE IMPRENSA E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL 9
ANTÔNIO HENRIQUE CORRÊA DA SILVA
https://orcid.org/0000-0002-0114-5995

CORRUPÇÃO PASSIVA E AUTOLAVAGEM: CONCURSO EFETIVO DE DELITOS OU CONFLITO APARENTE DE NORMAS? 37
MARCELO COSTENARO CAVALI
https://orcid.org/0000-0002-8633-0371

UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO EM MEIO DIGITAL 68
ABHNER YOUSSIF MOTA ARABI
https://orcid.org/0000-0002-8137-7760

TRÁFICO DE MULHERES DO BRASIL À ITÁLIA PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL 107
CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD
https://orcid.org/0000-0003-4401-3439

O "HOMEM DE CONFIANÇA" NO ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO 142
DANIEL MARCHIONATTI BARBOSA
https://orcid.org/0000-0002-2200-9570

LA CONDIVISIONE DELLA FUNZIONE INTERPRETATIVO-CREATIVA DEL GIUDICE COSTITUZIONALE CON IL GIUDICE COMUNE IN ITALIA E IN BRASILE E LA SUA INFLUENZA SUL SISTEMA PENALE ANTICORRUZIONE 174
HUGO ABAS FRAZÃO
https://orcid.org/0000-0003-1511-0010

USO DA "SECONDARY CONFESSION EVIDENCE" NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO 215
GEORGE MARMELSTEIN LIMA
https://orcid.org/0000-0002-1277-3217

A TRANSFERÊNCIA DE PROCESSOS E O COMPARTILHAMENTO DE PROVAS COMO TÉCNICAS PARA A OTIMIZAÇÃO DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL 266
CARLA TERESA BONFADINI DE SÁ
https://orcid.org/0000-0002-2370-9747

A UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL E AO TERRORISMO: LIMITES E PERSPECTIVAS 296
FABIO NUNES DE MARTINO
https://orcid.org/0000-0003-1561-9976

LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO DAS FINANÇAS DESCENTRALIZADAS – DEFI E SUA PREVENÇÃO À LUZ DAS RECOMENDAÇÕES DO GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO – GAFI 339
MATHEUS LOLLI PAZETO
https://orcid.org/0000-0002-0127-1633

CRIPTOATIVOS: CRIPTOGRAFIA DO ANONIMATO E TENTATIVAS DE REGULAÇÃO 374
MARCOS VINICIUS LIPIENSKI
https://orcid.org/0000-0002-3144-745X

O RECONHECIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COMO ESTRUTURA COMPLEXA E ÚNICA DA SOCIEDADE – COMPARATIVO À LEGISLAÇÃO ITALIANA QUE TIPIFICA NOMINALMENTE O PERTENCIMENTO A UMA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 416-BIS) 404
MARIANA PARMEZAN ANNIBAL
https://orcid.org/0000-0003-0913-3953

NOVAS PERSPECTIVAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: INTERAMERICANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL 434
FREDERICO VALDEZ PEREIRA
https://orcid.org/0000-0002-4000-9021

LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O DIREITO À AMPLA DEFESA NA COLABORAÇÃO PREMIADA 469
MARA LINA SILVA DO CARMO
https://orcid.org/0000-0002-2934-4240

CRIMINALIDADE ORGANIZADA NA EXPLORAÇÃO DA MADEIRA NO BRASIL: UM MODUS OPERANDI VOLTADO À ILICITUDE DE ÍNDOLE TRANSNACIONAL 499
MARCELO GUERRA MARTINS
https://orcid.org/0000-0002-3176-229X

A UTILIZAÇÃO DO MALWARE COMO FERRAMENTA DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL NA INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA: UMA REALIDADE NORMATIVA POSSÍVEL? 544
ULISSES AUGUSTO PASCOLATI JUNIOR
https://orcid.org/0000-0003-4647-4028

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.175

LIBERDADE DE IMPRENSA E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

FREEDOM OF THE PRESS AND THE TRANSNATIONAL FIGHTING AGAINST ORGANIZED CRIME

ANTÔNIO HENRIQUE CORRÊA DA SILVA
Juiz federal no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
https://orcid.org/0000-0002-0114-5995

RESUMO

O fenômeno da globalização, observado após o encerramento da Guerra Fria, trouxe consigo a "globalização do crime", elevando a criminalidade organizada a bases transnacionais, sem que o arranjo institucional persecutório tenha se reestruturado à altura de responder ao desafio. A divulgação da magnitude das movimentações financeiras suspeitas nos casos Swiss Leaks e Panama Papers chamou atenção para a emergência do tratamento dessa questão. Nesse contexto, sobreleva em importância a garantia do direito à informação e da imprensa livre, em sua dupla fundamentação (individual e institucional), como meio indispensável de colaboração para a elucidação de ilicitudes, sem perder de vista seus limites e os cuidados para ponderá-la frente a outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: liberdade de imprensa; crime organizado; globalização; liberdade de informação.

ABSTRACT

The phenomenon of globalization, observed in sequence to closure of the Cold War, brought with it the "globalization of crime", raising organized crime to transnational basis, without having been accompanied by the restructuring of the law enforcement system at the height of responding to the challenge. The discovery of the magnitude of suspicious financial transactions in the cases Swiss Leaks and Panama Papers highlighted the emergency of addressing this issue. This context outweighs the importance of the right to information and of the free press, in their double grounding (individual and institutional), as an indispensable mean of cooperation to the elucidation of felony, without losing sight of their limits and the precaution taken to balance them against other fundamental rights.

Keywords: freedom of the press; organized crime; globalization; freedom of information.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O crime organizado em um mundo globalizado e o apagamento das fronteiras; 2.1 A globalização do crime e o desafio de se conferir efetividade à tutela penal punitiva no âmbito dos crimes financeiros transnacionais; 2.2 O caso Swiss Leaks; 2.3 O caso Panama Papers. 3 A liberdade de imprensa, sua fundamentalidade, seus limites e o entrechoque com outros direitos fundamentais e os valores constitucionais. 4 A liberdade de imprensa na perspectiva do combate à criminalidade organizada em escala transnacional. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A união de esforços entre o Estado e a sociedade civil em torno do combate à criminalidade organizada não representa propriamente uma novidade. Porém, o aprofundamento do processo de globalização elevou ao nível mundial esse desafio cuja magnitude, até há pouco tempo, não era conhecida.

Uma ideia acerca do volume de movimentações financeiras transnacionais suspeitas veio a lume com destaque na última década, particularmente em virtude da divulgação dos casos Swiss Leaks e Panama Papers. Esses episódios revelaram o tamanho do problema a ser enfrentado, colocando à mostra contornos absolutamente desafiadores para os estados, em particular, e para a comunidade internacional, como um todo.

O presente artigo pretende abordar, de forma panorâmica, os contornos, as características e as necessidades observáveis no fenômeno, dimensionando a relevância da participação de uma imprensa livre na conjugação de esforços para o combate à criminalidade organizada transnacional, assim como a necessidade de remodelação dos órgãos de persecução para que se dispense o adequado tratamento a essa questão.

2 O CRIME ORGANIZADO EM UM MUNDO GLOBALIZADO E O APAGAMENTO DAS FRONTEIRAS

2.1 A globalização do crime e o desafio de se conferir efetividade à tutela penal punitiva no âmbito dos crimes financeiros transnacionais

O encerramento da Guerra Fria na última década do século XX, aliado à aceleração exponencial do desenvolvimento de novas tecnologias, especificamente na área de produção e de comunicação de dados, abriu margens nunca vistas para a mundialização de todas as atividades humanas. A configuração tradicional da organização dos meios de produção sofreu rápida transformação ao longo dos anos, com a radical mudança no perfil econômico dos países e o deslocamento dos centros de produção. Vários negócios tradicionais deixaram de existir; outros tantos surgiram; zonas industriais mudaram de continente; e a interdependência econômica dos países somente se fez aumentar, na contramão da força que as fronteiras nacionais, outrora expressões máximas de soberania e autodeterminação, foram perdendo.

Como o rearranjo relatado ocorreu na base da organização mundial, é natural supor que o mesmo espaço e as mesmas oportunidades tenham surgido para a expansão das atividades ilícitas, conduzindo a um processo de "globalização do crime". É esse exatamente o título do Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC[1], publicado em 2010 (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, c2010), que busca retratar

[1] Sigla em língua inglesa para United Nations Office on Drugs and Crime.

as mudanças e as ameaças envolvendo as mais diversas atividades criminosas na era da globalização.

As dificuldades apontadas pelo mencionado relatório para que se alcance um nível satisfatório de efetividade no combate à criminalidade organizada transnacional passam pelos seguintes aspectos: (i) deficiência e heterogeneidade (pouca confiabilidade) da informação disponível, prejudicando a formulação de políticas de enfrentamento ao crime transnacional; (ii) manutenção do caráter nacional das organizações destinadas ao combate à criminalidade organizada, com pouco ou nenhum laço de cooperação, e com diferentes prioridades de política de enfrentamento ao crime, desaguando em um jogo desigual, sempre desfavorável às forças de garantia da legalidade (é textualmente observado, nesse sentido, que "apenas intervenções na escala do problema – global – são capazes de ter um efeito sustentável"[2]); (iii) nível insuficiente de regulação dos fluxos comerciais transnacionais, que se dinamizaram mais rapidamente do que a capacidade estatal de gerenciá-los; (iv) o fato de os crimes praticados por essas organizações, em sua maioria, não terem vítimas conscientes dessa condição, o que elimina do cenário um natural colaborador das forças de persecução, dificultando o trabalho de investigação e punição; (v) nas reduzidas hipóteses em que há vítimas bem ajustadas a esse papel social, uma estrutura (própria da "organização" referida) de dissuasão dessas vítimas ao acionamento das autoridades, mediante intimidações e ameaças, passa a atuar; e (vi) as estruturas rígidas e hierarquizadas das máfias tradicionais vêm sendo substituídas por redes fluidas e descentralizadas, aumentando a diversidade, a flexibilidade, a invisibilidade e a longevidade das organizações, facilitando sua rápida

[2] Tradução livre. Texto original: "Only interventions at the scale of the problem – global – are likely to have a sustained effect" (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, c2010, p. v).

substituição em prol da continuidade da atividade ilícita e dificultando sobremaneira seu desmantelamento.

Analisado o problema sob uma ótica econômica, o incentivo ou a ausência de obstáculos à ampliação das atividades criminosas em bases transnacionais, quando não se traduz na exploração direta de pessoa a pessoa, como no caso do tráfico humano, têm, no mínimo, o efeito perverso de ampliar, de modo geral, as condições de pobreza e desigualdade econômica. O dinheiro obtido em atividade ilícita, sempre em montantes consideráveis, em geral é drenado da ciranda econômica de cada país e conduzido a paraísos fiscais, onde passam ou não por processos de "lavagem" para fins de legitimação. Evadem-se divisas e evadem-se, igualmente, receitas tributárias que seriam destinadas ao custeio de políticas públicas de garantia da dignidade humana e de satisfação dos direitos sociais consagrados em favor dos mais despossuídos de recursos e, por consequência, de maior vulnerabilidade.

Mais concentração de renda e menos recursos para a promoção da ascensão social da imensa maioria confinada à situação de pobreza. Essa é a face mais perversa da criminalidade financeira organizada transnacional, o que se traduz na emergência da estruturação e da promoção de mecanismos transnacionais, igualmente ágeis e flexíveis, aptos a proporcionar um adequado enfrentamento a esse tipo de atividade criminosa.

Trata-se de postulado não apenas da legalidade e da proteção da higidez do sistema jurídico, mas também da igualdade e da subjacente ideia de justiça, uma vez que a evasão financeira e fiscal de uma elite econômica mundial, a despeito de sua inquestionável capacidade contributiva, termina por perpetuar a desigualdade e a indignidade que vitima a maior parte da população mundial.

A nocividade dessa espécie de crime, sob todos os aspectos mencionados, é bem ilustrada por dois casos concretos relativamente recentes: o caso Swiss Leaks e o caso Panama Papers, ambos reveladores dos contornos dos mecanismos internacionais de criminalidade financeira e trazidos à luz pela atuação notável de órgãos de imprensa. Os detalhes desses casos serão apresentados nas seções seguintes.

2.2 O caso Swiss Leaks

Em fevereiro de 2015, o Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos – Icij, na sigla em inglês[3], publicou uma reportagem intitulada Swiss Leaks: dinheiro escuso protegido pelo sigilo fiscal (SWISS..., 2015), ponto culminante de investigação jornalística que envolveu mais de 140 profissionais em 45 países, e revelou um esquema de evasão fiscal envolvendo o banco britânico HSBC, através de sua subsidiária suíça, que envolveu a movimentação de 180,6 bilhões de euros por mais de 100,000 clientes e 20,000 empresas *offshore* entre novembro de 2006 e março de 2007.

Os mais de 60 mil arquivos que embasaram a reportagem foram furtados do HSBC por um ex-funcionário, entregues a autoridades da França no fim de 2008 e repassados ao Icij por intermédio do jornal francês Le Monde. As movimentações envolviam políticos, figuras públicas e líderes empresariais, além de traficantes de drogas e armas, e financiadores de organizações terroristas, de mais de 200 países. Apenas 65 nomes foram revelados de acordo com o critério de "interesse público" adotado pelo consórcio (FERREIRA, 2015).

O caso expôs a existência de contas em nome de pessoas com notório envolvimento em crimes e iniciou uma discussão sobre o sigilo

[3] Sigla em língua inglesa para International Consortium of Investigative Journalists.

bancário e os mecanismos de controle utilizados pelas instituições financeiras para um mínimo de filtragem sobre as informações pertinentes aos titulares de ativos financeiros. O banco HSBC, o segundo maior do mundo, teve não apenas ciência, mas parece ter adotado uma posição de encorajar as fraudes fiscais cometidas em sua representação de Genebra.

Como consequência da série de reportagens, na França, primeiro país cujas autoridades trataram o material, houve uma regularização fiscal por parte da maioria dos cidadãos franceses envolvidos, tendo havido instauração de processo contra 72 cidadãos (DAVET; LHOMME; MICHEL, 2015).

Segundo Ferreira (2015), o Brasil foi colocado em 9º lugar entre os países com a maior movimentação de dinheiro, com cerca de 7 bilhões de euros, e em 4º lugar em número de correntistas (6.606 contas).

Embora as reportagens, de modo geral, tenham adotado um tom de cautela em relação à origem ilícita dos depósitos encontrados, a série de reportagens destacou-se pelo volume movimentado; pela atividade notoriamente ilícita por que eram conhecidos alguns dos correntistas; e pela frouxidão dos controles estatais e bancários quanto à movimentação financeira transnacional, gerando debates em torno de temas como concentração de renda e evasão fiscal.

2.3 O caso Panama Papers

A partir de abril de 2016, o mesmo Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos, congregando mais de 100 jornais em todo o mundo, passou a publicar uma série de reportagens que inauguraria um capítulo inédito na exposição da fraude financeira e da corrupção

política em escala global. O caso Panama Papers foi intitulado "investigação da década" pela revista Press Gazette, tendo sido premiada com o Brittish Journalism Awards. O esforço transnacional de apuração jornalística contou com a participação de 376 jornalistas de 109 veículos em 76 países (PANAMA..., 2022).

O material examinado foi obtido originalmente pelo jornal alemão Süddeutsche Zeitung, por meio de uma fonte anônima, sendo composto de cerca de 11,5 milhões de arquivos, do período de 1977 a 2015, que foram analisados secretamente ao longo de mais de um ano. Os arquivos pertenciam ao escritório de advocacia Mossack Fonseca, especializado em abrir e gerenciar empresas *offshore*, com sede no Panamá e representações em Hong Kong, em Zurique e dezenas de outros lugares.

A análise identificou informações sobre 214.488 empresas *offshore* conectadas a pessoas de mais de 200 países e territórios e contidas em *e-mails*, planilhas financeiras, passaportes e registros corporativos que revelavam os donos ocultos de contas bancárias e empresas em 21 paraísos fiscais. Dessas empresas, 1.700 pertenciam a pessoas residentes no Brasil, sendo 107 relacionadas à chamada Operação Lava Jato. Os parceiros brasileiros do esforço jornalístico foram o jornalista Fernando Rodrigues, do Poder360, a Rede TV e o Estado de São Paulo (RODRIGUES, 2016).

Os crimes revelados pela investigação incluem a suspeita de uso de *offshores* para enviar remessas ilegais de dinheiro para fora dos países; para intermediar transferências financeiras ilícitas entre autoridades, empresários e até celebridades; e para operar a venda de empresas e estabelecimentos com evasão tributária e à margem dos mecanismos de controle.

O impacto mundial da série de reportagens foi inédito, tendo redundado na queda e na acusação de políticos de alto gabarito, tais como o primeiro-ministro da Islândia – após enfrentar protestos populares em que as pessoas atiravam bananas e iogurte – e dirigentes da Mongólia, da Espanha e de outros países. Em 2017, a Suprema Corte do Paquistão removeu o primeiro-ministro que há mais tempo servia na história do país, como resultado de investigações baseadas na série de reportagens, tendo ele sido sentenciado a dez anos de prisão e à multa superior a US$ 10 milhões, um ano após.

No campo legislativo, as reportagens impulsionaram a criminalização de advogados por não reportarem a evasão fiscal de seus clientes no Reino Unido. Em Gana, uma nova legislação de 2017 passou a obrigar os donos de empresas a se identificarem, juntando-se a mais 80 países com normas similares. Nos Estados Unidos, o caso impulsionou a aprovação da Lei de Transparência Corporativa[4], que obriga os proprietários de empresas americanas a revelar suas identidades ao Departamento do Tesouro, o que é considerada a maior reforma da legislação de combate à lavagem de dinheiro no país desde a legislação após os ataques de 11 de setembro de 2001 (FITZGIBBON; HUDSON, 2021).

Mesmo o Panamá, que inicialmente classificou os Panama Papers como uma campanha para macular a reputação do país, recentemente assinou uma convenção internacional para partilhar informações sobre contribuintes com outras nações.

Cinco anos após a publicação da primeira reportagem, no mês de março de 2021, a repercussão do caso ainda era grande e gerava consequências, sendo referenciado como justificativa: a apresentação

[4] Tradução livre. Texto original: Corporate Transparency Act.

de acusação criminal contra o chefe de gabinete do ex-primeiro ministro de Malta; o indeferimento da tentativa de sustação das investigações por candidato presidencial do Peru; a justificativa da contratação de novos empregados no Ministério da Economia da Dinamarca; e a motivação para elaborar dois projetos de lei para a prevenção de crimes financeiros e de fraude política nos Estados Unidos (FITZGIBBON; HUDSON, 2021).

No aspecto financeiro, ainda segundo Fitzgibbon e Hudson (2021), foram recuperados mais de 1,36 bilhão de dólares americanos em impostos sonegados, multas e penalidades.

No âmbito da sociedade civil, o caso inspirou movimentos pela adoção de padrões mais rígidos de transparência e responsabilidade financeira, que vem continuamente impactando o desenvolvimento institucional e legislativo e despertando o senso de prioridade para o enfrentamento do problema.

3 A LIBERDADE DE IMPRENSA, SUA FUNDAMENTALIDADE, SEUS LIMITES E O ENTRECHOQUE COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VALORES CONSTITUCIONAIS

A afirmação da liberdade de imprensa como direito fundamental é algo marcadamente intuitivo, não oferecendo grandes dúvidas, de forma geral. A estatura jurídica e a extensão de importância desse cânone são fortemente explicadas pela dupla raiz de sua concepção. Por um lado, tal direito está ancorado na vertente iluminista e jusracionalista, revelando-se como expressão específica da liberdade individual de manifestação do pensamento, uma das dimensões da personalidade humana. Por outro lado, revela-se a dimensão institucional-coletiva do direito fundamental, qualificada como norma

fundamental da liberdade público-institucional de expressão, com reforço à ideia de não suscetibilidade, *a priori*, ao controle ou à restrição estatal de qualquer espécie. Essa segunda dimensão posicionaria os órgãos de imprensa ao lado de partidos políticos e outras entidades da sociedade civil, como veículos assecuratórios do pluralismo político e, em última instância, fiadores do próprio regime democrático.

Andrade (1997, p. 27) bem ilustra o ressoar e a prevalência dessa dimensão público-institucional na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, ao sintetizar:

> [...] é essa, no essencial, a lição que pode colher-se na jurisprudência relativamente constante e estabilizada do Tribunal Constitucional Federal alemão. Isso pese embora a frequência com que nos seus arestos abundam expressões como "instituto da imprensa livre", "o instituto, imprensa livre", "a independência institucional da imprensa (institutionelle Eigenständigkeit der Presse)", a denotar um aparente privilégio da dimensão institucional. Nesta linha, o tribunal chega mesmo a falar (decisão de 6 de outubro de 1959) da "garantia institucional da imprensa como um dos portadores e difusores da opinião pública no interesse de uma democracia livre", associando-lhe o regime próprio de um direito fundamental. Apesar disto, e ao mesmo tempo, não deixa aquele tribunal pôr em evidência o significado privilegiado da referência pessoal como uma das duas colunas sobre que assenta a liberdade de imprensa.

O autor destaca, de igual maneira, a plena aplicabilidade do direito, nessa extensão, ao regime dos arts. 37 e 38, da Constituição da República Portuguesa[5]. Menciona também a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, de 12 de dezembro de 1986, a respeito do objetivo que tem esse cânone de:

[5] "Art. 37. Liberdade de expressão e informação
1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de Direito Criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.
Art. 38. Liberdade de imprensa e meios de comunicação social
1. É garantida a liberdade de imprensa.
2. A liberdade de imprensa implica:
a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respetivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;
b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à proteção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redação;
c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.
3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.
4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.
5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão.
6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do setor público devem salvaguardar a sua independência perante o governo, a administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião.
7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei." (PORTUGAL, 2005).

> [...] garantir um interesse constitucional: a formação e a existência de uma opinião pública livre, garantia que se reveste de uma especial transcendência já que, por ser uma condição prévia e necessária para o exercício de outros direitos inerentes ao funcionamento de um sistema democrático, converte-se, por sua vez, em um dos pilares de uma sociedade livre e democrática. (ANDRADE, 1997, p. 29).

A Constituição brasileira evidencia esse caráter dúplice da garantia ao consagrar o direito de acesso à informação e ao sigilo da fonte como direito individual fundamental (art. 5º, XIV), e ao dedicar todo o Capítulo V, do Título VIII (arts. 220 a 224) à Comunicação Social, evidenciando a relevância dos órgãos de imprensa no arranjo institucional de Estado-sociedade por ela propugnado (BRASIL, 1988).

Afinal, tutela a Constituição do Brasil a liberdade de informação – nas modalidades de informar (conectada à liberdade de manifestação do pensamento) e ser informado – e o direito coletivo à informação, previstos em seu art. 5º, *caput*, e incisos IV, XIV e XXXIII[6] c/c art. 220, *caput,* e §§ 1º e 2º, sendo certo, por outro lado, que em seu art. 139, inciso III[7], somente admite que sejam tomadas contra as pessoas restrições

[6] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...]
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
[...]
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;" (BRASIL, 1988).

[7] "Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:
[...]
III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;" (BRASIL, 1988).

relativas à prestação de informações e à liberdade de imprensa na vigência de estado de sítio, haja vista que, nas palavras do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal – STF brasileiro:

> [...] *O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta*. Com essa vedação, o constituinte pretendeu tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

O reconhecimento relativamente descomplicado do caráter fundamental da liberdade de imprensa, quando isoladamente considerada, não tarda a ingressar em ambiente de tensão e entrechoque com outros direitos fundamentais, logo que considerada a partir do sistema jurídico em que está inserida. De fato, o exercício amplo da liberdade de imprensa tem como resultado prático a exposição de fatos e atos capazes de despertar o interesse dos destinatários da notícia, o que não raro pode representar agravo a outro indivíduo ou à própria entidade estatal. A atuação da imprensa em prol da transparência na administração pública, por exemplo, revelando escândalos de corrupção e esclarecendo o público quanto à atuação de seus dirigentes, é a face mais contundente desse potencial. A devassa na vida de celebridades e pessoas conhecidas do grande público oferecem igual potencial de tensão, fincando na trilha da liberdade de imprensa questões envolvendo a honra, a intimidade, a dignidade, o sigilo, o esquecimento e outros bens jurídicos igualmente tutelados pelo ordenamento.

Isso somado ao reconhecimento da própria falibilidade dos agentes de imprensa; à sua suscetibilidade aos mais diversos interesses, nem sempre legítimos; e à possibilidade de seu abuso, como no caso da disseminação de notícias falsas, põe sobre a mesa a questão essencial

sobre os limites intrínsecos desse direito fundamental e sobre como resolver o conflito com outros direitos de igual estatura.

A primeira e mais difundida colisão possível com a liberdade de imprensa dá-se com os direitos à honra, à privacidade e à intimidade. Com efeito, qualquer reportagem que se produza, em relação à pessoa natural ou jurídica, apresenta o potencial, mais ou menos agudizado, de arranhar aspectos relativos à dimensão estritamente pessoal de quem seja objeto da notícia.

O ponto de partida hermenêutico é, no caso brasileiro, dado pelo próprio STF, para quem:

> [...] os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (BRASIL, 2009, p. 15).

Dessa perspectiva, não destoa a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, assim sintetizada por Renucci (2005, p. 24), no que diz respeito à preeminência do princípio da liberdade

de informação, consagrado no art. 10[8], da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sobre outros direitos de igual estatura:

> A afirmação de um tal princípio implica abolição de todos os sistemas de autorização ou censura prévia. O conteúdo da mensagem deve ser livre, e liberdade de informação deve normalmente impedir a interferência de autoridades públicas. A natureza pluralista e objetiva da informação requer uma tal política, qualquer que seja o meio informativo ou o conteúdo da mensagem, o qual pode possivelmente ofender certas convicções ou crenças. A força da liberdade de informação é tamanha que geralmente ganha precedência quando sopesada em face de outros direitos protegidos pela convenção, tais como o direito ao respeito pela vida privada ou a presunção de inocência. (RENUCCI, 2005, p. 24, tradução nossa).

A ponderação a ser adotada de modo a preservar o núcleo essencial de ambos os direitos em conflito deve, em primeira linha, delimitar e classificar cada um dos fatos abordados na atividade jornalística, de acordo com o grau e a natureza do interesse que possam despertar. Haverá, assim, a esfera dos fatos de interesse estritamente privado – despidos de qualquer relevância comunitária – e, do outro lado, dos fatos de interesse nitidamente coletivo. Os primeiros tenderão a posicionar-se sob a proteção da privacidade, enquanto os

8 "Art. 10. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial." (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 2020).

segundos se resguardarão sob o manto da liberdade de imprensa. A zona cinzenta que possa entremear esses campos provavelmente não será desprezível, o que torna essa primeira delimitação insuficiente para a finalidade propugnada.

Um outro recorte pode ser feito em linha com o exaurimento do interesse público ou comunitário antes existente, em função de fatores como o decurso do tempo. Assim, o chamado direito ao esquecimento – densificado no âmbito penal na situação do indivíduo que, condenado por um crime, tenha cumprido integralmente sua pena – faz cessar a proteção da liberdade de imprensa, estabelecendo uma tendência clara ao resguardo da privacidade, como um campo necessário para o "recomeço" que cada um merece, após ter saldado suas contas com a Justiça Penal.

Outro critério necessário para o temperamento da ação jornalística é o da proporcionalidade, na ideia de que:

> [...] a intromissão na esfera pessoal não deve ir para além do que é exigido para uma satisfação adequada do interesse da informação; por outro lado, as desvantagens decorrentes (do tratamento jornalístico) para o agente do crime tem de ser ajustadamente proporcionadas à gravidade do crime e ao seu significado geral para o público. (ANDRADE, 1997, p. 43).

A esse respeito, a propósito do caso Swiss Leaks*,* a Diretora-Adjunta do Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos – Icij, Marina Walker Guevara, em entrevista ao jornal brasileiro O Globo, ao ser indagada sobre a razão pela qual não teria sido divulgada a lista completa de correntistas secretos do HSBC, respondeu:

> [...] divulgar a lista toda não seria fazer jornalismo. O trabalho do repórter é justamente pegar essa base de dados e aplicar sobre ela critérios de interesse público, avaliando que pessoas devem entrar em reportagens e que pessoas não precisam ser expostas. O mais importante é entender o que chamamos de esquemas sistêmicos. Nós do Icij estamos interessados em saber como traficantes de drogas e vendedores de diamantes usavam o banco, por exemplo. (GUEVARA, 2015).

Tem-se nesse posicionamento um claro indicativo do uso da proporcionalidade no trabalho jornalístico, de modo a prevenir colisões *in concreto* com outros direitos fundamentais. Evidente que sempre pode haver questionamento sobre a legitimação dos órgãos jornalísticos para definir o que seja ou não "de interesse público", mas o dado objetivo é que a autocontenção é bem-vinda e aponta em direção da paz sistemática que deve marcar a coexistência de direitos fundamentais.

Por fim, mas não menos importante, há que se estabelecer a devida efetividade do princípio da presunção de inocência, não apenas através da linguagem jornalística utilizada (que deve referir-se a "supostos" crimes; "suspeito"; "alegado" envolvimento, quando os fatos ainda estão em fase investigatória), mas no devido destaque aos pontos obscuros da investigação e à versão dos acusados, que deve sempre ser contemplada nas reportagens. O controle judicial nesse campo, preservando o essencial da divulgação da notícia, face à impossibilidade de censura prévia, deve desenvolver-se através do manejo de instrumentos como o direito de resposta, visando ao suprimento de eventuais lacunas, evitando incorrer, pura e simplesmente, na supressão da reportagem classificável como "tendenciosa".

4 A LIBERDADE DE IMPRENSA NA PERSPECTIVA DO COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA EM ESCALA TRANSNACIONAL

Inobstante os avanços alcançados na última década, a organização institucional dos órgãos responsáveis pela persecução penal, e sua integração nos mais diversos países, ainda está muito aquém do que seria necessário para o combate minimamente efetivo à criminalidade organizada em escala transnacional. Esta tende a ignorar fronteiras e espraiar-se para os lugares mais receptivos em termos de garantia de discrição e clandestinidade para suas atividades. Nas palavras de Franco (1994, apud SEQUEIRA, 1996, p. 263), o crime organizado, por sua peculiar conformação:

> [...] não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intricado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado.

Se tais dificuldades apresentam-se internamente, tanto mais se farão sentir no âmbito transnacional.

Embora se esteja a testemunhar um movimento global no sentido da ampliação da esfera de cooperação para fins de persecução penal e controle fiscal, bem como a adoção de padrões de transparência e controle mais rígidos por parte dos tradicionais paraísos fiscais[9], seria ingênuo não constatar o abismo ainda existente entre essa lenta, tortuosa e oscilante engenharia e a agilidade das organizações criminosas em (re)moldar seus esquemas a cada movimento percebido do "outro lado".

Os ajustes a serem feitos nas estruturas de persecução penal existentes para o enfrentamento desse tipo de criminalidade devem voltar-se, portanto, ao saneamento de sua insuficiência estrutural e à promoção de seu caráter transnacional, de modo a conferir aos agentes estatais as ferramentas necessárias ao combate minimamente efetivo a tal criminalidade.

O papel da imprensa, por sua vez, no cenário que ficou desenhado, tem sua importância sensivelmente ampliada, visto que a plasticidade e a agilidade da investigação jornalística permitem uma atuação transfronteiriça muito mais rápida e eficaz que aquela desempenhada em nível institucional, viabilizando antecipar determinados fatos

[9] Por exemplo, nos Estados Unidos, o relatório pertinente à aplicação da Lei de Conformidade Tributária de Contas Estrangeiras – Fatca de 2016, na perspectiva dos efeitos do caso Panama Papers, aponta: (i) a formulação de acordo de não persecução penal com 80 bancos suíços, como contrapartida do pagamento de U$250 milhões em penalidades, da abertura de informações, do engajamento na cooperação na requisição de informações e do compromisso de fechamento de contas dos que não se adequarem às regras americanas de *compliance* financeiro; (ii) o número recorde de americanos regularizando suas obrigações de transparência financeira e fiscal; e (iii) o número recorde de americanos renunciando sua cidadania com o propósito de escapar ao controle fiscal dos Estados Unidos, dentre outras medidas (BURTON, 2016, p. 21-26). Na Nova Zelândia, as modificações legislativas editadas em 21 de fevereiro de 2017, baseadas no relatório do especialista John Shewan, reverteram a condição de paraíso fiscal atribuída ao país desde a reforma legislativa liberalizante de 1988, conduzindo a padrões mais rígidos de transparência e controle financeiros, mesmo ao custo previsto de evasão de capitais (LITTLEWOOD, 2017, p. 59-90).

relevantes e deixar traçadas as linhas de investigação a serem trilhadas pelos oficiais da persecução penal.

A inserção da imprensa tradicional na complexa rede de mídias sociais, a despeito dos riscos que possa apresentar, tem sido um elemento impulsionador da investigação jornalística ao propiciar aos veículos tradicionais informação instantânea, encriptada, de largo alcance e com potencial multiplicador. Quando uma notícia de corrupção ou de prática de qualquer outro crime é postada nas redes sociais, o retorno em novas denúncias por parte de possíveis outras vítimas do mesmo criminoso ou da organização torna-se muito mais provável[10].

Por outro lado, não se pode deixar de acentuar a preocupação de que esse cenário possa favorecer a consolidação de injustiças, na medida em que a institucionalidade não esteja suficientemente estruturada para confirmar ou não a versão apurada jornalisticamente. Diferentemente de casos paradigmáticos de erro jornalístico a respeito de apuração criminal, na dimensão transnacional, a capacidade institucional de confirmar ou não a versão jornalisticamente apurada é comparativamente menor, o que pode deixar os órgãos de persecução demasiadamente dependentes dos elementos fornecidos pela mídia, terminando por conduzir uma investigação enviesada e mais suscetível ao erro. Por isso, a preocupação em relação à influência da mídia sobre a imparcialidade judicial ganha contornos particularmente dramáticos, exigindo redobrado cuidado na consideração e na confirmação dos fatos apurados, sob pena de perpetuar-se o "linchamento moral" a que

[10] Como exemplos, Trautman (2017, p. 859) menciona a atuação do ativista anticorrupção russo Alexey Navalny, ao postar suas suspeitas de superfaturamento na compra de gás pela estatal russa de petróleo, posteriormente confirmada por investigação oficial; ou o *site* indiano IPaidABribe.com, que, nos primeiros seis meses de operação, recebeu mais de cinco mil relatos de pagamento de propina.

algum acusado tenha sido eventualmente submetido em função de massiva divulgação midiática a determinada investigação.

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, é forçoso concluir:

a) A "globalização do crime" é tendência irrefreável, decorrente do próprio processo de globalização geral, e deve ser respondido através da internacionalização dos mecanismos de persecução penal e de combate ao crime organizado, mediante reforço dos laços de intercâmbio de informações e de cooperação policial e judicial; uniformização de políticas e prioridades em matéria de segurança pública; moldagem de estruturas persecutórias flexíveis, ágeis e tecnologicamente aparatadas;

b) A promoção de mecanismos eficazes e efetivos de combate à criminalidade organizada transnacional homenageia não apenas a legalidade, mas também a igualdade, visto que os crimes financeiros em escala mundial drenam recursos essenciais à concretização de políticas públicas de promoção social;

c) Os casos Swiss Leaks e Panama Papers tiveram o mérito de revelar a magnitude dos crimes financeiros em escala transnacional; de impulsionar o aperfeiçoamento da legislação de controle em nível mundial; e de incentivar os países outrora conhecidos como "paraísos fiscais" a adotar padrões mais rígidos de transparência e *compliance* – porém trata-se apenas de um bom começo, e, inclusive, atrasado

em comparação com a velocidade de atuação de referidos criminosos;

d) No Brasil e na Europa, a liberdade de imprensa e de difusão e o acesso à informação vêm sendo concebidos como sobredireito, dotados de preeminência sobre direitos de igual estatura, dada a sua natureza dúplice, de um lado como manifestação da liberdade individual de expressão, e de outro como instituições essenciais à formação da opinião pública livre, garantidora do pluralismo e do controle da ação do Estado;

e) A ponderação da liberdade de imprensa frente aos direitos à honra, à vida privada e à intimidade, a par de excluir qualquer tipo de censura prévia, deve ser moldada pela natureza do interesse despertado pela notícia (coletivo ou privado); pelo exaurimento do interesse coletivo face ao decurso do tempo (direito ao esquecimento); pela proporcionalidade da exposição midiática; e pelos reclamos da presunção de inocência;

f) A integração dos órgãos jornalísticos ao esforço de apuração dos crimes transnacionais é desejável, como forma de suprir as deficiências estruturais e funcionais dos órgãos públicos dotados dessa competência, devendo, porém, ser redobrados os cuidados com os vieses que essa atuação possa despertar, e dos riscos conexos de "erros de julgamento" e "linchamentos morais".

O caminhar das sociedades livres jamais foi o mais tranquilo e, em geral, paga-se um preço relativamente alto pela preservação de amplas esferas de liberdade em favor de cada um dos indivíduos. Todavia, é

dessa mesma liberdade, e do pluralismo dela indissociável, que provém a força de resistência, não apenas contra os arroubos autoritários dos governantes de momento como contra o toque degenerante da atividade criminosa. A existência de órgãos de imprensa livres, ao lado de agentes estatais autônomos e profissionais, constitui garantias de que o tecido social estará protegido contra tudo aquilo que pode destruí-lo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. Liberdade de imprensa e tutela penal da privacidade: a experiência portuguesa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 25-57, out./dez. 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 208, p. 14-16, 6 nov. 2009. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20091105_208.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Data n. 75/DF. "Habeas Data". Natureza jurídica. Regime do poder visível como pressuposto da ordem democrática. A jurisdição constitucional das liberdades. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de outubro de 2006. **Informativo STF**, Brasília, DF, n. 446, out. 2006. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo446.htm#transcricao2. Acesso em: 10 mar. 2022.

BURTON, Brian D. FATCA 2016 update: the Panama papers and beyond. **Taxes The Tax Magazine**, Chicago, v. 94, n. 7, p. 21-26, July 2016.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950, Roma. **Convenção** [...]. Strasbourg: ECHR; COE, 2020. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

DAVET, Gérard; LHOMME, Fabrice; MICHEL, Serge. SwissLeaks: the backstory of a worldwide investigation. **Le Monde**, Paris, 18 Feb. 2015. Disponível em: https://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/11/07/swissleaks-the-backstory-of-a-worldwide-investigation_4572334_4862750.html. Acesso em: 10 mar. 2022.

FERREIRA, Luiz Cláudio. Swiss Leaks: entenda a fraude fiscal no HSBC. **Portal EBC**, Brasília, DF, 20 fev. 2015. Disponível em: https://memoria.ebc.com.br/noticias/2015/02/swiss-leaks-entenda-fraude-fiscal-no-hsbc. Acesso em: 10 mar. 2022.

FITZGIBBON, Will; HUDSON, Michael. Five years later, Panama Papers still having a big impact. **International Consortium of Investigative Journalists**, Washington, D. C., 3 Apr. 2021. Disponível em: https://www.icij.org/investigations/panama-papers/five-years-later-panama-papers-still-having-a-big-impact/. Acesso em: 10 mar. 2022.

GUEVARA, Marina Walker. Há interesse público na revelação de contas do HSBC na Suíça. [Entrevista cedida a] Fernando Rodrigues. **UOL**, [*s. l.*], 22 mar. 2015. Disponível em: https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/03/22/ha-interesse-publico-na-revelacao-de-contas-do-hsbc-da-suica/. Acesso em: 10 mar. 2022.

LITTLEWOOD, Michael. Foreign Trusts, the Panama Papers and the Shewan Report. **New Zealand Law Review**, Auckland, n. 1, p. 59-90, Jan. 2017.

PANAMA Papers são nomeados "investigação da década". **Poder360**, [*s. l.*], 12 jan. 2022. Disponível em: https://www.poder360.com.br/midia/panama-papers-sao-nomeados-investigacao-da-decada/. Acesso em: 10 mar. 2022.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**: VII Revisão Constitucional, [2005]. Lisboa: Assembleia da República, 2005. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 14 mar. 2022.

RENUCCI, Jean François. **Introduction to the European Convention on Human Rights**: the rights guaranteed and the protection mechanism. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005.

RODRIGUES, Fernando. Saiba como foi feita a série Panama Papers. **UOL**, [*s. l.*], 3 abr. 2016. Disponível em: https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/03/saiba-como-foi-feita-a-serie-panama-papers/. Acesso em: 10 mar. 2022.

SEQUEIRA, Carlos Antonio Guimarães de. Crime organizado: aspectos nacionais e internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 260-290, out./dez. 1996.

SWISS Leaks: Murky Cash sheltered by Bank Secrecy. **International Consortium of Investigative Journalists**, Washington, D.C., 2015. Disponível em: https://www.icij.org/investigations/swiss-leaks/. Acesso em: 10 mar. 2022.

TRAUTMAN, Lawrence J. Following the money: lessons from the Panama Papers: part 1: tip of the iceberg. **Penn State Law Review**, University Park, PA, v. 121, n. 3, p. 807-874, 12 May 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **The globalization of crime**: a transnational organized crime threat assessment. Vienna: United Nations publication, c2010. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//noticias/2010/06/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.177

CORRUPÇÃO PASSIVA E AUTOLAVAGEM: CONCURSO EFETIVO DE DELITOS OU CONFLITO APARENTE DE NORMAS?

PASSIVE BRIBERY AND SELF-MONEY LAUNDERING: CONFLICT OF NORMS OR LEGITIMATE OVERLAPPING OF CRIMINAL OFFENSES?

MARCELO COSTENARO CAVALI

Professor de pós-graduação em sentido estrito na Fundação Getulio Vargas – FGV/SP e na Universidade Nove de Julho. Pesquisador de pós-doutorado na Harvard Law School. Visiting Scholar na Columbia Law School. Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra. Juiz auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça.

https://orcid.org/0000-0002-8633-0371

RESUMO

Corrupção e lavagem de dinheiro são crimes umbilicalmente associados. É comum que o próprio pagamento da propina seja revestido de estratégias voltadas a dificultar a sua identificação pelas autoridades públicas. Nos casos em que a vantagem indevida é recebida pelo funcionário público de modo dissimulado, com aparência de legitimidade ou com especiais requintes de ocultação, a doutrina se divide entre reconhecer a existência de um único crime de corrupção passiva ou de concurso efetivo entre a corrupção passiva e a lavagem de dinheiro. O objetivo deste artigo é sugerir critérios de resolução desses casos. Para tanto, propõe-se, ainda, a afastar a ideia de que, para serem puníveis, atos de lavagem de dinheiro precisam ser praticados somente após a consumação da corrupção passiva.

Palavras-chave: corrupção passiva; lavagem de dinheiro; concurso aparente de normas; concurso de crimes.

ABSTRACT

Corruption and money laundering are crimes inextricably linked. Usually the payment of bribes is disguised by strategies aimed at making it difficult for public authorities to identify them. In cases in which the bribe is received by the corrupt public official in a disguised way, with the appearance of legitimacy, or with special concealment refinements, some authors recognize the existence of a single crime of passive bribery while others admit an effective overlapping of passive bribery and money laundering. The purpose of this article is to suggest criteria for solving these cases. To this end, it also proposes to dispel the idea that, to be punishable, money laundering acts need to be practiced only after the receivement of the bribe.

Keywords: passive bribery; money laundering; apparent conflict of norms; overlapping of criminal offenses.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Lavagem de dinheiro e expansão do Direito Penal Econômico; 2.1 Primeira premissa: a política antilavagem de dinheiro tem especial foco no produto da corrupção; 2.2 Segunda premissa: a lavagem de dinheiro possui autonomia em relação à infração penal antecedente; 2.3 Terceira premissa: a legislação brasileira não veda a punição da autolavagem; 2.4 Quarta premissa: a criminalização da lavagem de dinheiro tutela, essencialmente, a administração da

Justiça. 3 Desfazendo um mito: a lavagem de dinheiro não pressupõe a consumação anterior da corrupção passiva; 3.1 A lavagem de dinheiro prescinde de uma infração penal cronologicamente antecedente; 3.2 O recebimento indireto da vantagem indevida na corrupção passiva. 4 Concurso efetivo de delitos e conflito aparente de normas; 4.1 Concurso efetivo (formal e material) de delitos; 4.2 Conflito aparente de normas; 4.3 Proposta de solução. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Há uma relação simbiótica entre lavagem de dinheiro e corrupção (CHAIKIN; SHARMAN, 2009, p. 1). Por diversas razões, esses crimes estão permanente e umbilicalmente associados. Os delitos se reforçam reciprocamente: de um lado, a corrupção produz elevados ganhos, cuja origem criminosa precisa ser dissimulada para evitar os riscos de sua detecção pelas autoridades públicas; de outro, vantagens ilícitas são pagas para corromper os próprios responsáveis por sistemas antilavagem de dinheiro (CHAIKIN, 2008, p. 274). A existência de corrupção aumenta a quantidade de dinheiro sujo na economia formal (MENDES; OLIVEIRA, 2013, p. 55-61). Os lavadores de dinheiro atualizam seus métodos, criando estruturas complexas para atender clientes mais sofisticados, políticos e outros funcionários públicos corruptos que desviam e se apropriam de altas somas do erário.

No caso da corrupção passiva, especialmente quando o valor da propina recebido pelo funcionário público é elevado, a necessidade de afastar o dinheiro de sua origem criminosa é quase imperativa. Os ganhos regulares dos agentes públicos estão sujeitos, quando comparados aos demais cidadãos, a um escrutínio especial, o que torna mais arriscado o recebimento da vantagem indevida sem a realização de algum procedimento voltado a escamotear sua procedência ilícita.

Essa relação simbiótica produz, por vezes, imputações de lavagem de dinheiro e corrupção passiva contra o mesmo acusado. Coloca-se, então, a controversa questão de saber qual a responsabilidade penal do corrupto que escamoteia a origem ilícita da propina recebida[1].

Pensemos em dois problemas concretos a serem respondidos ao fim do artigo. No primeiro caso, o corrupto acerta o recebimento da propina em diversas parcelas, declaradas aos órgãos públicos como pagamentos por supostos serviços de consultoria. No segundo exemplo, o recebimento da propina ocorre em uma conta mantida no exterior, de titularidade de empresa *offshore*, administrada por um "testa-de-ferro".

Este funcionário público cometeria apenas o crime de corrupção passiva, não havendo lavagem de dinheiro? Ou o delito de lavagem de dinheiro seria consumido/absorvido pelo de corrupção passiva? Ou estaríamos diante de um concurso formal ou material de delitos?

O presente artigo tem dois objetivos. O primeiro é afastar a ideia de que somente são puníveis atos de lavagem de dinheiro praticados após a consumação da corrupção passiva. O segundo objetivo é o de apontar critérios para distinguir casos em que, além da corrupção passiva, o corrupto deve ser punido, também, por lavagem de dinheiro.

[1] O artigo não tem por objeto o delito de corrupção ativa (CP, art. 333) (BRASIL, 1940), na medida em que se concorda com a assertiva de Brandão (2021a, p. 902), para quem "a corrupção ativa é, por definição, insuscetível de gerar vantagens aptas a serem lavadas. Nesta modalidade de corrupção, o corruptor abre mão do bem que forma o suborno, pelo que, como é óbvio, deixa essa vantagem de poder ser lavada em seu benefício".

2 LAVAGEM DE DINHEIRO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Para atingir os objetivos propostos, é necessário estabelecer antes algumas premissas que orientarão a interpretação dos tipos penais da Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998). Tais premissas se inserem no contexto de uma política criminal expansiva da lavagem de dinheiro, delito especialmente vocacionado para a punição eficaz da criminalidade econômica.

2.1 Primeira premissa: a política antilavagem de dinheiro tem especial foco no produto da corrupção

No seu nascedouro na década de 1980, a criminalização da lavagem de dinheiro teve por objetivo impedir a utilização dos produtos ilícitos decorrentes da atuação de organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas[2]. A criação do delito se deu a partir da constatação de que as ferramentas clássicas de combate à criminalidade organizada se mostravam claramente insuficientes (STESSENS, 2000, p. 9).

Porém, desde a própria fundação do sistema bancário, a história traz diversos exemplos ilustrativos de complexos esquemas dirigidos à ocultação do produto de outros crimes, como a corrupção de funcionários públicos (BLANCO CORDERO, 2012, p. 53). Com isso em mente, a política antilavagem de dinheiro se expandiu, em documentos internacionais, para atingir os bens provenientes de outros crimes.

[2] A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 (CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LE TRAFIC ILLICITE DE STUPÉFIANTS ET DE SUBSTANCES PSYCHOTROPES, [20--]), previu que os estados-partes deveriam adotar as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu Direito interno, quando cometidos internacionalmente, atos de conversão, transferência, ocultação ou encobrimento da origem ilícita de bens oriundos do tráfico de drogas (art. 3°, § 1°, *b*, incisos I e II).

Exemplo disso é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004), que impôs aos estados-partes a criminalização de atos de ocultação e dissimulação de bens oriundos de delitos cometidos por organizações criminosas[3].

O principal documento internacional relacionado à corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), de 2003 (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2007), prevê, além do dever de implantação de sistemas de prevenção da lavagem de dinheiro (art. 14), a obrigação de tipificação da lavagem de dinheiro (art. 23, § 1, *a*, incisos I e II).

Vê-se, portanto, que a política criminal antilavagem de dinheiro, hoje, não se restringe ao encobrimento do produto do comércio de entorpecentes, abrangendo o lucro proveniente de uma variada gama de delitos, dentre os quais recebe especial destaque a corrupção.

2.2 Segunda premissa: a lavagem de dinheiro possui autonomia em relação à infração penal antecedente

O autor de um homicídio, sempre que possível, buscará ocultar o cadáver da vítima. Quem integra uma organização criminosa objeto de investigação criminal será tentado a obstruir esta apuração. Do mesmo modo, quem obtém lucro com o cometimento de um delito procurará esconder a sua origem criminosa.

[3] Art. 6°, § 1°, *a*, incisos I e II. No Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 231/2003 (BRASIL, 2003) e promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004 (BRASIL, 2004).

Tais condutas dificultam o trabalho das autoridades de persecução penal e, consequentemente, a responsabilização do autor do delito original. Essas tentativas de se esquivar da aplicação da lei penal são inerentes à natureza humana. Fazem parte do senso de autopreservação de cada pessoa.

Não obstante, nada impede que o legislador tipifique tais ações – contanto que se possa nelas visualizar uma reprovabilidade autônoma – como crimes independentes. Assim, a lei criminaliza a ocultação de cadáver[4], o impedimento ou embaraço de investigação sobre organização criminosa[5] e a lavagem de dinheiro[6].

A intenção dos documentos internacionais – e do legislador brasileiro – foi justamente conferir uma reprovabilidade autônoma à dissimulação e à ocultação da sua origem criminosa.

Nesse sentido, na exposição de motivos da Lei n. 9.613/1998 restou consignado que:

> [...] a defesa do Estado, sob a perspectiva interna, justifica a criminalização da lavagem de dinheiro como entidade típica autônoma. Realmente, além da improbidade administrativa, como gênero de uma vasta gama de ilicitudes praticadas pelo servidor, a ocultação ou a dissimulação do proveito auferido com o delito contra a administração pública (Cód. Penal, arts. 312 e segs.; Lei n. 8.666, de 21 de junho

4 Art. 211 do CP. "Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa" (BRASIL, 1940).

5 Art. 2º da Lei n. 12.850/2013. [...] "§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa." (BRASIL, 2013a).

6 Art. 1º da Lei n. 9.613/1998. "Ocultar ou dissimular natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal." (BRASIL, 1998).

> de 1993) devem ser reprovadas como espécie de uma delinquência astuciosa, ainda que o infrator seja estranho aos quadros administrativos. (BRASIL, 1998).

Na mesma senda, na própria ementa da Ação Penal n. 470 (Mensalão), o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu que "a lavagem de dinheiro constitui crime autônomo em relação aos crimes antecedentes, e não mero exaurimento do crime anterior" (BRASIL, 2013b).

Em suma, enquanto não havia tipificação autônoma da lavagem de dinheiro, a dissimulação da origem do produto da corrupção consubstanciava mero exaurimento deste delito. Com a edição da Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998), a conduta passa a merecer reprovação própria, inclusive para o autor/partícipe do delito antecedente, como visto a seguir.

2.3 Terceira premissa: a legislação brasileira não veda a punição da autolavagem

Diferentemente de outros países[7], a legislação brasileira não proibiu ou restringiu expressamente a punibilidade da autolavagem, isto é, a punição do próprio autor ou partícipe da infração penal antecedente que atua na dissimulação ou ocultação do produto desse ilícito. Poderia perfeitamente tê-lo feito – conforme previsão dos arts.

[7] Na Alemanha, por exemplo, a autolavagem, embora tenha passado a ser punível mais recentemente, restringe-se aos casos em que o autor ou partícipe da infração penal antecedente que "inserir o objeto em circulação no mercado e, assim, ocultar a sua origem ilícita" (§ 261, 7, do Código Penal). (DEUTSCHLAND, [20--]). Na Itália, desde 2015 o Código Penal pune a autolavagem, com sanções mais brandas do que para a lavagem em geral, somente de quem emprega o produto do ilícito em atividades econômicas, financeiras, empresariais ou especulativas, "de modo a dificultar concretamente a identificação da sua origem criminosa" (art. 648-ter.1, do Código Penal). (DEI DELITTI..., 2022).

6º, 2º, *e,* da Convenção de Palermo (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004) e 23, 2º, *e*, da Convenção de Mérida (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2007), segundo os quais os estados aderentes podem, de acordo com seus princípios internos, prever que os delitos de lavagem não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal –, mas não o fez.

Por essa razão, a punibilidade da autolavagem foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011, 2017b, 2018, 2019c) e pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017a, 2019a, 2020).

Trata-se, pois, de uma opção legislativa – consolidada, a propósito, mundo afora[8]. Ocultar ou dissimular o produto do crime do qual se participou não seria um crime autônomo se o legislador não tivesse assim decidido. Do mesmo modo, o autor do homicídio não seria punido também por ocultação de cadáver se a lei não previsse esse crime autônomo.

Eis a quarta premissa: a lei brasileira não veda a punição da autolavagem.

2.4 Quarta premissa: a criminalização da lavagem de dinheiro tutela, essencialmente, a administração da Justiça

Qualquer intérprete de um tipo penal precisa declarar, a fim de permitir a verificação da coerência de suas afirmações, qual entende ser o bem jurídico protegido pela norma.

[8] Nesse sentido, a Diretiva (UE) n. 2018/1673 (UNIÃO EUROPEIA, 2018) impõe aos estados europeus que criminalizem a autolavagem (art. 3°, 5).

Embora se trate de tema controverso, reputo que, ao menos no que diz respeito ao tipo penal do *caput* do art. 1° da Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998), trata-se de norma protetiva da administração da Justiça Penal[9].

A principal razão de ser da lavagem de dinheiro é reforçar a eficácia da persecução penal em relação aos delitos que geram lucros, impedindo a fruição econômica da prática criminosa[10]. Busca-se inviabilizar que o produto ou o proveito desses delitos sejam tão afastados ou dissimulados de sua origem criminosa que as autoridades públicas se tornem incapazes de identificar essa origem. Se exitosa a lavagem de dinheiro, os criminosos conseguem, a um só tempo, escapar da punição do crime antecedente e fruir de seu resultado econômico[11].

Mais especificamente, a lavagem de dinheiro lesa a capacidade das autoridades vinculadas à atividade de persecução penal de exercer suas funções de investigar, processar, julgar e recuperar o produto do delito. Administração da Justiça, nesse sentido, compreende não só o exercício da atividade jurisdicional, mas de todos os envolvidos na persecução penal. Concretamente, tutela-se a capacidade policial de localização, a capacidade ministerial de indicação e as capacidades judiciais de bloqueio (art. 125 e seguintes do CPP), apreensão

9 Sobre as teorias acerca do bem jurídico tutelado na Lei n. 9.613/1998, posicionando-se pelo reconhecimento da administração da Justiça como objeto de proteção do tipo penal da lavagem de dinheiro, cf. (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 79-95).

10 Novamente, vale citar a ementa do acórdão prolatado na Ação Penal n. 470: "A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), ao prever a conduta delituosa descrita no seu art. 1º, teve entre suas finalidades o objetivo de impedir que se obtivesse proveito a partir de recursos oriundos de crimes, como, no caso concreto, os crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional." (BRASIL, 2013b).

11 Conforme Horta e Teixeira (2019, p. 18), "nota-se na política de repressão à lavagem de capitais uma orientação cada vez mais acentuada para coibi-la por seu desvalor intrínseco: pela dificuldade que a lavagem opõe à apreensão, ao sequestro, ao arresto, ao perdimento e à recuperação de ativos criminalmente obtidos, bem como pela disponibilidade que ela confere, dos ativos provenientes de crimes, aos seus autores ou partícipes, consolidando suas vantagens econômicas ilícitas".

(art. 260, CPP) (BRASIL, 1941) e confisco (art. 91, inciso II, *b,* do CPP) (BRASIL, 1940) do produto, direto ou indireto, da infração penal antecedente[12].

Essa é a quarta premissa aqui firmada: o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é a administração da Justiça, especificamente no que diz respeito à capacidade das autoridades de persecução penal de identificar, apreender e confiscar os bens oriundos das infrações penais antecedentes.

Somente deve ser punida a conduta de quem cria especiais dificuldades na identificação e apreensão dos produtos de ilícitos. A criminalização da lavagem pretende fazer com que o criminoso tenha enormes dificuldades para fruir do ilícito. Essa delimitação mais específica do bem jurídico permite uma interpretação mais racional e restritiva do tipo penal.

Assim, a conduta de ocultar, prevista no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998), pressupõe mais do que simplesmente esconder fisicamente o objeto do delito antecedente. É preciso que essa ocultação possua razoável potencial de, por meio do afastamento dos ativos de sua origem criminosa, impedir a atuação efetiva da persecução penal.

Desse modo, quem esconde o dinheiro do roubo em sua própria casa ou escritório está sujeito a uma medida simples de busca e apreensão (art. 260 do CPP) (BRASIL, 1941) que permitirá que os

[12] Em sentido semelhante, sustenta Caeiro (2018, p. 287) que "o branqueamento é um crime de média gravidade contra a administração da Justiça, na medida em que pode impedir ou dificultar significativamente (crime de perigo abstrato) a detecção e o confisco das vantagens provenientes de crimes graves e a perseguição/punição dos respectivos agentes".

valores sejam descobertos. Quem recebe o dinheiro do peculato em sua própria conta-corrente – ou na de seus parentes próximos –, sem lhe conferir uma aparência de licitude, pode ser, de modo relativamente fácil, identificado como responsável pela infração penal antecedente, com base em uma mera quebra de sigilo bancário (art. 1°, § 4°, da Lei Complementar n. 105/2001) (BRASIL, 2001), seguida de sequestro desses valores (art. 125 do CPP) (BRASIL, 1941).

Nessa linha argumentativa, decidiu, corretamente, o STF que a conduta de simplesmente esconder notas pelo corpo, sob as vestes, nos bolsos do paletó, junto à cintura e dentro das meias não é suficiente para caracterizar a lavagem de dinheiro (BRASIL, 2019b). Tal conduta não é suficiente para colocar em risco o bem jurídico da administração da Justiça, protegido pelo tipo penal do art. 1° da Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998), na medida em que não afastou de modo eficaz os valores da possibilidade de apreensão por autoridades de persecução penal, nem tampouco teria aptidão para conferir aparência de licitude ao dinheiro.

Porém a conduta de dissimular exige que o agente confira uma aparência (falsa) de licitude ao produto da infração penal antecedente. Nesse caso, não é necessário que o bem seja escondido, bastando que, mesmo facilmente à vista das autoridades, esteja disfarçado.

Cite-se, como exemplo, a hipótese em que o agente declara o produto de um crime à Receita Federal como se se tratasse do recebimento de um pagamento por um serviço supostamente prestado. Os valores foram informados às autoridades públicas, mas acompanhados de uma justificativa falsa, de modo a dificultar a identificação de sua origem criminosa.

Em suma, para que o ato de ocultação ou dissimulação possa caracterizar lavagem de dinheiro, ele deve ter o potencial de impedir ou, ao menos, dificultar a identificação da origem ilícita do dinheiro para as autoridades públicas.

Se medidas normais de investigação – como quebras de sigilo bancário e fiscal e buscas e apreensões – forem suficientes para encontrar o dinheiro, e não houver mecanismos voltados a lhe conferir aparência de licitude, não há crime. Depositar dinheiro na conta bancária de titularidade do próprio filho não é lavagem de dinheiro. Esconder dinheiro em casa não significa lavá-lo.

Essa interpretação restritiva deve ser apta a impedir excessos punitivos decorrentes da lavagem de dinheiro, com mais eficácia e gerando menos resultados político-criminalmente indesejados do que a obsessão com o momento consumativo da infração penal antecedente.

3 DESFAZENDO UM MITO: A LAVAGEM DE DINHEIRO NÃO PRESSUPÕE A CONSUMAÇÃO ANTERIOR DA CORRUPÇÃO PASSIVA

Por ocasião do julgamento de embargos infringentes na Ação Penal n. 470 (Mensalão), o STF decidiu que "a autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)" (BRASIL, 2014b, p. 1). Essa ideia, de que somente pode haver lavagem da propina da corrupção consumada, ganhou ares míticos.

Na verdade, por trás da decisão do STF parece estar a premissa, dogmática e político-criminalmente fundada, de que não basta, para a lavagem de dinheiro, o mero recebimento de propina. Porém o critério

cronológico utilizado para distinguir os casos em que há ou não concurso de delitos não é convincente, como demonstrado a seguir.

3.1 A lavagem de dinheiro prescinde de uma infração penal cronologicamente antecedente

Depois do julgamento da AP n. 470 (Mensalão), portanto, virou voz comum o entendimento de que a infração penal antecedente tem de ser cronologicamente antecedente à lavagem do seu produto. E não só: não bastaria ter sido iniciada a execução, teria de estar consumado o delito antecedente para que se pudesse cogitar de algum ato de lavagem.

De fato, como regra, os atos de lavagem de dinheiro ocorrem somente após a realização da infração penal antecedente. Mas não tem de ser assim, nem fática, nem juridicamente. Do ponto de vista jurídico, a Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998) não prevê essa antecedência cronológica, mas apenas uma derivação jurídica, quando o art. 1º se refere aos bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. A antecedência tem de ser lógica, não cronológica. Alguns exemplos concretos ilustram como é possível lavar o dinheiro de um crime antes mesmo que ele tenha sua execução iniciada.

Pense-se num caso em que um "matador de aluguel" é contratado para assassinar uma pessoa. O mandante e o futuro executor do delito celebram, então, um "contrato de prestação de serviços de consultoria em segurança"; os valores são pagos e declarados sob esse pretexto à Receita Federal, como forma de "lavar" a propina. Depois disso, o homicídio contratado é executado. Note-se que todos os atos de dissimulação da natureza do dinheiro recebido ocorreram antes do início da execução do delito, embora a causa real do pagamento fosse

conhecida pelos envolvidos. Seria essa cronologia razão suficiente para afastar a ocorrência da lavagem de dinheiro?

A resposta para essa pergunta é negativa[13]. Os valores recebidos pelo "matador de aluguel" configuram, uma vez combinados, produto do ilícito a ser perpetrado. É claro que, se o homicídio não vier a ter sua execução iniciada, não se poderá falar em lavagem de dinheiro, pois não terá havido infração penal antecedente, nem sequer na forma tentada. Por isso, nos casos em que as condutas próprias do delito de lavagem de dinheiro ocorrerem anteriormente à infração penal antecedente que deu causa ao ativo lavado, o delito da Lei n. 9.613/1998 somente será punível quando ao menos iniciada a execução da infração penal antecedente[14].

Nesse caso, o início da execução da infração penal antecedente funciona como condição objetiva de punibilidade da lavagem de dinheiro[15], assim como sucedia com a ocorrência de lesão corporal grave ou morte da vítima do crime de indução ou instigação ao suicídio (art. 122 do CP), (BRASIL, 1940), antes do advento da Lei n. 13.968/2019[16].

13 No mesmo sentido, cf. o Acordo Plenário n. 7-2011/CJ-116, da Corte Suprema de Justiça do Peru (PERU, 2012), em que se exemplifica essa possibilidade com o recebimento de valores pela futura venda de armas que, antes de sua efetivação, é utilizado para a aquisição de aeronaves, barcos e veículos registrados como de uso recreativo.

14 Em sentido próximo, García Cavero (2015, p. 109) defende que "activos procedentes de un delito pueden ser también aquellos beneficios o ganancias que se reciben por un delito que aún no se ejecuta (como adelantos o pagos parciales). Pese a la falta de execución del delito previo, la generación de los activos maculados ya tuvo lugar y, por lo tanto, dichos activos son desde ya pasibles de ser lavados".

15 Sem referir ao início da execução, outros autores tratam a infração penal subjacente (*rectius*, um fato ilícito típico, posto que não necessariamente culpável ou punível) como condição objetiva de punibilidade da lavagem – nesse sentido, cf. (MENDES; REIS; MIRANDA, 2008, p. 801).

16 A partir da Lei n. 13.968/2019 o delito deixa de exigir que haja lesão à vítima, havendo punibilidade desde a indução, instigação ou auxílio material ao suicídio ou à automutilação – embora a ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou gravíssima e morte configurem qualificadoras (art. 122, §§ 1° e 2°, do CP) (BRASIL, 1940).

Tampouco existe qualquer empecilho do ponto de vista subjetivo, pois as partes envolvidas conhecem a origem do dinheiro, isto é, sabem que os valores foram pagos para o cometimento de um futuro homicídio – embora ainda não iniciado.

Aliás, esse mesmo exemplo demonstra como não é necessária a consumação da infração penal antecedente. Crimes tentados também podem gerar produtos – como o pagamento no homicídio –, de modo que a falta de consumação não impede a ocorrência da lavagem de dinheiro.

3.2 O recebimento indireto da vantagem indevida na corrupção passiva

O crime de corrupção passiva compreende três ações típicas: solicitar, receber ou aceitar vantagem indevida em razão da função pública[17]. Cuida-se de crime de ação múltipla ou conteúdo variado no qual o agente pode praticar uma ou mais condutas, mas é responsabilizado por um só delito. Isso significa que a prática de qualquer uma das ações consuma o delito, não constituindo mero exaurimento.

Se o agente solicita, aceita e, posteriormente, recebe a propina, qualquer dessas ações seria suficiente para realizar o tipo penal. Cada uma dessas condutas viola o bem jurídico, embora sejam punidas como um único crime, por escolha do legislador. É importante destacar, porém, que, ao contrário do que defende boa parte da doutrina, o recebimento da vantagem indevida, último ato nesse processo de

[17] Art. 317 do CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa (BRASIL, 1940).

negociação da função pública, não é mero exaurimento das condutas anteriores de solicitação ou aceitação, mas um momento de violação autônoma e, inclusive, mais grave do bem jurídico (BRANDÃO, 2021b).

Somente na modalidade receber, o delito de corrupção passiva pode servir como infração penal antecedente da lavagem de dinheiro. Trata-se, com efeito, da única das ações que produz bens, valores ou ativos passíveis de lavagem.

Tal recebimento, conforme previsto no tipo penal, compreende a conduta de receber "direta ou indiretamente" a vantagem indevida. Esse receber indiretamente inclui na previsão típica da corrupção passiva os casos em que o valor seja repassado por meio de um intermediário. E também abrange quaisquer outras situações em que a vantagem indevida é repassada sob forma sub-reptícia, dissimulada ou clandestina.

O que não significa que o legislador não pudesse transformar esses mecanismos especialmente reprováveis de repasse da vantagem indevida em um injusto autônomo. Até o advento da Lei n. 9.613/1998, isso não ocorria e todo esse processo caracterizava um único delito de corrupção passiva. A partir daí, porém, esse panorama mudou e deve-se verificar a possibilidade de ocorrência de um concurso de delitos.

4 CONCURSO EFETIVO DE DELITOS E CONFLITO APARENTE DE NORMAS

4.1 Concurso efetivo (material ou formal) de delitos

O concurso efetivo de delitos está regulado, no Direito brasileiro, pelos arts. 69 (concurso material)[18] e 70 (concurso formal)[19] do Código Penal (BRASIL, 1940). A diferença fundamental entre concurso material e concurso formal está na quantidade de condutas praticadas pelo autor dos delitos.

No concurso material, o agente pratica dois ou mais crimes "mediante mais de uma ação ou omissão". No concurso formal, o agente comete dois ou mais crimes "mediante uma só ação ou omissão".

A fim de saber se estamos diante de uma única ação, em sentido jurídico-penal, devemos nos valer tanto de uma consideração natural como de uma valoração jurídica. Um único soco dado na vítima é uma ação em sentido natural (e jurídico-penal), mas também é considerada uma (unidade natural de) ação, em sentido jurídico-penal, uma sequência de tapas sucessivos desferidos na mesma vítima (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 384-385).

[18] Art. 69. "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela." (BRASIL, 1940).

[19] Art. 70. "Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior." (BRASIL, 1940).

O recebimento de uma propina previamente acertada em diversas parcelas configura uma unidade natural de ação em sentido penal e, assim, um único crime de corrupção.

Se, além disso, um ou mais desses recebimentos se fazem dissimuladamente, de modo a lhes conferir aparência de licitude ou de outra forma dificultar sobremaneira a sua identificação pelas autoridades de persecução penal – como o pagamento em conta mantida no exterior, de titularidade de sociedade *offshore*, administrada por um "laranja" –, essa única ação também realiza os elementos típicos do delito previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998). Em princípio, portanto, estaremos diante de um concurso formal de delitos, pois o agente pratica dois ou mais crimes "mediante uma só ação ou omissão".

Se, de outro modo, as operações de dissimulação/ocultação da vantagem oriunda da corrupção passiva forem outras, distintas do próprio recebimento da vantagem indevida, estaremos diante de um concurso material, visto que o agente pratica dois ou mais crimes "mediante mais de uma ação ou omissão".

4.2 Conflito aparente de normas

Pode ocorrer, porém, de uma unidade de ação, a despeito de preencher os elementos típicos de mais de uma figura penal, ter sua reprovabilidade integralmente contida em um dos delitos. Quando isso ocorre, não há um concurso efetivo, mas um conflito aparente de normas, que se resolve pelos princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção. Somente subsistirá o concurso efetivo se a unidade de ação não puder ser suplantada por um desses três critérios (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 388-389).

No caso da especialidade, uma norma contém, no plano abstrato, todos os elementos de um tipo penal e mais um elemento específico. Há entre as normas uma relação de especialidade, isto é, de gênero para espécie, de modo que a norma especial afasta a incidência da norma geral. Não é o caso da relação entre corrupção e lavagem de dinheiro. Não há elementos em comum entre os tipos penais do art. 317 do Código Penal (BRASIL, 1940) e do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998).

A subsidiariedade pode ser tácita ou expressa. Nesta última, a própria lei afirma a incidência subsidiária de um dos tipos penais, valendo-se de fórmulas como "se o fato não constitui crime mais grave". Na subsidiariedade tácita, um tipo penal é previsto como uma lesão ou ameaça de lesão menos grave ao (mesmo) bem jurídico do que outro tipo penal. É o caso clássico da lesão corporal consumada, que é meio necessário em relação ao homicídio. Tampouco existe subsidiariedade entre corrupção e lavagem de dinheiro, seja por ausência de previsão legal, seja pela proteção de bens jurídicos distintos.

Finalmente, pode-se cogitar da aplicação do princípio da consunção para se punir o corrupto, nos casos em que a propina é paga de modo dissimulado, somente por corrupção passiva.

Na consunção, o conteúdo de injusto de uma infração penal abarca, ao menos substancialmente, o injusto decorrente da realização dos elementos de outra infração penal. Com isso, pune-se o agente somente pela prática da norma consuntiva.

Diferentemente do que ocorre na subsidiariedade, na consunção a absorção do injusto não se resolve no plano abstrato. A relação de consunção se estabelece no plano fático, quando se pode aquilatar

especificamente a respeito da compreensão ou não do injusto da norma penal consumida pela norma consuntiva.

A doutrina costuma apontar o crime consumido como meio necessário ou etapa normal de preparação ou execução de outro crime. É o que ocorre, por exemplo, com delitos de falsidade documental (ideológica ou material) em relação ao descaminho (BRASIL, 2021) ou porte de arma de fogo utilizado em um roubo (BRASIL, 2014a).

Embora seja um indicativo importante, a proteção pelos tipos penais de bens jurídicos diversos, não é, por si só, suficiente para afastar a possibilidade de consunção. Isso porque, conforme o caso concreto, a lesão a determinado bem jurídico pode se exaurir no próprio cometimento do crime consumido. É o que ocorre, *v. g.*, quando uma falsidade documental (delito-meio) – que protege a fé pública – é cometida especificamente para a perpetração de outro crime (delito-fim), como o estelionato – que tutela o patrimônio[20].

É nesse sentido que Dias (2007, p. 990) propõe a perquirição de um único ou de uma pluralidade de sentidos autônomos de ilicitude para diferenciar um concurso aparente de um concurso real, aplicado a seguir.

4.3 Proposta de solução

Eis o momento de enfrentar o problema central deste artigo. Como identificar os casos em que o recebimento dissimulado da

[20] Esse é o fundamento do Enunciado n. 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido" (BRASIL, 1990).

propina caracterizará concurso real e aqueles em que haverá concurso aparente entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro?

Voltemos aos dois exemplos apresentados no início: a) recebimento da propina, em parcelas, a pretexto de remuneração de serviços de consultoria; e b) recebimento parcelado da propina em conta mantida no exterior, de titularidade de empresa *offshore*.

Inicialmente, é preciso estabelecer que, em ambos os casos examinados, está-se diante de uma única conduta. O recebimento parcelado da propina caracteriza, em sentido jurídico-penal, uma unidade de ação. Se o recebimento ocorre de forma dissimulada, haverá somente possibilidade de concurso formal – jamais material. Somente se poderá falar em concurso material se os atos de dissimulação ocorrerem posteriormente à percepção da vantagem indevida, pois então teremos "mais de uma ação ou omissão" (art. 69 do CP) (BRASIL, 1940).

O passo seguinte consiste em verificar se há violação a bens jurídicos distintos. Caso aceitas as premissas anteriormente expostas sobre a política-criminal e o bem jurídico protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro, nos exemplos mencionados as condutas representam violações de bens jurídicos distintos: tanto lesam a probidade na administração pública como ofendem a administração da Justiça, especificamente em sua capacidade de atuação eficiente da persecução penal.

Como visto, entretanto, é possível a consunção de um delito por outro, mesmo que os tipos penais examinados tutelem bens jurídicos diversos. Para isso, seria necessário não haver sentidos autônomos de ilicitude nessa conduta.

Nos casos examinados, esses sentidos autônomos estão presentes. O primeiro é o sentido de venda da função pública; o segundo é o de recebimento da vantagem com aparência de licitude (no caso do recebimento sob pretexto de prestação de serviços de consultoria) ou de recebimento da vantagem de modo a praticamente inviabilizar a atuação das autoridades de persecução penal (no caso do recebimento dos valores em conta de titularidade de *offshore*).

O desvalor de registrar a propina como pagamento por serviços de consultoria é claramente maior do que o de simplesmente receber o dinheiro em espécie por meio de um intermediário, sem dificultar sobremaneira a aplicação integral da lei penal no que se refere aos efeitos patrimoniais da condenação. Aquele que recebe a propina como se se tratasse de honorários de consultoria age com o intuito de criar uma justificativa aparentemente lícita para o dinheiro recebido.

Do mesmo modo, é mais grave o desvalor de receber os valores diretamente em uma conta bancária no exterior, de titularidade de uma *offshore*, administrada por um "laranja", do que o de simplesmente enviar o cônjuge para retirar os valores em uma agência bancária.

Note-se que a solução proposta, também do ponto de vista político-criminal, mostra-se mais acertada. Não é menos reprovável a conduta do corrupto que, antes, recebeu uma mala de dinheiro e depois simula o contrato ou remete os valores ao exterior. Aliás, a se sustentar a conclusão de que é necessária a consumação prévia do delito de corrupção passiva para o cometimento da lavagem de dinheiro, basta que o criminoso, para diminuir sua responsabilidade, exija o recebimento da propina "lavada". Assim, o criminoso mais sofisticado fica numa situação melhor do que o mais simplório. Portanto, também sob um prisma político-criminal, o critério cronológico deixa a desejar.

Nos dois exemplos propostos, portanto, está-se diante de concurso (efetivo) formal de delitos entre corrupção passiva (art. 317 do CP) (BRASIL, 1940) e lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998, art. 1°, *caput*) (BRASIL, 1998).

Mais ainda, normalmente nesses casos se estará diante de concurso formal impróprio, assim entendido aquele em que "a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos" (art. 70 do CP, *in fine*) (BRASIL, 1940). Não há desígnios autônomos apenas se a unidade de comportamento corresponder a uma vontade única do agente; se ele quiser obter ambos os resultados danosos, tem-se desígnios autônomos, a atrair a consequência do concurso formal impróprio, isto é, a cumulatividade de penas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu, ao examinar o recebimento de propina, por parlamentar, por meio de transferências realizadas entre contas mantidas no exterior, sendo a conta remetente de titularidade de uma empresa *offshore* e a conta destinatária de titularidade de um *trust* (BRASIL, 2019c). Nas palavras do Relator, Ministro Edson Fachin, no caso não se tratou apenas de:

> [...] recebimento indireto da vantagem indevida, descrevendo-se cenário que denotaria a direção da conduta no sentido também da ocultação dos recursos e dissimulação de sua titularidade, propiciando-se fruição oportuna. (BRASIL, 2019c, p. 12).

E, mais do que isso, reconheceu-se, além do "dolo de recebimento de vantagem ilícita", a:

> [...] finalidade específica de branqueamento desses recursos, notadamente pela utilização de expedientes tendentes a conferir aparência

> de licitude aos referidos recursos (notadamente *trusts* tidos como fictícios). (BRASIL, 2019c, p. 24).

Em outro precedente (BRASIL, 2018), o Ministro Ricardo Lewandowski frisou que:

> [...] o fato isolado de alguém receber uma vantagem indevida, diretamente ou por interposta pessoa, enquadra-se no tipo penal da corrupção passiva. Agora, se ficar demonstrado nos autos que a pessoa que recebeu a propina tiver o dolo diverso daquele primeiro, ou seja, se caracterizada a intenção de lavar o produto da corrupção, ele incidirá, concomitantemente, no crime de lavagem de dinheiro. (BRASIL, 2018, p. 35).

5 CONCLUSÃO

Não podemos baratear o crime de lavagem de dinheiro, aplicando-o a qualquer tentativa simplória de esconder o produto do ilícito. Mas também não podemos encarecê-lo demais, a ponto de deixá-lo de aplicar justamente aos casos de criminalidade do colarinho branco mais complexos que ele tem por objetivo combater.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Navarra: Arazandi, 2012.

BRANDÃO, Nuno. Corrupção e lavagem de dinheiro: os casos de entrega dissimulada e de recebimento indireto da vantagem indevida. *In*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO; Mariana Rodrigues (coord.). **Direito Constitucional**: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2021a. p. 897-914.

BRANDÃO, Nuno. Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências. *In*: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; CARDOSO, Rui; MOURA, Sónia (org.). **Corrupção em Portugal**: avaliação legislativa e propostas de reforma. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021b. p. 178-194.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo n. 231, de 2003**. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-231-29-maio-2003-496863-convencao-1-pl.html. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal n. 856 – Distrito Federal**. Ação penal originária. Cooperação jurídica internacional. Prova produzida no exterior [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de outubro de 2017a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001847200&dt_publicacao=06/02/2018. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal n. 923 – Distrito Federal**. Processual penal. Ação penal originária. Membro de tribunal de contas estadual [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de setembro de 2019a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=15860&seq_documento=23198058&data_pesquisa=26/09/2019&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.959.599 – Rio de Janeiro**. Penal e Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 7 de dezembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102816340&dt_publicacao=13/12/2021. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no recurso em Habeas Corpus n. 120.936 – Rio Grande do Norte**. Penal e processual penal. Agravo regimental no recurso em habeas corpus. Tráfico de influência (prescrito) e lavagem de dinheiro. [...]. Recorrente: Antônio José Dantas Corrêa Rabello. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 16 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903507901&dt_publicacao=25/06/2020. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Ação Penal n. 694 – Mato Grosso**. Deputado federal. Operação Sanguessuga. Inépcia da denúncia não configurada. Quadrilha e crimes licitatórios [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 2 de maio de 2017b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Inquérito n. 3.515 – São Paulo**. Depoimentos. Colaboradores. Registro audiovisual. Juntada [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de outubro de 2019b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753064297. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 123.399 – Rio de Janeiro**. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Roubo qualificado e porte ilegal de arma de fogo. Recorrente: Cristiano Correa Da Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli, 30 de setembro de 2014a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7250259. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação Penal n. 996 – Distrito Federal**. Ação penal. corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Relator: Min. Edson Fachin, 25 de maio de 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749110646. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus n. 165.036 – Paraná**. *Habeas Corpus*. Matéria criminal. Substitutivo de recurso extraordinário. Cabimento. Dosimetria da penal [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de abril de 2019c. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752183625. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Inquérito n. 2.471 – São Paulo**. Penal. Processual penal. Denúncia. Crimes de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha ou bando [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 29 de setembro de 2011. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2492247. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470 – Minas Gerais. Ação penal originária. Preliminares rejeitadas, salvo a de cerceamento de defesa pela não intimação de advogado constituído. Relator: Min. Joaquim Barbosa, abril de 2013. **Informativo STF**, Brasília, DF, n. 703, abr. 2013b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo703.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal n. 470 – Minas Gerais**. Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2014b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6556191. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 17. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, p. 13.963, 28 nov. 1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9287/9408. Acesso em: 21 maio 2022.

CAEIRO, Pedro. Contra uma política criminal "à flor da pele": a autonomia do branqueamento punível em face do branqueamento proibido. *In*: FARIA COSTA, José de *et al*. (org.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018. p. 267-301.

CHAIKIN, David. Commercial corruption and money laundering: a preliminary analysis. **Journal of Financial Crime**, [*s. l.*], v. 15 n. 3, p. 269-281, 18 July 2008.

CHAIKIN, David; SHARMAN, J. C. **Corruption and money laundering**: a symbiotic relationship. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2003, Mérida. **Convenção** [...]. Brasília, DF: UNODC, 2007. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 21 maio 2022.

CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LE TRAFIC ILLICITE DE STUPÉFIANTS ET DE SUBSTANCES PSYCHOTROPES, 1988, Vienna. **Convention** [...]. Vienna: UNODC, [20--]. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_fr.pdf. Acesso em: 21 maio 2022.

DEI DELITTI contro il patrimônio: Codice Penale, libro II, titolo XIII. Itália: Altalex, 2022. Disponível em: https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/22/dei-delitti-contro-il-patrimonio. Acesso em: 21 maio 2022.

DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz. **Strafgesetzbuch (StGB) § 261 Geldwäsche**. Deutschland: BMJ, [20--]. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__261.html. Acesso em: 21 maio 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. I.

GARCÍA CAVERO, Percy. **El delito de lavado de activos**. 2. ed. Lima: Jurista, 2015.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal**: parte geral. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 7-49, jul./set. 2019.

MENDES, Cassandro; OLIVEIRA, Jailson. Money laundering and corrupt officials: a dynamic model. **Journal of Money Laundering Control**, [*s. l.*], v. 16, n. 1, p. 55-61, 1 Jan. 2013.

MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António. A dissolução dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, n. 68, p. 795-810, set./dez. 2008.

PERU. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario n. 7-2011/CJ-116. *In:* PERU. Corte Suprema de Justicia de la República. **VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria**. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales, 2012. Disponível em: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b2bb8004e4d420c8639ff294bc3482d/VII+PLENO+SUPREMO+PENAL_VERSI%C3%93N+FINAL.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 22 fev. 2022.

STESSENS, Guy. **Money laundering**: a new international law enforcement model. New York: Cambridge University Press, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2018. Relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal. **Jornal Oficial da União Europeia**, Estrasburgo, n. 61, 12 nov. 2018. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1673&from=PT. Acesso em: 21 maio 2022.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2000, Vienna. **Convention** [...]. New York: United Nations, 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf. Acesso em: 21 maio 2022.Uptaquaecto et paritat empore rem quiandi cimporrovid

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.180

UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO EM MEIO DIGITAL

PERSONAL DATA AGAINST ORGANIZED CRIME: LIMITS AND POSSIBILITIES OF SPECIAL INVESTIGATION TECHNIQUES IN DIGITAL MEDIA

ABHNER YOUSSIF MOTA ARABI

Juiz auxiliar da Presidência do Supremo Tribunal Federal – STF. Coordenador do Centro de Mediação e Conciliação do STF. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. Doutorando em Direito do Estado (subárea: Direito Constitucional) pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito, Estado e Constituição (linha: Constituição e Democracia) pela Universidade de Brasília – UnB. Autor de livros, capítulos de livro e artigos jurídicos. Professor e palestrante.

https://orcid.org/0000-0002-8137-7760

RESUMO

A dinamicidade do mundo moderno aporta desafios adicionais à atividade estatal de persecução penal. Fenômenos como a globalização, a virtualização da economia e o surgimento contínuo de novas tecnologias representam a necessidade de atualização das técnicas de investigação na busca de uma tutela penal eficiente. Ao mesmo tempo, os limites formais e materiais da ordem constitucional que guiam a atuação penal do Estado são também continuamente atualizados, contexto em que a autonomia do direito fundamental à proteção dos dados pessoais surge como um novo limite a ser observado. Nesse cenário, o artigo expõe limites possíveis a essas

novas técnicas investigativas, à luz do direito fundamental à proteção dos dados e à preservação da cadeia de custódia de meios de prova digital, a partir do contexto brasileiro e internacional. Ainda, são abordados os desafios que se somam quando a descoberta de informações penalmente relevantes se dá por investigações jornalísticas.

Palavras-chave: proteção de dados; provas digitais; cadeia de custódia.

ABSTRACT

The dynamics of the modern world brings additional challenges to the state's criminal prosecution. Phenomena such as globalization, the virtualization of the economy and the continuous emergence of new technologies represent the need to update investigation techniques in the pursuit of efficient protection. At the same time, the formal and substantial limits that guide the criminal prosecution are also continuously updated, a context in which the fundamental right to the protection of personal data appears as a new limit to be observed. In this scenario, the article exposes possible limits to these new investigative techniques, considering the fundamental right to data protection and the preservation of the chain of custody of digital evidence, in the Brazilian and international perspectives. Also, it points to challenges that are added when the discovery of criminally relevant information takes place through non-official journalistic investigations.

Keywords: data protection; digital evidence; chain of custody.

Recebido: 7-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A autonomia do direito fundamental à proteção de dados: um novo limite à persecução penal estatal. 3 Técnicas especiais de investigação em meio digital: utilizando dados pessoais no processo penal. 4 Compartilhamento internacional de dados em investigações jornalísticas: cadeia de custódia e verdade processual. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A persecução criminal estatal é tarefa que revela desafios intrínsecos em uma ordem constitucional acusatória. A tutela dos bens jurídicos protegidos e dos direitos fundamentais das vítimas impõem a realização eficiente dessa atividade. Ao mesmo tempo, na busca pela justificação da imposição legítima de uma sanção, exige-se fiel observância aos direitos e às garantias dos investigados, seja durante as investigações pré-processuais, seja no curso do processo penal propriamente dito.

O contínuo e dinâmico equilíbrio entre esses dois polos não é novidade no estudo do processo penal. Diz-se, inclusive, que seu grau de balanceamento indica o grau democrático ou autoritário de uma sociedade (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67), funcionando o processo penal como um "sismógrafo da Constituição do Estado" (ROXIN, 2000, p. 10, tradução nossa). Entretanto, no âmbito da persecução da macrocriminalidade, da criminalidade organizada e no combate a crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e tráfico de pessoas, esses desafios ganham contornos dinâmicos e são ainda mais críticos, sobretudo quando assumem natureza transnacional, tendo em vista a limitação e a insuficiência dos meios investigativos e probatórios mais tradicionais.

Com efeito, fenômenos como a globalização e a virtualização da economia, a facilidade e a celeridade na coleta, tratamento e tráfego de dados cada vez mais volumosos, a dinamicidade do surgimento de novas tecnologias e seus elevados impactos sociais são circunstâncias que apresentam reflexos diretos na persecução penal (BASSIOUNI, 2015), inclusive quanto ao surgimento de novos bens jurídicos a serem tutelados. Essas peculiaridades, por consequência, veiculam a necessidade de aperfeiçoamento dos órgãos estatais e multilaterais,[1] bem como de seus métodos e instrumentos de ação, frente a novas técnicas de tipificação de crimes[2] e sanção penal; estímulos à prática de conformidade legal (*compliance*); novos meios de investigação e persecução penal, como a cooperação internacional, a adoção de soluções negociadas (ARAS, 2021); além de aspectos como a proteção e o incentivo aos denunciantes de boa-fé (*whistleblowers*) (ARAS, 2013).

De outro lado, essas inovações apenas podem se desenvolver legitimamente quando observados os direitos fundamentais dos investigados, inclusive aqueles que também nesse contexto surgem ou se atualizam. É o caso, por exemplo, do direito à proteção de dados, a atrair complexos elementos na sua tutela legal em sede de

[1] Nesse sentido, Shaw e Kemp (2015, p. 345-348) propõem a reestruturação do sistema multilateral de resposta ao crime organizado, em cinco etapas principais: a criação de um escritório das Nações Unidas para a Justiça, incrementando a liderança e não apenas a coordenação entre os países; o redirecionamento de algumas abordagens atuais que mesclam questões de saúde e justiça como uma coisa só; uma nova implementação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; o investimento em performance analítica no combate ao crime organizado e sua vinculação com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS; além do aprimoramento do sistema global pelo fortalecimento dos sistemas regionais.

[2] É o que ocorre com a ascensão de modelos de tipificação de crimes de perigo abstrato e delitos de acumulação, por exemplo, decorrentes de uma sociedade do risco descrita por Beck (2002) com reflexos penais e processuais penais de relevo (BOTTINI, 2011, p. 119). Nesse contexto, o "perigo deixa o campo do subjetivo e passa a ostentar uma realidade objetiva, preenchida probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar" (BOTTINI, 2019, p. 23). Ainda, Hassemer (1999, p. 22) descreve algumas novidades do que chama de "moderno Direito Penal".

investigação criminal e sua inserção na cadeia de custódia, que deve ser documentada e preservada. Além das fronteiras decorrentes de novos direitos fundamentais, os limites legais e epistêmicos da atividade probatória (BADARÓ, 2018, p. 520) também se modificam, para uma valoração racional de provas íntegras e autênticas (FERRER-BELTRÁN, 2007, p. 42-47), que devem guiar "a convicção do juiz sobre a realidade de uma alegação fática" (GOLDSCHMIDT, 2015, p. 464, tradução nossa), que ultrapasse o mero caráter hipotético da acusação.

Quanto a esse ponto, outros aspectos importantes se revelaram em situações recentes em que elementos informativos surgiram a partir de meios não estatais de investigação, como denúncias anônimas e bem documentadas feitas a veículos internacionais de comunicação ou descobertas decorrentes de iniciativas conjuntas e transnacionais de jornalismo investigativo. É o exemplo dos casos conhecidos como Panama Papers e Swiss Leaks, por exemplo, que evidenciaram a publicação de uma enorme quantidade de dados e documentos que indicavam a possível prática de atos fraudulentos e criminosos por diversas pessoas, dentre as quais líderes políticos e celebridades. No ponto, também se envolve diretamente a liberdade de imprensa, outra garantia constitucional e internacionalmente protegida, a atrair desdobramentos particulares.

Configura-se, assim, o objeto do presente artigo: a partir da exposição de novas técnicas investigativas surgidas nesse contexto e dos limites que lhe têm sido atribuídos pela interpretação judicial em alguns casos nacionais e estrangeiros, propõe-se a contraposição entre a necessidade de seu desenvolvimento e a tutela de direitos fundamentais. Mais especificamente, quer-se apresentar o direito à proteção de dados como uma nova limitação autônoma às atividades de persecução penal pelo Estado, problematizando-o face a situações em que a descoberta de informações penalmente relevantes se dá

por meios extraoficiais, como os acima mencionados, protegidos pela liberdade de imprensa. Com efeito, esses são desafios que se revelam presente não apenas na América Latina e na Europa, como também em outros países do mundo, havendo casos em que é possível vislumbrar a aplicação prática dessas premissas, evidenciando a relevância e a necessidade da discussão.

2 A AUTONOMIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS: UM NOVO LIMITE À PERSECUÇÃO PENAL ESTATAL

A proteção constitucional da intimidade e da vida privada é noção que desde há muito se afirma. Com efeito, como reflexo inerente da dignidade da pessoa humana, há aspectos da vida de cada um que devem restar preservados do conhecimento público, ao menos enquanto assim recomendar sua própria autodeterminação. Ao mesmo tempo, também há muito se admite que o conflito com outros valores constitucionais ou direitos fundamentais pode representar a excepcional relativização dessa proteção, quando exista motivado interesse no conhecimento dessas informações pessoais, nos limites materiais e formais do que autorizado por lei.

Nesse sentido, por exemplo, é que a Constituição brasileira de 1988, desde sua redação original, expressamente afirma o direito fundamental de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, além de cartas, correspondências, comunicações telemáticas, telefônicas e do domicílio físico dos indivíduos (art. 5º, X, XI, XII, da CRFB/1988), observadas as limitações ali mesmo indicadas ou remetidas à lei (BRASIL, 1988). No plano internacional, destaca-se a previsão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678/1992) no sentido de que o art. 11, § 2° pontua que "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação"

(COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). Igualmente, no sistema europeu, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, [2021], p. 11) estabelecia que "qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência" (art. 8°, § 1°).

Ao longo do tempo, porém, a regulamentação tradicional do direito à intimidade e à privacidade revelou-se insuficiente. A necessidade de contínua atualização e revisitação, de tempos em tempos, do conteúdo protetivo do direito à privacidade conforme as alterações sociais, econômicas e políticas de uma sociedade era descrita no século XIX por Warren e Brandeis (1890, p. 193).

Com efeito, na era da informação, "as leis existentes para proteção da privacidade da informação não responderam adequadamente ao surgimento dos dossiês digitais" (SOLOVE, 2004, p. 8), nem à desregulamentada utilização de dados pessoais, impondo a necessidade de que a própria proteção à privacidade fosse repensada. Eventos como o escândalo do Facebook e da Cambridge Analytica (KAISER, 2020), revelaram o amplo emprego de informações pessoais como itens valiosos, sem que seus titulares estivessem cientes ou pudessem participar desse processo (SOLOVE, 2004, p. 223). Isso não apenas para apropriações comerciais propriamente ditas, mas inclusive para campanhas eleitorais e definição de eleições,[3] mediante a utilização de técnicas algorítmicas de microdirecionamento (*microtargeting*) e veiculação de informações falsas.[4]

[3] Empoli (2020, p. 84) também indica como a irrupção de novas mídias e suas ferramentas de personalização contribuem para a construção de um caos político e social. O autor analisa o contexto de diferentes países europeus, como a Itália, no âmbito da qual cita o exemplo do Movimento 5 Estrelas (MoVimento 5 Stelle).

[4] No cenário brasileiro, um retrato exemplificativo da utilização dessas ferramentas, seus reflexos diretos no processo eleitoral e suas ameaças potenciais para a democracia pode ser encontrado em Mello (2020).

Nesse debate, por vezes, a tutela adequada de informações pessoais é colocada em confronto com a proteção da segurança da comunidade, especialmente em tempos de crise de segurança pública, quando são frequentes os argumentos de que direitos e liberdades pessoais devem ser sacrificados em prol de um interesse público nacional. Entretanto, considerando que esses valores não são necessariamente excludentes, essa dicotomia não é inexorável e pode se revelar falsa. Aliás, esse argumento pendular descrito por Solove (2011, p. 56) deveria se revelar em sentido contrário: em tempos de crise é que deveria ser mais incisiva a proteção à privacidade e às liberdades pessoais.

Nesse cenário, a proteção aos dados pessoais adquiriu, ao longo do tempo, uma necessária autonomia, como espécie de direito fundamental, tanto no plano doméstico (pela promulgação de atos legislativos destinados à tutela específica dos dados pessoais) quanto no plano multilateral e transnacional. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 o assegurava de forma própria em seu artigo 8º, § 1º, que dispõe que "todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito" (UNIÃO EUROPEIA, 2000, p. 10). Ainda, nesse mesmo documento, garante-se no item 2° a necessidade de "[...] um tratamento leal [dos dados], para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei" (UNIÃO EUROPEIA, 2000, p. 10), garantido o direito de acesso e retificação às informações pessoais por seu titular.

Também no âmbito da interpretação e aplicação dessa previsão, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se de forma específica sobre a questão no conhecido caso Digital Rights Ireland (C-293/2012 e C-594/2012, apreciados em conjunto), em acórdão

datado de 8 de abril de 2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014).[5] Na ocasião, discutiu-se a Diretiva n. 2006/24/EC,[6] adotada pelo Conselho Europeu e pelo Parlamento Europeu na busca de uniformizar o tratamento da matéria dentre os países integrantes do bloco, que dispunha sobre o armazenamento de dados de telecomunicações por provedores de serviços de internet, para fins de utilização no combate a crimes graves cometidos na União Europeia. Na diretriz, não se alcançava o conteúdo das comunicações, mas especificamente:

> [...] os dados necessários para encontrar e identificar a fonte e o destino de uma comunicação, para determinar a data, a hora, a duração e o tipo de uma comunicação, o equipamento de comunicação dos utilizadores, bem como para localizar o equipamento de comunicação móvel, dados entre os quais figuram, designadamente, o nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, o número de telefone de origem e o número do destinatário e também um endereço IP para os serviços de internet. Estes dados permitem, designadamente, saber qual é a

[5] Cita-se com destaque a decisão do Tribunal Europeu por sua relevância internacional e pela consolidação que representa na afirmação do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Não se tratou, porém, da primeira vez que uma corte se dedicou ao tema. Pode-se citar, por exemplo, paradigmático caso julgado em 1983 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual se falava em uma "autodeterminação sobre a informação". O caso (BVerfGE 65, 1 – *Volkszählung*) dizia respeito à lei de 1982 que determinava a realização de recenseamento da população, a partir da coleta de dados como a profissão, o domicílio e o local de trabalho. Na ocasião, o tribunal assentou a constitucionalidade da lei, mas reconheceu a invalidade de alguns dispositivos, estabelecendo restrições sobre a comparação, a troca e a transmissão de dados em algumas situações. Ali, falava-se na necessidade de "uma proteção especialmente intensa" sobre o processamento de dados pessoais. Em suas razões, a corte assentou que "O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. [...] O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar em princípio ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais." (MARTINS, 2005, p. 238).

[6] O ato normativo não foi o primeiro, no âmbito do Direito Comunitário europeu, a tratar do tema, colocando-se em uma sequência de outras disposições sobre a proteção de dados e informações pessoais nas ações de coleta, tratamento, tráfego e armazenamento, como as Diretivas n. 1995/46/CE e n. 2002/58/CE.

> pessoa com quem um assinante ou um utilizador registrado comunicou, e através de que meio, assim como determinar o tempo da comunicação e o local a partir do qual esta foi efetuada. Além disso, permitem saber com que frequência o assinante ou o utilizador registrado comunicam com certas pessoas, durante um determinado período. (UNIÃO EUROPEIA, 2014, § 26).

A partir de dois casos enviados pelas cortes máximas da Irlanda (High Court) e pela Áustria (*Verfassungsgerichtshof*), a questão chegou ao Tribunal Europeu. No primeiro, Digital Rights Ireland (uma organização da sociedade civil irlandesa para defesa dos direitos digitais) narrava que as medidas legislativas e administrativas de armazenamento de dados pessoais e informações eletrônicas seriam inválidas. No segundo, os proponentes também se queixavam de aspectos semelhantes. O próprio acórdão, em referência à manifestação da Corte Austríaca de remessa do caso ao Tribunal Europeu, destacava que:

> A conservação dos dados diz respeito quase exclusivamente a pessoas cujo comportamento não justifica sequer que os seus dados sejam conservados. Essas pessoas ficam expostas a um risco superior de que as autoridades investiguem os seus dados, tomem conhecimento do seu conteúdo, informem-se acerca da sua vida privada e utilizem esses dados com múltiplas finalidades, tendo designadamente em conta o número incomensurável de pessoas que têm acesso aos dados durante um período de, pelo menos, seis meses. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, há dúvidas, por um lado, quanto ao fato de esta diretiva poder alcançar os objetivos que prossegue e, por outro, quanto ao caráter proporcionado da ingerência nos direitos fundamentais em causa. (UNIÃO EUROPEIA, 2014, § 20).

Em síntese, argumentava-se nos dois casos que a diretiva e as respectivas leis nacionais estariam servindo como fundamento para a implementação de sistemas de vigilância em massa, em violação aos direitos fundamentais de privacidade e de proteção dos dados pessoais.

Analisada a questão, o Tribunal de Justiça da União Europeia assentou que a diretiva representava indevida ingerência no direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Nesse sentido, a corte assentou que a diretiva não previa limitações como a aplicação a pessoas em relação às quais houvesse prévios indícios de participação em determinada atividade criminosa grave, não excepcionava situações de comunicações acobertadas por sigilo profissional, não restringia de forma adequada o período temporal ou determinada região geográfica a partir de qual se desse o armazenamento de dados, nem se sujeitava a um controle judicial prévio. Assim, apesar de atender a um objetivo efetivo de interesse geral — a "prevenção das infrações e na luta contra a criminalidade, designadamente a criminalidade organizada" (UNIÃO EUROPEIA, 2014, § 43) —, a medida não se revelava proporcional, tendo em vista que permitia "uma ingerência nos direitos fundamentais de quase toda a população europeia" (UNIÃO EUROPEIA, 2014, §56).

O caso permite identificar, portanto, que a afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados aporta novos limites materiais e procedimentais à atuação dos órgãos de persecução penal. Com efeito, a própria Diretiva n. 2006/24/EC cita conclusões de 19 de dezembro de 2002 do Conselho Justiça e Assuntos Internos, constituído pelos ministros da Justiça e de Assuntos Internos dos Estados-Membros da União Europeia, no sentido de que:

> [...] devido a um notável crescimento das possibilidades oferecidas pelas comunicações eletrônicas, os dados gerados pela utilização deste tipo de comunicações

> constituem um instrumento extremamente importante e útil na prevenção, investigação, detecção e de repressão de infrações penais, em especial contra a criminalidade organizada. (UNIÃO EUROPEIA, 2006, § 7°).

O texto – aprovado depois dos atentados de Londres de julho de 2005, em que se intensificou no Conselho Europeu a compreensão pela necessidade de estabelecer medidas comuns entre os países quanto à conservação de dados de telecomunicações – volta, mais à frente, a confessar sua motivação penal, no sentido de possibilitar novos meios de prevenção e repressão de delitos, especialmente os praticados por organizações criminosas:

> Visto que a conservação de dados se tem revelado um instrumento de investigação necessário e eficaz de repressão penal em vários estados-membros, nomeadamente em matérias tão graves como o crime organizado e o terrorismo, é necessário assegurar que as autoridades responsáveis pela aplicação da lei possam dispor dos dados conservados por um período determinado, nas condições previstas na presente diretiva. (UNIÃO EUROPEIA, 2006, § 9°).

No Brasil, há desde 1988 previsão constitucional da inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CRFB/1988), revelando-se possível falar em sua proteção não apenas como um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada, mas como um direito fundamental autônomo, que reclama atuações estatais específicas – negativas e positivas – para sua tutela adequada (BRASIL, 1988; MENDES, 2018, p. 188). Ainda, a autodeterminação informativa é medida que ganha força normativa progressiva no país, sobretudo a partir da edição da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), ato normativo que

representou a criação de um sistema protetivo aos dados pessoais e seu tratamento (BRASIL, 2018a).[7]

No âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, por exemplo, a autonomia do direito fundamental à proteção dos dados pessoais foi assentada por alguns ministros durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387 (BRASIL, 2020e), julgada em 7 de maio de 2020, em que se impugnava a Medida Provisória n. 954/2020, que dispunha sobre a coleta, a conservação e o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telecomunicações com o órgão estatal de estatística, para fins de enfrentamento da pandemia de Covid-19. Na ocasião, o ato normativo não ultrapassou o juízo de proporcionalidade realizado pela corte, tendo sido considerado incompatível com a ordem constitucional brasileira.

Em reforço a essa autonomia, houve reconhecimento explícito do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, pela superveniência da Emenda Constitucional n. 115, promulgada em 10 de fevereiro de 2022. A partir de sua edição, acrescentou-se nova disposição ao catálogo dos direitos fundamentais afirmados pelo art. 5º da Constituição brasileira (BRASIL, 1988), (inciso LXXIX), assegurando de forma expressa "nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais", assegurando à União a competência para "organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais" (art. 21, XXVI), bem como para legislar privativamente sobre a matéria (art. 22, XXX).

[7] Na legislação brasileira, também se destaca o Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, que estabelece a internet como ambiente essencial ao exercício da cidadania, garantindo a seus usuários a "inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"; "a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei"; e "a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial" (art. 7º, I, II e III) (BRASIL, 2014a).

Dessa forma, ao mesmo tempo em que surge um interesse cada vez maior sobre as informações pessoais digitais para execução do *ius puniendi* estatal, o direito fundamental à proteção dos dados pessoais implica que as medidas legislativas que disciplinam seu acesso, bem como as empreitadas investigativas sobre seu conteúdo devem se revelar proporcionais, isto é, adequadas e necessárias ao atendimento dos objetivos que justificam a relativização de sua inviolabilidade, sem que se vislumbre a alternatividade de outra medida menos gravosa. Assim, interesses como a persecução penal eficiente à criminalidade organizada são objetivos adequados à limitação da proteção dos dados pessoais, mas devem ser perquiridos com fundamento em lei e de forma limitada, pontual e justificada, sem que se promova uma devassa sobre os dados de pessoas indeterminadas.

3 TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO EM MEIO DIGITAL: UTILIZANDO DADOS PESSOAIS NO PROCESSO PENAL

A partir das premissas do tópico anterior, chega-se à dinâmica relação entre o surgimento de novos direitos fundamentais limitadores da persecução penal e a necessidade de desenvolvimento de novas técnicas investigativas que, em um mundo cada vez mais digital e globalizado, permitam um eficiente combate ao crime organizado. Essa relação não revela contradição inerente, podendo sua justa medida de equilíbrio ser encontrada a partir dos mencionados critérios de proporcionalidade, cuja delimitação mais específica pode ser apreendida a partir da análise de alguns casos concretos. É o que se propõe a fazer na presente seção, a partir da identificação de alguns casos julgados no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre o tema de meios digitais de provas e seu possível confronto com o sigilo e a inviolabilidade dos dados pessoais, mediante aportes advindos do enfrentamento de temas similares também em outros países. A maioria dos casos se relaciona, em alguma medida, ao enfrentamento do crime organizado e mesmo os que não se vinculam de forma direta a essa

finalidade permitem solidificar premissas teóricas importantes para a sua persecução.

De início, surge relevante a requisição judicial de dados digitais armazenados por provedores de aplicação na internet relativamente a um conjunto indeterminado de pessoas. O tema foi apreciado pela Terceira Seção do STJ em um conjunto de casos[8] relacionados à investigação do homicídio da vereadora fluminense Marielle Franco e de seu motorista Anderson Gomes.

Nesses julgados, debatia-se sobre a validade de decisões do juízo de primeira instância que determinavam que alguns provedores fornecessem a identificação dos usuários de aplicativos que estivessem em uma região específica da cidade do Rio de Janeiro, dentro de um intervalo temporal também determinado (no caso, os limites eram de 15 minutos em um certo polígono de coordenadas em que um veículo relacionado ao crime havia sido visto), bem como a identificação dos IPs (Internet Prococols) de usuários do Google que, nos dias anteriores à prática do crime, tivessem realizado certas buscas nessa plataforma, a partir da delimitação de alguns parâmetros de pesquisa. Quanto ao ponto, destaca-se que a autorização judicial se dava em intervalo delimitado de tempo (de 10 de março 2018 a 14 de março de 2018, data do crime), a partir de algumas palavras-chave também delimitadas, relacionadas à investigação.[9]

As decisões de origem eram impugnadas pelo próprio Google, que argumentava que as circunstâncias do caso não justificavam a quebra do sigilo desses dados, nem se revelariam proporcionais, sobretudo por não recaírem sobre investigados específicos, mas

[8] RMS 60.698 (BRASIL, 2020a), RMS 61.302 (BRASIL, 2020b) e RMS 62.143 (BRASIL, 2020c), todos de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, julgados pela Terceira Seção do STJ em 26 de agosto de 2020.

[9] Os parâmetros adotados foram os seguintes: "Marielle Franco", "Vereadora Marielle", "Agenda Vereadora Marielle", "Casa das Pretas", "Rua dos Inválidos, 122" ou "Rua dos Inválidos".

sobre um conjunto não identificado de pessoas. Em outros países, a empresa havia recebido ordens judiciais semelhantes, quando cumpriu a requisição de identificação de protocolos de internet a partir de parâmetros de pesquisa para identificação de suspeitos.[10]

Esses argumentos não foram acolhidos pelo STJ, que confirmou a validade das determinações judiciais, tendo em vista que havia um concreto interesse público relevante, reconhecido previamente por decisão fundamentada da autoridade judicial competente para supervisão das investigações, possibilitando uma limitação à inviolabilidade de dados estáticos de registro armazenados, não alcançando o conteúdo em si do fluxo de comunicações de dados.[11] Ademais, a decisão judicial apresentava elementos que restringiam a incidência da medida, a partir de critérios justificados e correlacionados de forma específica à investigação (circunstâncias de tempo, de lugar e de modo delimitadas), ainda que não houvesse – por absoluta impossibilidade e pela ineficácia, quanto ao ponto, dos outros meios investigativos previamente utilizados – a identificação individualizada das pessoas alcançadas, visto que esse era justamente o objetivo da diligência investigativa. Não se tratava, assim, de uma devassa geral e irrestrita de dados pessoais.[12]

---

10 Cita-se o caso de Robert Kelly e Michael Williams, este último identificado como suspeito pela possível prática de um incêndio criminoso a um carro, a partir de protocolos de internet utilizados para buscas do endereço da vítima no dia do crime e na véspera (ARAS, 2020a).

11 Com efeito, o Direito brasileiro comporta diferentes níveis protetivos conforme a maior ou menor intromissão nos dados pessoais, relativamente ao próprio conteúdo da comunicação em si, seus dados de armazenamento ou mesmo dados cadastrais propriamente ditos (MOURA; BARBOSA, 2020, p. 478). Nesse sentido, destaca-se recente decisão do STJ de que o mero requerimento, para que a guarda dos registros de acesso a aplicações de internet ou registros de conexão se dê por prazo superior ao legal, pode ser feito diretamente pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, sem autorização judicial prévia, visto que a medida não traduz acesso aos dados armazenados (BRASIL, 2022).

12 Vladimir Aras lembra o caso de Nicky Verstappen, garoto holandês de 11 anos morto em 1988 durante um acampamento de verão (ARAS, 2020b). A solução do caso só foi possível em 2008, após a realização de mais de 16 mil testes de DNA dentre os homens da região, que atenderam voluntariamente ao chamado da polícia. A busca permitiu restringir, mediante os traços genéticos que indicavam parentesco, o foco da investigação, até que se encontrasse, mediante busca e apreensão judicialmente autorizada na casa de um investigado, uma amostra 100% compatível com o material genético que havia sido encontrado nas roupas da vítima.

Assim, a corte considerou que, no caso, estavam atendidos os critérios de proporcionalidade da quebra de sigilo dos dados requisitados, tendo em vista que era adequada ao fim buscado e necessária ante à ineficácia de outros métodos de investigação.[13] Ainda, persistiria o dever de sigilo sobre os dados obtidos e não conexos à investigação criminal, de modo que a medida não levaria à exposição pública de pessoas não vinculadas ao fato criminoso.

Em outra situação, a ausência de critérios específicos de delimitação temporal levou o STJ a considerar inválida a quebra de sigilo de comunicações por *e-mail* em intervalo desproporcional de tempo. No Habeas Corpus n. 315.220/RS (BRASIL, 2015), investigava-se a prática dos crimes de corrupção, peculato e falsidade ideológica, tendo a autoridade judicial determinado a quebra de sigilo de *e-mails* dos investigados em um período superior a dez anos, sem que fossem apresentadas razões suficientes que concretamente indicassem a necessidade de que a diligência recaísse sobre tão largo tempo. Entendendo se tratar, assim, de medida desproporcional, declarou-se a nulidade das provas resultantes dessa diligência.

Em relação à determinação de identificação dos usuários de aplicações de internet que estivessem em uma dada região dentro de um intervalo temporal determinado, trata-se de técnica conhecida como *geofencing* (cercamento geográfico), que no Brasil encontra

[13] Nesse ponto, destaca-se trecho do voto proferido pelo ministro relator: "Quanto à proporcionalidade da quebra de dados informáticos, ela é adequada, na medida em que serve como mais um instrumento que pode auxiliar na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por mais de dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva; é necessária, diante da complexidade do caso e da não evidência de outros meios não gravosos para se alcançarem os legítimos fins investigativos; e, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição a direitos fundamentais que dela redundam – tendo como finalidade a apuração de crimes dolosos contra a vida, de repercussão internacional – não enseja gravame às pessoas eventualmente afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrais publicizados, os quais, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados." (BRASIL, 2020c).

respaldo legal no artigo 22 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014a).[14] A partir da autorização judicial de acesso a dados digitais, permite-se identificar as pessoas que estavam em um espaço geográfico em determinado período, afunilando as investigações sobre possíveis suspeitos.

Nos Estados Unidos, discute-se sobre a validade jurídica dos "mandados de geocercamento" ("*geofence warrants*") ou "mandados de localização reversa" ("*reverse location warrant*"), sobretudo à luz da limitação de buscas e apreensões irrazoáveis, afirmada pela Quarta Emenda à Constituição daquele país. Apesar de seu texto afirmar a inviolabilidade sobre "pessoas, casas, papéis e pertences", também os dados pessoais são alcançados pelo dispositivo constitucional (GEOFENCE..., 2021, p. 2513). Assim é que:

> [...] a expansão dos métodos ocultos de investigação, com seu potencial de eliminação das barreiras à privacidade, provoca reativamente a configuração de defesas jurídicas de proteção do âmbito essencial da configuração da vida privada que se constituem a partir de uma dimensão de dependência recíproca entre legalidade e reserva de jurisdição. (PRADO, 2021, p. 179).

Em termos próximos, destaca-se que desde 2016 o Código de Processo Penal – CPP brasileiro (art. 13-A) autoriza que, no caso de alguns crimes específicos,[15] o Ministério Público ou a polícia requisite, de órgãos públicos ou de entidades privadas, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos, independentemente de autorização judicial prévia (BRASIL, 1941). Ateriormente havia previsões

[14] Sobre o ponto, destacam-se os arts. 22 e 23 da Lei n. 12.965/2014.

[15] Os crimes indicados pelo art. 13-A do Código de Processo Penal são: sequestro e cárcere privado; redução à condição análoga à de escravo; tráfico de pessoas; extorsão mediante restrição de liberdade da vítima; extorsão mediante sequestro e tráfico internacional de crianças.

similares nas leis que tratam do crime de lavagem de capitais (art. 17-B da Lei n. 9.613/1998) e das organizações criminosas (art. 15 da Lei n. 12.850/2013).

Ainda, no caso de investigação relacionada ao tráfico de pessoas, o CPP (art. 13-B) dispõe que essa requisição pode alcançar também informações de telecomunicações e telemática que permitam identificar a localização da vítima ou de suspeitos, mediante a triangulação de posicionamento de estações rádio base – ERB, por exemplo (BRASIL, 1941). Nesse caso, apesar de haver certa contradição na redação do dispositivo (LIMA, 2017, p. 139-141), exige-se prévia autorização judicial, havendo limites temporais e circunstanciais estabelecidos pela lei.

Em todo caso, renova-se a afirmação quanto à incidência dos vetores limitativos da adequação e necessidade dessas medidas investigatórias, bem como a estrita observância ao sigilo no tratamento dos dados coletados, inclusive com o descarte daqueles que não apresentem relevância para a atividade investigativa. Ainda, em qualquer dessas circunstâncias, os dados coletados deverão ter uma fiel documentação de sua cadeia de custódia, a fim de que se garantam a autenticidade e a integridade dos elementos informativos colhidos.

Com efeito, a inevitável digitalização da investigação criminal apresenta desafios adicionais ao registro da cadeia de custódia, sobretudo na documentação de sua cronologia e na garantia de não interferência dos agentes envolvidos. Aliás, a própria produção de elementos informativos digitais revela aspectos de difícil controle, especialmente nos chamados "meios ocultos de investigação" (MOURA; BARBOSA, 2020, p. 484), o que "reclama adequada compreensão quanto ao cabimento – forma e conteúdo – da cadeia de custódia das provas nesse cenário" (PRADO, 2021, p. 179).

Veja-se, nesse sentido, questão enfrentada pelo STJ relativamente à utilização do espelhamento de aplicativo de mensagens de celular

em computador (WhatsApp Web) para fins de investigação criminal. No caso RHC n.99.735/SC (BRASIL, 2018b), houve autorização judicial para que se apreendesse o celular de um investigado e, mediante a coleta de dados do WhatsApp e a leitura de um QR Code, a autoridade policial procedeu ao espelhamento de seu conteúdo em computador, a fim de que tivesse acesso ao histórico de mensagens recebidas e enviadas pelo investigado, bem como àquelas que ainda seriam enviadas, depois de a ele restituído o bem apreendido. A técnica investigativa que, inicialmente, parece promissora por permitir o conhecimento interno de detalhes de uma organização criminosa ou do planejamento de um crime, por exemplo, apresenta peculiaridades reconhecidas no mencionado julgamento.

Diferentemente de uma interceptação telefônica ou do acesso a trocas de *e-mails*, em que se registra o conteúdo das comunicações realizadas sem qualquer possibilidade de interferências pelos investigadores, o acesso espelhado ao aplicativo de mensagens permite que, em tese, as pessoas envolvidas possam interferir na troca de informações entre os investigados. A partir do emparelhamento entre celular e computador, é possível que por esse último meio, envie-se mensagens ou apague conteúdo presente ou passado, enviado ou recebido, em atualizações simultâneas entre as plataformas, sem possibilidade de posterior recuperação ou desfazimento.

Assim, a própria funcionalidade utilizada indica a possibilidade de que haja, por parte da investigação, interferência direta na comunicação, além de viabilizar o acesso a todo o histórico de conversas do investigado, alcançando conteúdo passado, quando ainda inexistia autorização judicial que permitisse a quebra de seu sigilo. Não se podendo garantir, portanto, a autenticidade e a mesmidade (PRADO, 2014, p. 17) dos elementos a serem aportados como prova em um processo penal, a corte assentou a nulidade da decisão judicial que havia autorizado o espelhamento do aplicativo, bem como das provas que resultaram dessa diligência. Para o futuro, porém, imagina-se se não seria possível desenvolver um *software* que permitisse registrar

e/ou limitar as atividades dos investigadores no computador, a fim de permitir a utilização válida desse meio de investigação.

Nota-se, assim, que o direito fundamental à inviolabilidade e à proteção dos dados pessoais aporta novas limitações às técnicas investigativas que constantemente surgem, impondo requisitos que devem ser observados pelos órgãos estatais de persecução penal. Em outras situações, porém, as informações colhidas podem advir de meios não oficiais de investigação, como quando derivam de descobertas jornalísticas ou vazamento de dados, refletindo novas preocupações no processo penal.

4 COMPARTILHAMENTO INTERNACIONAL DE DADOS EM INVESTIGAÇÕES JORNALÍSTICAS: CADEIA DE CUSTÓDIA E VERDADE PROCESSUAL

As circunstâncias afirmadas nos tópicos anteriores ganham relevo adicional quando se considera a dimensão internacional do enfrentamento à criminalidade organizada, não apenas como consequência de tratados entabulados entre os países,[16] mas também como inevitável desdobramento prático de sua investigação. Com

[16] Podem ser citados, nesse sentido, a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), como principal documento internacional destinado ao tema, promulgado internamente no Brasil pelo Decreto n. 5.015/2004. Seus protocolos adicionais versam sobre o Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; e a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições; os quais foram também promulgados no Brasil (Decretos n. 5.016/2004, 5.017/2004 e 5.941/2006, respectivamente). Ainda, surgem como documentos internacionais relevantes sobre o tema a Convenção de Viena de 1988 (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), promulgada pelo Decreto n. 154/1991 e a Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006. Por fim, a Convenção de Budapeste (Convenção sobre o Crime Cibernético), cuja adesão pelo Brasil se deu em dezembro de 2021, pelo Decreto Legislativo n. 37 daquele ano.

efeito, cada vez mais, impõe-se o enfrentamento internacional do crime organizado, cenário em que assumem relevância instrumentos como a cooperação internacional, não apenas entre os estados, mas também em abrangência dos organismos internacionais.

Ainda, acordos bilaterais de cooperação jurídica ostentam relevância crescente, como instrumentos de troca de informações entre países para investigações criminais, bem como para obtenção de dados pessoais de investigados. É o caso, por exemplo, do Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT (Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal), firmado entre Estados Unidos e Brasil em 1997, promulgado internamente pelo Decreto n. 3.810/2001 (BRASIL, 2001). Esse ato normativo tem, inclusive, seu alcance discutido perante o STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51 (BRASIL, 2020d), especialmente no que diz respeito à (im)possibilidade de requisição direta de dados pessoais de comunicação em poder de provedores de aplicação que possuem sua sede no exterior.[17]

Não bastassem essas complexidades, casos recentes de relevantes investigações jornalísticas aportam desafios práticos adicionais ao compartilhamento internacional de informações e seu aproveitamento

[17] ADC n. 51, rel. Min. Gilmar Mendes. Na ação, requer-se a confirmação da constitucionalidade do Decreto n. 3.810/2001, além do artigo 237, II, do Código de Processo Civil, e dos arts. 780 e 783 do Código de Processo Penal (que versam sobre o cumprimento de cartas rogatórias e a cooperação jurídica internacional). Discute-se, na ação, se a mencionada requisição direta de dados de comunicação contrariaria esses dispositivos. A entidade autora (Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação) argumenta que apenas por meio da expedição de carta rogatória ou pelo cumprimento estrito dos instrumentos previstos pelo MLAT (solicitação pelo Ministério da Justiça brasileiro ao Department of Justice – DOJ norte-americano) é que esses dados poderiam ser acessados por autoridades judiciais brasileiras. A discussão ainda envolve reflexos da legislação interna estadunidense (Stored Communications Act e Cloud Act), relativamente à necessidade ou não de prévia decisão judicial interna para o envio dos dados pessoais solicitados. A corte realizou audiência pública para discussão do tema em 10 de fevereiro de 2020 e o julgamento do caso está agendado para 11 de maio de 2022.

na esfera penal. Exemplos como os conhecidos Panama Papers[18] e Swiss Leaks[19] revelam situações de vazamento de um elevado número de dados pessoais, nas quais o descobrimento de elementos de informação relativos ao possível cometimento de crimes diversos, inclusive no contexto transnacional, derivam de meios não estatais de investigação, como denúncias anônimas e bem documentadas feitas a veículos internacionais de comunicação ou descobertas decorrentes de iniciativas conjuntas de jornalismo investigativo. Nesses casos, as iniciativas são acobertadas pela liberdade constitucional de imprensa, mas sua inserção no processo penal pode representar peculiaridades relevantes.

Dentro de uma concepção democrática, a liberdade de imprensa, como reflexo de uma das liberdades públicas, possui proteção destacada e até mesmo preferencial nas ordens constitucionais. Isso porque, para além das inerentes finalidades que justificam a proteção dessas liberdades, elas também assumem importância instrumental para a garantia e implementação de outros direitos fundamentais. Como consequência, a regra é que prevaleça sua ampla liberdade, exigindo-se um significativo ônus argumentativo para as decisões que determinem sua restrição ou seu afastamento (ARABI, 2019, p. 127-128).

[18] O escândalo deriva do vazamento de milhões de documentos do escritório Mossak Fonseca (sediado no Panamá), enviados anonimamente a um jornal alemão e compartilhados com o Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos – Icij. Os arquivos relevavam um amplo esquema organizado de remessa oculta de valores bilionários a empresas de fachada sediadas em paraísos fiscais e relacionadas a diversos políticos de relevo e celebridades internacionais. A divulgação, iniciada em abril de 2016, despertou interesse em autoridades investigativas de diversos países, que passaram a buscar acesso a esses documentos.

[19] De forma semelhante, o caso deriva de investigações jornalísticas que partiram do vazamento de dados apropriados por um ex-funcionário de um relevante banco europeu, os quais revelariam um organizado esquema de evasão fiscal e alocação de recursos financeiros no exterior. O caso eclodiu em fevereiro de 2015, provocando também amplo interesse penal em sua investigação.

Há que se garantir, portanto, a livre e independente possibilidade de investigação jornalística, cujo grau de autonomia revela, inclusive, perfis mais ou menos democráticos de uma nação.[20] Seus reflexos penais, porém, despertam preocupações adicionais.

De início, há que se destacar que a busca da verdade jornalística e a busca da verdade processual penal apresentam escopos distintos (VIEIRA, 2012, p. 131). Para além das próprias limitações epistemológicas da apropriação de qualquer verdade, no processo penal, obedecidas as limitações materiais e procedimentais que são condições de validade de sua própria existência (GOMES FILHO, 1997, p. 54), a verdade probatória coloca-se como a "maior aproximação possível" (TARUFFO, 1992, p. 158) dos fatos, empreitada que não leva a certezas, mas a probabilidades daquilo que se investiga. Nesse sentido, a verdade processual "é apenas um pressuposto para se poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto" (BADARÓ, 2018, p. 518), revelando-se como uma verdade aproximativa (FERRAJOLI, 2014, p. 53).

Nessa perspectiva, o valor jornalístico de um elemento de informação não necessariamente coincidirá com seu valor probatório no processo penal, à luz das limitações materiais e formais distintas a que uma e outra forma de investigação estão sujeitas. A inviolabilidade de dados pessoais e das comunicações privadas, o devido processo legal e a ampla defesa são algumas das garantias cuja observância estrita pode não interessar à atividade jornalística investigativa. Trata-se, de outro lado, de requisitos de legitimidade da atuação dos órgãos estatais de persecução penal.

[20] Nesse sentido, cite-se a conhecida Classificação Mundial da Liberdade de Imprensa, promovida pela organização Repórteres Sem Fronteiras. No *ranking* de 2022, o Brasil ocupa a 110ª posição, dentre os 180 países integrantes do estudo (REPÓRTERES SEM FRONTEIRAS, 2022).

Em relação aos dados pessoais, cuja proteção consubstancia direito fundamental autônomo, é possível que informações obtidas sem prévia e justa autorização judicial e/ou legal sirvam, no âmbito da liberdade de imprensa, à busca da verdade jornalística. Entretanto, sua utilização no processo penal como meio de prova na persecução da verdade processual deve se cercar de cuidados adicionais, tanto nos momentos de sua admissão quanto naqueles de sua valoração e da decisão a partir dos fatos provados, conforme diferentes padrões de racionalidade que cada etapa exige (FERRER-BELTRÁN, 2007, p. 67-68).

Além dos aspectos materiais e procedimentais que limitam a atuação penal estatal, também a ausência de registro de sua cadeia de custódia pode ser elemento que influencie na admissão e valoração desses materiais como meios de prova. Com efeito, "a necessidade de documentação da cadeia de custódia é fundamental para assegurar o potencial epistêmico das fontes de provas reais" (BADARÓ, 2021, p. 8), o que se revela em relação a qualquer meio de prova. Sua regulamentação no Direito brasileiro, porém, é recente e ainda se guia pelos meios de prova físicos ou materiais (arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei n. 13.964/2019).

Há que se considerar que em situações como as mencionadas acima, não há supervisão judicial ou contraditório sobre a formação dos elementos de informação, que por vezes derivam de vazamento de documentos – que inclusive podem representar, em si, atividade criminosa (como no caso de invasão a dispositivo informático). Assim, o mero acesso pelos órgãos estatais de persecução penal a esses documentos, via cooperação internacional, não necessariamente valida a sua utilização como meio de prova no processo penal. Nesse sentido, é ainda mais dificultosa a garantia de que os meios de prova sejam autênticos e íntegros, à luz dos vetores da mesmidade e da desconfiança (PRADO, 2014, p. 17).

Por sua própria natureza, há uma dificuldade intrínseca em "preservar a integridade do elemento probatório digital e de verificar sua autenticidade, além de determinar o cuidado extremado que se deve ter, haja vista os riscos concretos de manipulação e alteração de dados" (PRADO, 2021, p. 194). Nesse sentido, há de destacar que, por vezes, uma alteração propositada ou imprudente empreendida em um meio de prova digital pode se dar sem qualquer possibilidade de identificação ou rastreio posterior, visto que se trata de "fonte de prova que pode ser facilmente contaminada, sendo sua gestão muito delicada, por apresentar um alto grau de vulnerabilidade a erros" (BADARÓ, 2021, p. 8).

Jurisprudencialmente, o tema foi enfrentado em alguns casos julgados no Basil. Relativamente à interceptação telefônica e telemática, autorizada por decisão judicial prévia, válida e bem fundamentada, o STJ considerou, por exemplo, que o acesso integral ao conteúdo derivado de sua realização deve ser disponibilizado, tal qual captado, aos investigados e sua defesa, necessidade que não se supre pelo acesso aos autos do processo em si.

No Habeas Corpus n. 160.662/RJ (BRASIL, 2014b), em que se investigava a prática dos crimes de associação criminosa, descaminho e lavagem de capitais por organizado grupo de empresas reais e de fachada no Brasil e no exterior, houve, ainda durante a fase policial, extravio de parte do conteúdo captado, havendo, no material disponibilizado à defesa dos acusados, partes omissas e descontínuas nos áudios e *e-mails* capturados, em razão da formatação do computador utilizado durante as investigações, sem possibilidade de recuperação. Enfrentando a questão, o STJ afirmou que a preservação da integralidade dos elementos de informação colhidos na investigação é dado essencial à efetivação das garantias do contraditório e da ampla defesa, de modo que a falha na cadeia de custódia da prova

representaria um cerceamento ao direito de defesa. Dessa forma, ante à não preservação da integralidade do material probatório, foi reconhecida a nulidade das provas resultantes das interceptações telefônica e telemática.

Aspectos semelhantes também foram considerados no enfrentamento da matéria pelo STF. No caso Rcl n. 32.722/MT (BRASIL, 2019), relativo à investigação de uma organização criminosa de tráfico internacional de entorpecentes, houve o reconhecimento de dúvidas sobre a confiabilidade do resultado de interceptação telefônica e telemática. Discutia-se, assim, independentemente da validade e da legitimidade da realização da interceptação, se era adequado o acesso pela defesa aos dados interceptados em sua forma autêntica, integral e original.

Mais especificamente, havia suspeitas de que a autoridade policial teria alterado os arquivos que retratavam a transcrição de mensagens trocadas entre os investigados, substituindo os números de identificação originalmente indicados pelos nomes dos supostos emissores e destinatários das mensagens. A corte reconheceu, assim, a existência de uma dúvida concreta sobre a fidedignidade dos dados apresentados pela polícia, reafirmando à defesa, em razão da necessidade de registro e preservação adequada da cadeia de custódia, o acesso integral ao material informativo, tal qual originalmente colhido.[21]

[21] Registra-se que, na ocasião, o Ministro Edson Fachin proferiu voto divergente no sentido de que a possível alteração mencionada não representaria impactos à confiabilidade ou à autenticidade dos meios de prova, tendo em vista que todo o seu conteúdo havia sido disponibilizado à defesa dos investigados tal como colhidos na interceptação. Segundo a distinção que ali se fez, se havia dúvidas quanto à transcrição realizada, inexistiam suspeitas sobre o conteúdo propriamente dito.

Nota-se, assim, uma contínua preocupação legislativa, doutrinária e jurisprudencial com a correta preservação da cadeia de custódia, como elemento necessário à concreta efetivação do devido processo legal. Em relação aos dados digitais, essas disposições são ainda mais significativas, tendo em vista a inexistência de regulamentação legal específica e mesmo de consenso sobre as práticas e formas corretas de sua preservação.

Em relação aos elementos informativos resultantes de investigações jornalísticas realizadas no exercício legítimo da liberdade de imprensa, seu aproveitamento no processo penal deve cercar-se de cuidados adicionais, visto que não atendem, a princípio, características próprias da investigação criminal (supervisão judicial, reserva de jurisdição, contraditório, registro da cadeia de custódia). Essas peculiaridades devem, portanto, guiar os *standards* racionais e argumentativos de decisão nos momentos de admissão e valoração dos dados e das informações colhidas como meios de prova em um processo penal. A liberdade de imprensa deve mesmo ser ampla, mas a internalização de seus documentos e de sua produção informativa no processo penal deve se guiar por critérios que garantam a identidade, a integridade e a autenticidade daquilo que se admitir como meio de prova.

5 CONCLUSÃO

Em um processo penal democrático, a busca da verdade processual não pode se dar a qualquer custo, sob pena de invalidação de seus próprios resultados (CONDE, 2003, p. 112). Os limites formais e materiais que se colocam derivam da necessidade de que a eficiência da tutela penal estatal se alinhe à observância dos direitos fundamentais. Esses variados aspectos são dinâmicos e acompanham as mudanças sociais que se enfrentam. Assim é que os meios de investigação criminal

e os direitos fundamentais que o limitam atualizam-se constantemente, influenciando-se reciprocamente.

A essas constatações, somam-se ainda as limitações epistemológicas que a produção probatória intrinsecamente assume, contexto em que a busca da verdade processual é sempre aproximativa, levando a distintos graus de probabilidade dos fatos investigados, esclarecidos em procedimento dialético que permita o contraditório efetivo na verificabilidade das hipóteses acusatórias e defensivas. Assim, a busca de um procedimento válido é um dos elementos que confere justiça à própria decisão, ao permitir a "apuração confiável dos fatos relevantes do caso" (TARUFFO, 1997, p. 319-320, tradução nossa).

Nesse contexto, a utilização de dados pessoais no processo penal é medida necessária, mas que deve se cercar de cuidados peculiares. A promoção de uma persecução penal estatal eficiente é objetivo adequado à limitação da proteção dos dados pessoais, desde que obedecidos os critérios constitucionais e legais, que indicam a necessidade de uma intervenção limitada, pontual e justificada.

Em relação aos dados digitais, em atendimento a dificuldades inerentes que sua preservação apresenta, também a documentação de sua cadeia de custódia deve guiar a atuação dos órgãos de persecução penal, a fim de que se garanta a integralidade e a autenticidade dos documentos e elementos de informação colhidos. Adicionalmente, quando derivem de dados compartilhados a partir de investigações jornalísticas, a admissão e a utilização dessas informações como meios de prova no processo penal aportam a necessidade de cumprimento de um mais elevado ônus argumentativo, tendo em vista que sua produção ocorre sem contraditório ou supervisão judicial, por meios não oficiais de investigação.

Sem descuidar da necessidade de que essas investigações jornalísticas sejam protegidas no âmbito da liberdade de imprensa, sua utilização no processo penal deve considerar as peculiaridades que envolvem, a partir de distintos *standards* racionais e argumentativos de decisão nos momentos de admissão e valoração dos dados e das informações colhidas. A garantia de identidade, integridade e autenticidade dos meios de prova admitidos é medida essencial à consecução de um procedimento válido que busque uma decisão justa.

Ainda que esses valores pareçam contraditórios, deve-se buscar um equilíbrio que promova a tutela penal eficiente e a proteção dos direitos fundamentais dos investigados. Essa é a empreitada contínua a que se dedica o processo penal democrático, que cotidianamente se modifica e deve se atualizar.

REFERÊNCIAS

ARABI, Abhner Youssif Mota. As liberdades públicas e o Supremo: 30 anos de uma nova história constitucional. *In*: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavènere (coord.). **Constituição da República 30 anos depois**: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais – estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 127-143.

ARAS, Vladimir. Acesso a dados do Google para investigações criminais. **Blog do Vlad**, [*S. l.*], 31 out. 2020a. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2020/10/31/acesso-a-dados-do-google-para-investigacoes-criminais/. Acesso em: 10 fev. 2022.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA; Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 57-128.

ARAS, Vladimir. O Google e a vereadora assassinada no Rio. **Blog do Vlad**, [*S. l.*], 5 out. 2020b. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2020/10/05/o-google-e-a-vereadora-assassinada-no-rio. Acesso em: 10 fev. 2022.

ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. *In*: ZANELLATO, Vilvana Damiani (org.). **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Temas Relevantes. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 359-406.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 517-538.

BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. **Boletim do Instituto**

Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 29, n. 343, p. 7-9, jun. 2021.

BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **Globalization and its impact on the future of human rights and international criminal justice**. Portland: Intersentia, 2015.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito Penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109-134.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 3.810, de 2 de maio de 2001**. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras –COAF, e dá outras

providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 315.220/RS**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 20 de outubro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumetipoPes&termo=001975798201530000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacap=processos. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 160.662/RJ**. Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 18 de fevereiro de 2014b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1297583&num_registro=201000153608&data=20140317&formato=PDF. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 626.983/PR**. Relator: Min. Olindo Menezes, 8 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2031001&num_registro=202003003135&data=20220222&formato=PDF. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 99.735/ SC**. Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e processo penal. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Autorização judicial de espelhamento, via
WhatsApp web, das conversas realizadas pelo investigado com terceiros. Relatora: Min. Laurita Vaz, 27 de novembro de 2018b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777437&num_registro=201801533498&data=20181212&formato=PDF. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso em Mandado de Segurança n. 60698/RJ**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 26 ago. 2020a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumetipoPes&termo=007296896201881900000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacap=processos.ea. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso em Mandado de Segurança n. 61302/RJ**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 26 ago. 2020b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=00166393020198190000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso em Mandado de Segurança RMS n. 62143/RJ**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 26 ago. 2020c. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/922867091/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-62143-rj-2019-0318252-3. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51/DF**. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – ASSESPRO Nacional. Intimando: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar

Mendes, 9 de dezembro de 2020d. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1143005379/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-51-df-0014496-5220171000000/inteiro-teor-1143005402. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 32.722/MT**. Reclamante: Ricardo Cosme Silva dos Santos. Reclamado: Juízo da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Cáceres. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de maio de 2019. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861522996/reclamacao-rcl-32722-mt-mato-grosso-0083429-4320181000000/inteiro-teor-861523000. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387/DF**. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória n. 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus (Covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 de maio de 2020e. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 17 maio 2022.

CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica: CIDH, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em:8 fev. 2022.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Vestígio, 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. France: ECHR, [2021]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid:Marcial Pons, 2007.

GEOFENCE warrants and the fourth amendment. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 134, n. 7, May 2021. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2021/05/134-Harv.-L.-Rev.-2508-2.pdf. Acesso em: 14 fev. 2022.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso**. Tomo III - El proceso como situación jurídica: una crítica al pensamiento procesal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas juridicos y politicos del proceso penal**: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

KAISER, Brittany. **Manipulados**: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio**: notas de uma repórter sobre *fake news* e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas* data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BARBOSA, Daniel Marchionatti. Dados digitais: interceptação, busca e apreensão e requisição. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 477-502.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 16-17, set. 2014.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2021.

REPÓRTERES SEM FRONTEIRAS. **Análises 2022**. [*S. l.*]: RSF, 2022. Disponível em: https://rsf.org/pt-br/ranking. Acesso em: 17 maio 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Traducción de la 25ª edición alemana. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SHAW, Mark; KEMP, Walter. Rethinking Multilateral Responses to Organized Crime. *In*: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **Globalization and its impact on the future of human rights and international criminal justice**. Portland: Intersentia, 2015. p. 327-348.

SOLOVE, Daniel J. **Nothing to hide**: the false tradeoff between privacy and security. New Haven, London: Yale University Press, 2011.

SOLOVE, Daniel J. **The digital person**: technology and privacy in the information age. New York: New York University Press, 2004.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffre, 1992.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Elaborado em: Nice, França, 7 dez. 2000. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**: [Europa], n. C 304/1, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Directiva n. 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006. Relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L 105/54, 14 abr. 2006. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0024&from=PT#d1e39-54-1. Acesso em: 8 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de abril de 2014**. Comunicações eletrônicas, Diretiva 2006/24/CE, serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta desses serviços, validade, artigos 78° e 11° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.[Europa]: InfoCuria Jurisprudência, 2014. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?%20text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=586%203500. Acesso em: 8 fev. 2022.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 Dec. 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 9 fev. 2022.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.181

TRÁFICO DE MULHERES DO BRASIL À ITÁLIA PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL

WOMEN TRAFFICKING FROM BRAZIL TO ITALY FOR SEXUAL EXPLOITATION

CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD
Graduado em Direito pela Faculdade de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestrado e doutorado em Ciências Penais pela UFMG. Pós-doutor pela Universidade de Michigan. Juiz federal – Justiça Federal Seção Judiciária de Minas Gerais. Professor associado da Faculdade de Direito da UFMG, onde também atua como coordenador da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas. Leciona no mestrado profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam na área no Direito e Processo Penal. Experiência na área de administração da Justiça, além de atuar na formação de juízes, certificado pela École Nationale de la Magistrature, na França.
https://orcid.org/0000-0003-4401-3439

RESUMO

O Relatório de 2021 sobre tráfico de pessoas, elaborado pelo governo americano, coloca Brasil e Itália no mesmo nível no enfrentamento do crime. Os dois países não atenderam totalmente aos padrões mínimos para a eliminação do tráfico, embora estejam fazendo esforços significativos nesse sentido. O presente artigo mostra como está estruturada a legislação criminal relacionada ao tráfico de pessoas em ambos os estados e analisa ações penais da Justiça Federal brasileira que tenham como vítimas mulheres traficadas para exploração sexual com destino à Itália. A amostra de processos é avaliada com base no tempo de tramitação, nos resultados dos julgamentos e nas penas aplicadas. Apura-se que há grande morosidade na tramitação dos

processos criminais, maior número de condenações do que absolvições de acusados, majoritariamente do sexo masculino, com imposição de penas privativas de liberdade, em regra, superiores a quatro anos. As conclusões do Relatório de 2021 são parcialmente confirmadas e demonstram a necessidade de se aprimorar o sistema de Justiça Criminal brasileiro, especialmente no tocante à duração do processo.

Palavras-chave: tráfico de pessoas; Brasil; Itália; persecução penal.

ABSTRACT

The 2021 Report on Trafficking in Persons, made by the US government, places Brazil and Italy on the same level in the fight against the crime. The two countries have not fully met the minimum standards for the elimination of trafficking, although they are making significant efforts in this regard. This article shows how the criminal legislation related to human trafficking is structured in both States and analyzes criminal cases from the Brazilian Federal Justice that have women as victims trafficked for sexual exploitation to Italy. The sample of cases is evaluated based on the processing time, the results of the judgments and the punishment applied. It concludes that there is a great delay in the processing of criminal cases, a greater number of convictions than acquittals of defendants, mostly male, with sentences, as a rule, of more than four years in jail. The conclusions of the 2021 Report are partially confirmed and demonstrate the need to improve the Brazilian criminal justice system, especially regarding to the length of the cases.

Keywords: human trafficking; Brazil; Italy; criminal prosecution.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Marco legal. 3 Metodologia da coleta de dados. 4 Processos com vítimas destinadas à Itália. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Tier 2[1].

Este é o ponto comum que une Brasil e Itália quando se trata de tráfico de pessoas. Todos os anos, o Departamento de Estado dos Estados Unidos elabora um relatório em que apresenta a situação do enfrentamento do tráfico de pessoas em mais de uma centena de países. O último documento divulgado – 2021 Trafficking in Persons Report – colocou Brasil e Itália no mesmo patamar, haja vista que os governos dos dois países não atenderam totalmente os padrões mínimos para a eliminação do tráfico, embora estejam fazendo esforços significativos nesse sentido (UNITED STATES OF AMERICA, 2021, p. 52).

O relatório classifica os países em um dos quatro níveis (*tiers*), conforme determina o Trafficking Victims Protection Act of 2000 – TVPA. Essa colocação não se baseia no tamanho do problema de um país, mas na extensão dos esforços do governo para atender aos padrões mínimos da TVPA para a eliminação do tráfico de pessoas, que geralmente são consistentes com o Protocolo de Palermo (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004). O Protocolo da Organização das Nações Unidas – ONU alcançou ratificação quase universal, totalizando 178 partes aderentes. Sua implementação resultou em capacidade aprimorada para detectar, processar e prevenir o tráfico de pessoas em toda a comunidade internacional. Ao longo da última década, melhorias

[1] Nível 2

marcantes na estrutura legislativa foram registradas, particularmente nas Américas, Ásia e Oriente Médio (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2021, p. 23).

O governo americano monitora o cumprimento do tratado internacional por outros estados, colocando-os em classificação de quatro níveis, que tem consequências para seus orçamentos de ajuda externa, em relação às alíquotas de impostos que se aplicam às importações ou sobre os investimentos estrangeiros (HALLEY *et al.,* 2006, p. 335).[2] Do lado do governo italiano, o relatório concluiu que se aumentou o financiamento de campanhas de prevenção e conscientização do tráfico de trabalhadores em comparação com o ano anterior; treinaram-se mais policiais e se adotaram novos decretos, que revogaram em grande parte os decretos de 2018, os quais afetavam a proteção humanitária para requerentes de asilo, elevando a vulnerabilidade ao tráfico (UNITED STATES OF AMERICA, 2021, p. 310). Da parte do governo brasileiro, o relatório constatou que se obtiveram condenações finais para três traficantes sexuais e condenações iniciais para seis traficantes de mão de obra escrava, como também se desenvolveram novas orientações abrangentes para identificar e prestar assistência a vítimas de trabalho escravo, incluindo aquelas afetadas pelo tráfico (UNITED STATES OF AMERICA, 2021, p. 135). No entanto, em ambos os países recomenda-se investigar e processar vigorosamente os casos de tráfico, incluindo no Brasil os que envolvem turismo sexual infantil, e condenar e sentenciar os traficantes com penas de prisão significativas (UNITED STATES OF AMERICA, 2021, p. 136, 310).

[2] Há também a preocupação de que os relatórios estejam sendo politizados pelos Estados Unidos, classificando os países com base no fato de serem ou não aliados, pelo menos até certo ponto. Por exemplo, o relatório TIP de 2004 promoveu a Indonésia, que é um aliado na guerra contra o terrorismo, do Nível 3 para o Nível 2, e rebaixou a Venezuela, com quem os Estados Unidos têm relações tensas, do Nível 2 para o Nível 3, apesar de nenhuma mudança ter ocorrido nas práticas dos dois países. *Vide* Chuang (2006, p. 482).

O enfrentamento do tráfico de pessoas encontra-se na intersecção de uma série de questões controversas: a perda da soberania do Estado nacional e a transferência do poder para níveis superiores e inferiores; o aumento da ameaça do crime organizado transnacional; a regulamentação da imigração e do trabalho informal; o combate à violência e à discriminação contra as mulheres; o controle da prostituição e do trabalho sexual; e o patrulhamento das fronteiras do Estado (WESTMORLAND, 2010). Nesse contexto, certas condições sociais predizem quando é provável que o tráfico ocorra. Os indicadores mais significativos incluem pobreza, agitação social, corrupção governamental, mercado de trabalho, superpopulação, incapacidade de migrar legalmente e ignorância quanto à possibilidade de ser traficado (FAHEY, 2009, p. 355; CÂNDIDO, 2021, p. 61). É difícil distinguir empiricamente entre tráfico e migração e parece improvável que o problema do tráfico seja resolvido sem abordar os impulsionadores da migração internacional (RAO; PRESENTI, 2012, p. 234).

Muitos daqueles que tentam lidar com esse fenômeno multifacetado são os primeiros a reconhecer que o "problema" não pode ser "resolvido" quando colocado apenas em termos de delitos cometidos por criminosos organizados. Antes, é preciso considerar o tráfico de pessoas como "problema social" (SPECTOR; KITSUSE, 2001). O tráfico de mulheres para exploração sexual – objeto deste estudo – pode ser entendido através das lentes de vários enquadramentos, entre eles: Direitos Humanos, criminalidade, imigração, trabalho, gênero e política de prostituição. Entre educação, prevenção, proteção e persecução, a prioridade talvez não deva centrar-se nesta última, que surge tardiamente, quando a vítima foi lesada.

De qualquer forma, a repressão penal faz parte do arsenal de instrumentos postos à disposição dos estados para enfrentar e reduzir a ocorrência da prática ilícita. Da perspectiva da justiça criminal, os

esforços precisam se concentrar na coleta de dados para uso da inteligência investigativa, na persecução de traficantes e na dissolução das organizações e redes criminosas envolvidas no tráfico de pessoas (DIRIENZO; DAS, 2017, p. 285). O presente trabalho é necessariamente estrito, pois enfoca exclusivamente o aspecto criminal do tráfico de mulheres, em oposição a todas as pessoas. Situa-se na persecução penal, com o objetivo de analisar se as conclusões do Departamento de Estado americano, especificamente em relação ao sistema de Justiça brasileiro, são consistentes com o que tem sido praticado no meio forense. Para isso é examinada a base de dados que engloba processos de tráfico internacional para fins de exploração sexual de mulheres, tendo por foco os casos em que o crime se direcionou ao território italiano.

Em primeiro lugar, o marco legal do tráfico de pessoas no Brasil e na Itália é apresentado, a fim de verificar se, a despeito da posição equivalente no 2021 Trafficking in Persons Report, a regulamentação do tema, em ambos os países, possui contornos similares e aderência ao Protocolo de Palermo. Em seguida, examina-se a base de dados de ações penais na Justiça Federal, que contém informações sobre o tráfico internacional de pessoas envolvendo Brasil-Itália. A exposição da metodologia da coleta de dados antecede a apresentação dos principais achados. Por fim, conclui-se o trabalho com a discussão sobre os resultados obtidos.

2 MARCO LEGAL

Uma razão pela qual tem sido difícil medir o tráfico de pessoas é porque, até o início do século, havia pouca concordância sobre como defini-lo. No começo da década de 1990, o tráfico era visto principalmente como forma de contrabando de pessoas e tipo de migração ilegal (LACZKO; GRAMEGNA, 2003, p. 180). O Protocolo de

Palermo foi elaborado em 2000, como emenda à Convenção sobre o Crime Organizado Transnacional (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004)[3]. Seu objetivo era salvaguardar os direitos das vítimas de tráfico e tratá-las da mesma forma que os cidadãos dos países ou lugares para os quais foram traficadas, isto é, para garantir formalmente a assistência e a denúncia por parte delas independentemente de sua nacionalidade (CÂNDIDO, 2021, p. 59). Os estados-partes comprometem-se a prevenir e combater o tráfico de pessoas, proteger e assistir as vítimas do tráfico e promover a cooperação entre os estados para atingir esses objetivos.

Enquanto o Protocolo de Palermo (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004) corta a existência de qualquer ligação necessária entre prostituição e tráfico, não nega a existência de relação especial entre eles. Assim, nos termos do art. 3º, a prostituição e outras formas de exploração sexual são especificamente incluídas ao lado do trabalho forçado e de práticas análogas à escravidão. Além disso, o foco especial autoimposto do protocolo sobre mulheres e crianças pode ser lido, dada a dinâmica da atividade de prostituição, para apoiar a existência de conexão implícita em andamento (MUNRO, 2006, p. 326).

O Brasil inclui-se entre aqueles países que sofreram influência do Protocolo de Palermo, tendo alterado a legislação doméstica há pouco mais de um lustro. Encontra-se em vigor a Lei n. 13.344/2016 (BRASIL, 2016), que revogou os arts. 231 e 231-A do Código Penal e criou o art. 149-A, com o objetivo de adequar a legislação interna ao documento internacional. A nova lei preocupa-se com a prevenção e a repressão ao tráfico de pessoas, além de dispor sobre a assistência às

[3] O Protocolo de Palermo, como a Convenção sobre Crimes Transnacionais da qual faz parte, foi inegavelmente bem-sucedido em obter acordos entre países do Norte e do Sul, do Primeiro ao Terceiro Mundo, da demanda, oferta e países de trânsito. *Vide* Nelken (2010, p. 481).

vítimas. Relativamente à esfera penal, o crime ganhou maior amplitude, passando a compreender não só a exploração sexual – como era tratado pelos artigos revogados – mas também contemplando os casos de remoção de órgãos, trabalho em condições análogas às de escravo, qualquer tipo de servidão e adoção ilegal. O art. 149-A também prevê os meios e as formas pelos quais a vítima é traficada: coação, ameaça, emprego de violência, fraude ou abuso, como elementos do tipo penal e não apenas como circunstâncias qualificadoras (SOUZA, 2018, p. 267). Com a nova incriminação, passou-se a exigir, além da conduta típica, a incidência de um dos meios elencados na norma, de maneira que se tornou imprescindível para a incriminação do agente a verificação do consentimento do sujeito passivo. Atualmente, entende-se que o consentimento válido afasta a tipicidade delitiva (SIFUENTES, 2019, p. 44; ANDRADE; ESBERARD, 2021, p. 80; SIQUEIRA; MURATORI; MARQUES, 2021, p. 111). Portanto, o tráfico internacional de pessoas consiste em crime único, variando apenas o tipo de exploração a que se destina. A violência, a ameaça e a fraude tornaram-se elementos constitutivos, isto é, condição necessária para que se caracterize. E é dispensável a exigência de movimento, pois pode haver tráfico de pessoas, por exemplo, com a finalidade de exploração sexual ou laboral de alguém na mesma localidade onde sempre viveu (HADDAD, 2019, p. 163).

O tráfico de pessoas foi inserido ao lado do delito de redução à condição análoga à de escravo, previsto no art. 149 do Código Penal (BRASIL, 1940), a exemplo do que sucede no ordenamento italiano. No país peninsular, o tráfico de pessoas (*tratta di persone*) tem que ser analisado em conjunto com o crime de redução ou manutenção em escravidão ou servidão (*riduzione o mantenimento in schiavitu o in servitu)* e de compra e venda de escravos (*acquisto e alienazione di schiavi*), uma vez que, na prática, estão interligados. Os crimes foram trazidos pela Lei n. 228/2003 (ITALIA, 2003), cujo núcleo principal consiste na alteração dos arts. 600, 601 e 602 do Código Penal italiano

(ITALIA, 1930). As três infrações fazem parte da Seção I – crimes contra a pessoa – do Capítulo III, referente aos delitos contra a liberdade individual. Em razão disso, há regra específica que faz com que os prazos de prescrição sejam contados em dobro (art. 157, 6º *comma*) (ITALIA, 1930).

Em 2010, foi editada a Lei n. 108 (ITALIA, 2010), que inseriu o art. 602-bis, modificando as circunstâncias que implicam o aumento das penas no caso de tráfico humano. Em seguida, a definição da conduta típica foi ampliada pelo Decreto Legislativo n. 24/2014 (ITALIA, 2014), que também regula o direito à indenização das vítimas. Ambas as produções legislativas são resultantes da implementação, no ordenamento jurídico italiano, de tratados internacionais: a Convenção de Varsóvia e a Diretiva n. 2011/36/EU, respectivamente (ITALIA, c2018, p. 1).

O tráfico de pessoas na Itália, previsto no art. 601, possui pena de reclusão de 8 a 20 anos. A conduta típica consiste em introduzir no Estado ou transferir para fora dele seres humanos, ceder a posse sobre alguém, admitir em sua propriedade pessoas que estão nas condições análogas às de escravo definidas pelo art. 600 do Código Penal (ITALIA, 1930), mediante engano, violência, ameaça, abuso de autoridade ou tirar proveito de situação de vulnerabilidade, inferioridade física, mental ou necessidade, ou por promessa ou outorga de dinheiro ou outras vantagens à pessoa que tem autoridade sobre ela(s), a fim de induzi-la(s) ou forçá-la(s) a realizar atividade laboral, sexual ou mendicância, atividades ilegais ou coleta de órgãos.

Comparativamente ao sistema brasileiro, o modelo italiano prevê maior número de meios para se praticar o crime, sendo expresso em mencionar situação de vulnerabilidade, inferioridade física, mental ou necessidade, circunstâncias não positivadas em nosso Código Penal.

Lá, também existe expressa previsão de que igual penalidade se aplica a qualquer pessoa que, mesmo ausente os meios referidos em lei, realize a conduta prevista contra menor de idade. Essa regra não faz parte do ordenamento nacional.

Diferentemente do Brasil, o sistema italiano prioriza a tutela de seres humanos em comparação com a proteção da saúde pública. Segundo o art. 73 do *testo unico stupefacenti* (ITALIA, 2022), aquele que pratica o tráfico de drogas é punido com penas que variam de 6 a 20 anos, além de multa que vai de 26.000 a 260.000 euros. No Brasil, a exemplo do que sucede em muitos países, o tráfico de drogas é punido mais severamente do que o tráfico de pessoas. Para aquele, as penas variam de 5 a 15 anos (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) (BRASIL, 2006), ao passo que para este limitam-se a 4 a 8 anos de reclusão. Nessas circunstâncias, não seria surpresa que o tráfico de pessoas se tornasse o crime internacional predileto, haja vista que a análise risco/benefício penderia a favor do agente criminoso. Estranhamente, pune-se com mais severidade quem trafica substâncias entorpecentes do que quem trafica seres humanos.

A Lei n. 228/2003 (ITALIA, 2003) estabeleceu a criação do *fondo per le misure anti-tratta*, correspondente a fundo de financiamento de programas de assistência social e integração em prol de vítimas do crime e outras finalidades de proteção social referidas no art. 18 da Lei Consolidada de Imigração (Decreto Legislativo n. 286/1998) (ITALIA, 1998). Implementou-se programa de assistência especial às vítimas da escravidão e do tráfico de pessoas, a fim de assegurar, de forma transitória, condições adequadas de acomodação, alimentação e assistência à saúde, sem prejuízo da aplicação das disposições humanitárias referidas no art. 18 da Lei Consolidada de Imigração, se a vítima for pessoa estrangeira.[4] Outrossim, houve o estabelecimento

[4] A implementação do programa de assistência foi dada pelo D.P.R. 19 de setembro de 2005, n. 237 (ITALIA, 2005).

de políticas especiais de cooperação para os países afetados pelos crimes, a serem implementadas pelo Ministério das Relações Exteriores, por meio de reuniões internacionais e campanhas de informação nos países de origem das vítimas.

No Brasil, a Lei n. 13.344/2016 (BRASIL, 2016) previu a proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas, com o fornecimento de assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde; acolhimento e abrigo provisório; preservação da intimidade e da identidade; prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais; atendimento humanizado; e informação sobre procedimentos administrativos e judiciais. É concedida residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial. O visto ou a residência permanente poderão ser concedidos, a título de reunião familiar, a cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes; e a outros membros do grupo familiar que comprovem dependência econômica ou convivência habitual com a vítima. Contudo, embora preveja várias formas de proteção às vítimas, a lei "não traz uma linha sequer sobre qual será o órgão responsável pela sua execução, nem tampouco cuida da destinação de recursos orçamentários para essa finalidade" (SIFUENTES, 2019, p. 42).

A Itália foi um dos países que levou mais tempo na Europa antes de se adequar às diretrizes da União Europeia ou internacionais em matéria de tráfico de pessoas (NELKEN, 2008, p. 299). Da mesma forma, segundo Nelken (2008), chegando mais especificamente ao tipo de proteção legal prevista pelo Protocolo de Palermo (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004), o sistema de justiça criminal da Itália não é muito vitimista-orientado, e seu movimento de apoio às vítimas não é tão bem desenvolvido quanto o de outros países ocidentais. Em parte,

como resultado da influência da cultura católica, na Itália, muitas vezes, espera-se que as vítimas "perdoem" em vez de pedir vingança (NELKEN, 2010, p. 505), a exemplo do que também parece ocorrer no Brasil. Da mesma forma, como uma "sociedade estatal", punir é considerado algo a ser realizado no "interesse geral" pelo "Estado". Em contraste, em muitos países protestantes, com sua ideia "liberal" de Estado, as vítimas são colocadas em pedestal como representantes da "comunidade" para cuja defesa o Estado/governo justifica sua existência (NELKEN, 2000).

Porém o regime doméstico desenvolvido na Itália parece, pelo menos à primeira vista, ter sido influenciado por impulso mais humanitário. O art. 18 do Decreto Legislativo n. 286/1998 (ITALIA, 1998) tem desempenhado papel central neste domínio, disponibilizando às vítimas de tráfico procedimentos de residência temporária ou mesmo permanente, bem como apoio social. Esta disposição, que se estende a qualquer cidadão estrangeiro que se encontre em situação de abuso e cuja segurança esteja ameaçada, habilita as vítimas a participar de programa de assistência social e integração oferecido por grupos de Organizações não Governamentais – ONGs locais ou por autoridades públicas (MUNRO, 2006, p. 319).

Assim, há duas características marcantes da resposta italiana. Em primeiro lugar, a criação de delito específico para repressão do tráfico no âmbito do regime penal interno teve desenvolvimento relativamente tardio: a Lei n. 228/2003 (ITALIA, 2003) inseriu no Código Penal, pela primeira vez, infração específica de tráfico de pessoas e trouxe nova definição de redução à escravidão. No Brasil, aqui se registra, desde 1940, a previsão do crime de tráfico de mulheres para fins de prostituição, que evoluiu mais recentemente para vítimas indistintas exploradas para variadas finalidades. Em segundo lugar, o acesso ao art. 18 na Itália não depende da vontade da vítima de participar de qualquer tipo de processo criminal formal

contra seus traficantes ou exploradores. Isso pode ser contrastado, por exemplo, com a posição da Holanda, onde os regulamentos permitem às vítimas de tráfico residência temporária apenas sob a condição de sua cooperação nas investigações judiciais (MUNRO, 2006, p. 319-20). Da mesma forma, tanto nos Estados Unidos quanto no Canadá a grande maioria das mulheres que solicitam visto sob exceções especiais de "vítima de tráfico" tiveram sua permissão negada para permanecer no país (SHARMA, 2005, p. 104). O objetivo da aplicação da lei, especialmente em países economicamente avançados, em regra, é predominantemente focado em acabar com a migração ilegal, em vez de garantir as chances de vida das vítimas do tráfico (NELKEN, 2010, p. 493). O Brasil segue a orientação italiana, pois a residência permanente independe da cooperação da vítima com as autoridades encarregadas da persecução penal.

3 METODOLOGIA DA COLETA DE DADOS

Uma vez exposto o marco legal do tráfico de pessoas no Brasil e na Itália, procurou-se levantar processos em que o crime teve como origem e destino das vítimas os dois países. Assim, seria possível verificar como se opera na prática a regulamentação jurídica sobre o tema e em que medida as conclusões do 2021 Trafficking in Persons Report encontram ressonância no sistema de justiça nacional.

Os processos pesquisados tiveram por ponto de partida lista fornecida pela Organização Internacional para Migrações – OIM, composta por 612 feitos que tramitaram nas Justiças Estadual, Federal e do Trabalho.[5] Em regra, compete à Justiça Estadual julgar

[5] A lista foi elaborada para produção do Relatório da Pesquisa de Avaliação de Necessidades sobre o tráfico internacional de pessoas e crimes correlatos: mapeamento de processos criminais, ainda não publicado. O relatório está inserido no Projeto Fortalecimento das capacidades do sistema de Justiça para prevenir e julgar casos de tráfico de pessoas e crimes relacionados no Brasil - executado pela OIM, em parceria com CNJ, TRF3, Emag TRF3 e Ajufe.

casos de tráfico de pessoas doméstico; à Justiça Federal incumbe o julgamento de ações penais que envolvam tráfico internacional de pessoas; a Justiça do Trabalho aprecia ações não penais em que o tráfico intersecciona com relações de trabalho. A partir do rol de ações penais e trabalhistas, examinou-se cada uma delas e se apurou que 79 processos criminais, em todo o Brasil, estavam relacionados ao tráfico internacional de pessoas.

Optou-se por direcionar a análise aos casos de competência da Justiça Federal, que abrangiam todo o país e se distribuíam entre cinco tribunais regionais federais, por envolver o crime em contexto internacional. A lista fornecida pela OIM era composta apenas por processos que haviam tido julgamento em segunda instância, de forma que não foram incluídas aquelas ações penais pendentes de sentença ou de acórdão ou que transitaram em julgado em primeiro grau, sem interposição de recurso. Outrossim, foram excluídos da análise todos os processos que diziam respeito a medidas cautelares, *habeas corpus* ou que não guardavam correlação com o crime de tráfico internacional de pessoas. Além disso, os processos sob segredo de justiça, cujo acesso era inviável, também não compuseram a base de julgados.

Para garantir que a pesquisa fosse o mais abrangente possível, procurou-se complementar os 79 processos inicialmente identificados com outros localizados no banco de dados dos tribunais regionais federais. Cientes de que nem todos os acórdãos são disponibilizados no banco de jurisprudência dos tribunais brasileiros, buscaram-se processos com base nos termos "tráfico de pessoas", "tráfico internacional de pessoas" e "tráfico de mulheres". Como resultado, obtiveram-se mais 62 feitos criminais, que haviam sido julgados em primeira e segunda instâncias.

Por fim, recorreu-se ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio do Departamento de Pesquisas Judiciárias, que compartilhou

base de dados composta por 688 processos que tramitavam na Justiça Federal, selecionados pelo assunto das Tabelas Processuais Unificadas do CNJ. Adotou-se o mesmo procedimento anterior, excluindo-se os processos que não se referiam a tráfico internacional de pessoas, os que não constituíam ações penais, os que não foram encontrados pela numeração fornecida, em segredo de justiça e aqueles que estavam incorporados à base de dados que se formava. Ao final, foram adicionados apenas três processos.

Chegou-se ao total de 144 ações penais.[6] Deste total, havia 13 processos[7] em que se constatou, na modalidade tentada ou consumada, o tráfico de pessoas para a Itália, isto é, quase 10% do acervo selecionado. Os processos não foram examinados em sua integralidade, mas apenas as partes que estavam disponíveis nos repositórios virtuais dos tribunais regionais federais.

Inicialmente, tencionava-se selecionar os processos criminais que tramitaram nos últimos 10 anos. Tendo em vista a duração das ações penais – como adiante se verá – alterou-se o recorte temporal para compreender todos os acórdãos localizados nos últimos 20 anos. Contudo, a busca nos bancos de jurisprudência retornou processos ainda mais antigos e se optou por incluir todos aqueles que fossem localizados, independentemente da data do crime.

Não foi possível analisar o impacto da introdução do art. 149-A ao Código Penal, a partir de 2016, ano da alteração legislativa (Lei n. 13.344)

6 Do total de 144 ações penais, Espanha e Portugal estão na frente da Itália entre os três países de destino preferencial das vítimas de tráfico sexual.

7 Fazem parte da base de dados as seguintes ações penais - AP: AP 010938-84.2006.4.02.5001/ES; AP 0000743-68.2008.4.03.6124/SP; AP 0000754-98.2008.4.02.5001/ES; AP 0004344-98.2001.4.01.3500/GO; AP 0001703-58.2007.4.03.6124/SP; AP 0016184-56.2009.4.02.5001/ES; AP 0008164-81.2006.4.02.5001/ES; AP 0000063-10.2016.4.05.8400/RN; AP 201050010005676/ES; AP 0022654-68.2004.4.01.3300/BA; AP 0018120-29.2005.4.01.3500/GO; AP 0001749-77.2009.4.02.5001/ES; e AP 0015311-15.2000.4.01.3800/MG.

(BRASIL, 2016), nos processos por tráfico de pessoas. Não se localizou nenhum processo julgado em segunda instância cuja denúncia tenha sido originalmente feita com fundamento no art. 149-A. Encontraram-se apenas casos em que houve a aplicação, pelos tribunais, do art. 149-A como lei mais favorável aos réus denunciados pelo art. 231 e 231-A.

Identificados os universos temporal e espacial, cada processo foi analisado em dois aspectos: lapsos temporais e conteúdo das decisões. A análise dos lapsos temporais possibilitou aferir o grau de eficiência de todos os atores que tocam o processo, os pontos de estrangulamento e o grau de celeridade/morosidade. Foram levantados os marcos temporais mais importantes em cada processo: data de ocorrência do crime; data de recebimento da denúncia; data da sentença; datas dos recursos; data dos acórdãos; data do trânsito em julgado. Ao se estudar o conteúdo das decisões procurou-se apurar os quantitativos de condenações e absolvições e a medida das penas.

4 PROCESSOS COM VÍTIMAS DESTINADAS À ITÁLIA

A Itália apresenta campo de estudo único sobre esse tema, uma vez que se tornou país de destino há relativamente pouco tempo (final da década de 1970) e estava em transição de um país de emigração para um de imigração. Além disso, a Itália tem sido frequentemente considerada local de fronteiras permeáveis, que permitem fluxo razoavelmente fácil de migração indocumentada para a União Europeia – UE. No que diz respeito ao tráfico, é juntamente com a Bélgica um dos poucos estados da UE a incluir cláusula específica nas suas leis de migração que permite a proteção social e a legalização das vítimas (ANDRIJASEVIC, 2003, p. 252).

O pequeno número de processos localizados – apenas 13 – talvez se explique por variados fatores, a começar pela opção metodológica de somente considerar processos de tráfico internacional julgados em

primeira e segunda instância. Grande obstáculo que impede a existência de mais processos sobre tráfico de seres humanos é, obviamente, a relutância das vítimas em pedir auxílio. Vivendo no submundo do crime, diante da violência, sem passaporte ou dinheiro próprio, muitas mulheres se sentem vulneráveis e não se arriscam em acionar a polícia (SMARTT, 2003, p. 172; PENTEADO FILHO, 2020, p. 73). Assim, o tráfico de pessoas segue como crime subnotificado para o qual a maioria dos casos permanece desconhecida e em que se fazem ausentes dados qualitativos e quantitativos (DIRIENZO; DAS, 2017, p. 282; DORNELAS, 2021, p. 139). Problemas não vistos costumam ser tratados como problemas que não existem, e essa cifra oculta prejudica a elaboração das políticas de segurança pública, pois a não comunicação dos crimes impede que os dados estatísticos reflitam a realidade da situação e que se promovam as respostas institucionais adequadas (CAETANO *et al*., 2020, p. 650).

A falta de dados sobre a escala do tráfico também pode ser atribuída à baixa prioridade dada ao enfrentamento pelas autoridades em muitos países. A razão para a baixa priorização parece estar ligada a dois fatores principais: primeiro, a legislação é muitas vezes deficiente, inadequada ou não implementada, tornando muito difícil e muitas vezes impossível processar os traficantes; segundo, as condenações por tráfico são muitas vezes baseadas em testemunhas e/ou depoimentos de vítimas. Esse testemunho é difícil de obter, pois as vítimas de tráfico são deportadas como migrantes ilegais ou, se identificadas como pessoas traficadas, muitas vezes têm medo de testemunhar. Uma legislação inadequada, tanto para a acusação quanto para a proteção de vítimas e testemunhas, significa que as autoridades policiais muitas vezes preferem não processar os traficantes, sabendo que muito esforço despendido raramente resulta em condenação (LACZKO; GRAMEGNA, 2003, p. 183).

A OIM apontou para o fato de que relativamente poucos casos estavam sendo processados, alegando que das cerca de 600.000 a 4 milhões de pessoas traficadas, identificadas, assistidas e protegidas, em média, apenas 6.000 agentes são acusados com sucesso todos os anos (ALBANO, 2009).

As estatísticas abaixo são estimativas derivadas de dados fornecidos por governos estrangeiros e outras fontes e revisadas pelo Departamento de Estado americano, responsável por produzir o 2021 Trafficking in Persons Report. Os dados agregados variam de um ano para o outro devido à natureza oculta dos crimes, eventos globais dinâmicos, mudanças nos esforços de cada governo e falta de uniformidade nas estruturas de relatórios nacionais (UNITED STATES OF AMERICA, 2021, p. 60).

Tabela 1 - Dados globais de persecução penal

ANO	PROCESSOS CRIMINAIS	CONDENAÇÕES	VÍTIMAS
2013	9.460	5.776	44.758
2014	10.051	4.443	44.462
2015	19.127	6.615	77.823
2016	14.939	9.072	68.453
2017	17.471	7.135	96.960
2018	11.096	7.481	85.613
2019	11.841	9.548	118.932
2020	9.876	5.271	109.216

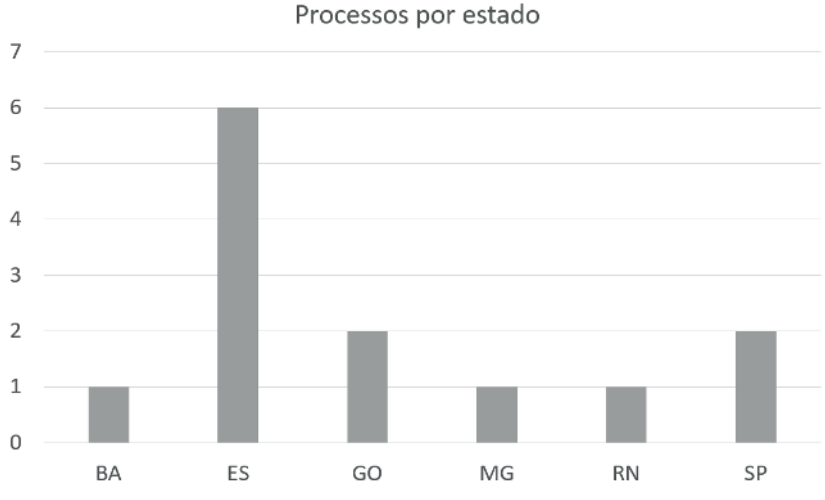
Fonte: Trafficking in Persons Report (2021)

Analisando os números globais, surge a indagação de como é o desempenho dos órgãos responsáveis por aplicar a lei penal no Brasil. Qual é o percentual de processos, condenações e vítimas existentes no sistema de justiça criminal brasileiro, comparado com o resto do mundo? A pequena amostra de casos envolvendo vítimas com destino à Itália pode trazer algumas luzes sobre isso.

Ao todo, como dito anteriormente, há 13 processos, na modalidade tentada ou consumada, em que houve tráfico de pessoas para a Itália. Da leitura das decisões disponíveis em consulta pública, apurou-se a existência de 57 vítimas, todas mulheres brasileiras, sendo duas menores de idade. Laczko (2005, p. 8) constatou que 50% da literatura sobre tráfico abordava o tráfico de mulheres e meninas, fato que se reflete na predominância de informações sobre o tráfico de mulheres na base de dados utilizada para este estudo. Segundo Gueraldi e Dias (2012, p. 70), aproximadamente 80% das pessoas traficadas são mulheres de baixa instrução e renda.

Quase metade das ações foram distribuídas no Estado do Espírito Santo (seis processos). Os demais processos são de Goiás e São Paulo, com dois processos cada, e da Bahia, Minas Gerais e Rio Grande do Norte, com uma ação por estado.

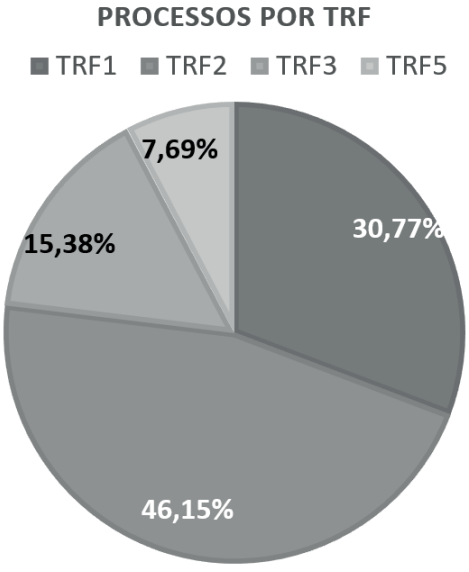
Gráfico 1 - Tráfico internacional de pessoas por estado



Fonte: elaboração própria

Pensando na distribuição por Tribunal Regional Federal, nota-se que há processos em todos os tribunais federais, exceto no TRF4. Encontraram-se quatro processos no TRF1; seis processos no TRF2; dois processos no TRF3; e um processo no TRF5.

Gráfico 2 - Tráfico internacional de pessoas por tribunal



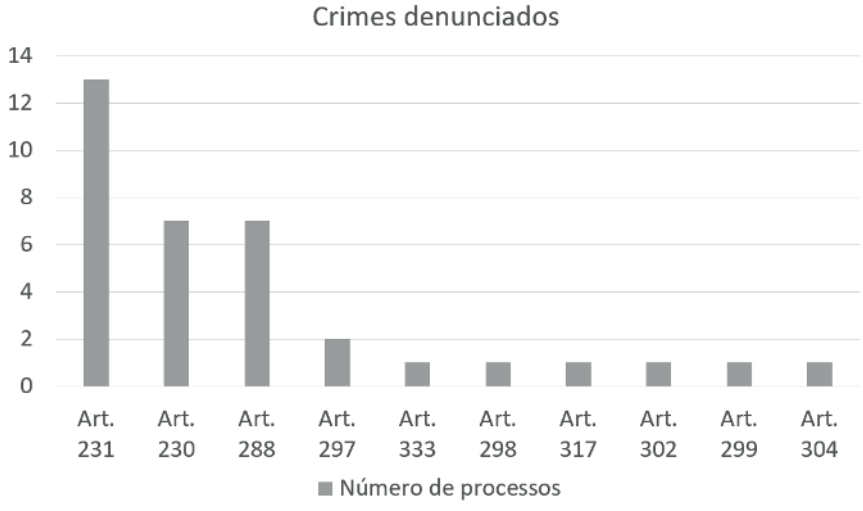
Fonte: elaboração própria

Nos 13 processos analisados, foram denunciadas 28 pessoas, sendo 20 homens e oito mulheres. Em todos os processos, a denúncia foi oferecida pela prática do crime previsto no art. 231 do Código Penal (BRASIL, 1940), isto é, com a finalidade de exploração sexual. Em cinco feitos, o julgador concluiu pelo cometimento do crime pelo simples fato de haver aliciamento, promoção ou facilitação da entrada ou saída de pessoas do território nacional para exercício da prostituição, independentemente do emprego de algum meio. Nos demais processos, foi possível identificar um ou mais meios para o

cometimento das infrações. O principal meio utilizado foi o abuso de situação de vulnerabilidade, presente em seis processos. Em seguida, aparece a fraude, verificada em cinco ações, a despeito de, na vigência do art. 231, esse meio funcionar como figura qualificadora do delito.

Em relação aos crimes denunciados, nota-se que os delitos correlatos mais comuns são os dos arts. 230 e 288, ambos do Código Penal. Tais crimes foram objeto da denúncia em sete processos cada.

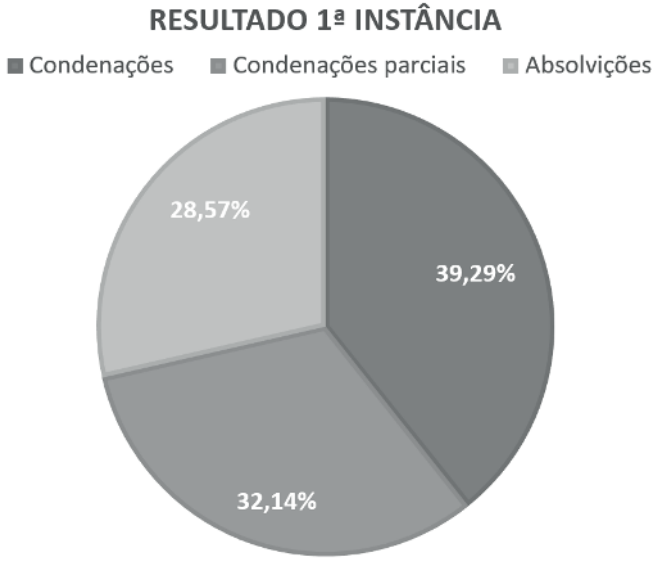
Gráfico 3 - Delitos correlatos ao tráfico internacional de pessoas



Fonte: elaboração própria

Na primeira instância, 11 réus foram condenados, dentre eles, dez homens e uma mulher. A condenação parcial (ou seja, por pelo menos um dos crimes da denúncia) foi medida imposta a nove réus, sendo seis homens e três mulheres. Oito réus, quatro homens e quatro mulheres, foram absolvidos na sentença.

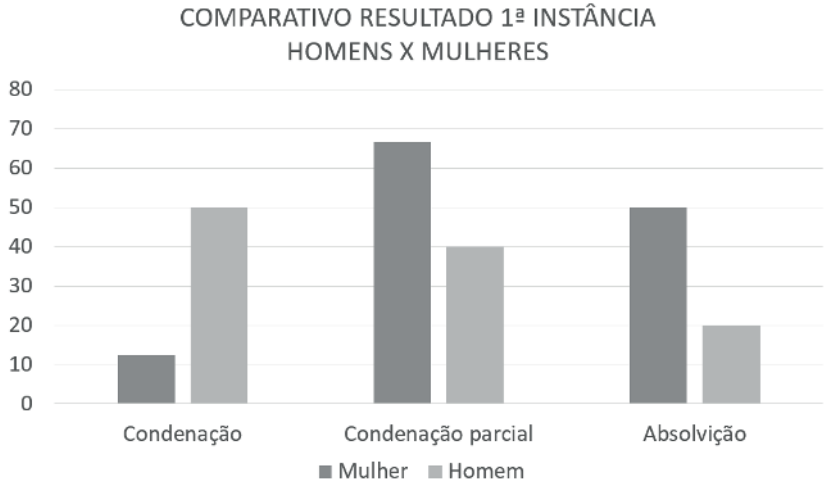
Gráfico 4 - Sentenças de tráfico internacional de pessoas



Fonte: elaboração própria

Observa-se que, proporcionalmente, mais homens são condenados. A condenação total foi medida imposta a 50% dos réus do sexo masculino, ao passo que apenas 12,5% das mulheres foram totalmente condenadas. De maneira oposta, no tocante às absolvições, mais mulheres são absolvidas; 50% das rés foram absolvidas na sentença, ao passo que apenas 20% dos homens foram absolvidos.

Gráfico 5 - Sentenças por gênero dos réus



Fonte: elaboração própria

Nos 13 processos, houve recurso aos TRFs. Em quatro processos o recurso foi de ambas as partes, em um processo o recurso foi apenas do Ministério Público Federal e, em oito processos, apenas o réu recorreu. Em quatro ações, os recursos não ensejaram mudança da sentença. Em nove processos, a sentença foi parcialmente alterada, havendo mudança na dosimetria da pena privativa de liberdade ou da multa, correção de erros materiais ou, ainda, reconhecimento da prescrição para algum dos crimes objeto da condenação. Em nenhum caso houve reforma completa da sentença.

Gráfico 6 - Apelações de tráfico internacional de pessoas



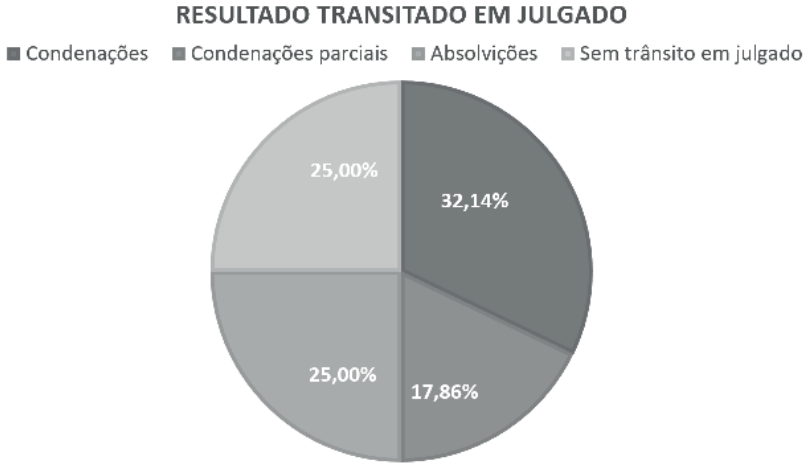
Fonte: elaboração própria

Analisando o índice de êxito recursal, observa-se que, dos cinco apelos de autoria do órgão ministerial, em três houve atendimento a pelo menos parte dos pedidos recursais, resultando em reforma parcial da sentença. Em relação aos recursos interpostos pelos réus, seis apelações não redundaram em sucesso. Em seis ações, as razões recursais dos acusados foram pelo menos parcialmente atendidas, o que resultou na reforma parcial da sentença.

Importante salientar que em apenas dois processos houve a interposição de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, ambos da parte ré, porém eles ainda não foram julgados. Não se identificou nenhum recurso direcionado ao Supremo Tribunal Federal.

Em relação aos resultados transitados em julgado, nove réus foram definitivamente condenados por todos os crimes denunciados; cinco réus foram condenados por pelo menos um dos crimes objeto da denúncia; sete réus foram completamente absolvidos; e ainda há sete réus aguardando julgamento.

Gráfico 7 - Decisões definitivas de tráfico internacional de pessoas

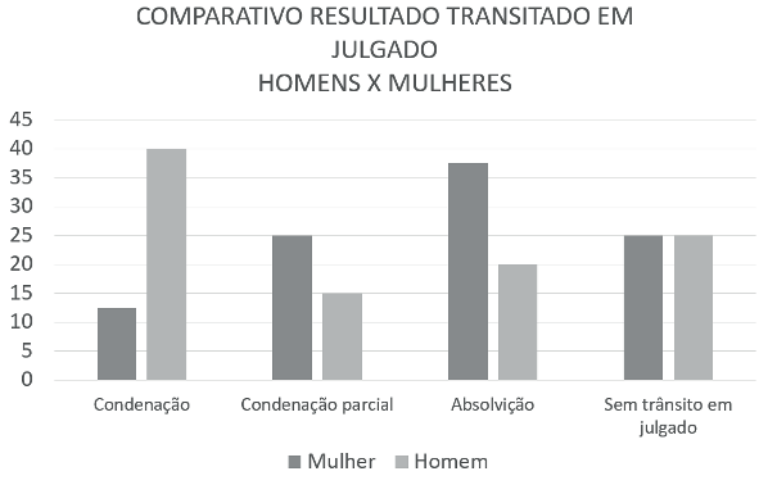


Fonte: elaboração própria

Analisando apenas o resultado transitado em julgado para os réus do sexo masculino, percebe-se que oito homens foram condenados definitivamente por todos os crimes pelos quais foram denunciados. Três réus foram condenados por pelo menos um dos crimes objeto da denúncia. Quatro homens foram completamente absolvidos. Ainda há cinco réus do sexo masculino aguardando julgamento definitivo. No tocante às mulheres, percebe-se que apenas uma ré foi condenada definitivamente por todos os crimes denunciados. Duas rés foram condenadas parcialmente; três rés foram completamente absolvidas e, para três mulheres, ainda não houve trânsito em julgado. Mais uma

vez se percebe que o percentual de homens condenados supera o percentual de mulheres condenadas e o de mulheres absolvidas supera o de homens absolvidos.

Gráfico 8 - Decisões definitivas por gênero dos réus



Fonte: elaboração própria

Ao todo, 14 réus foram condenados a penas privativas de liberdade. Apenas um foi beneficiado pela substituição por sanção restritiva de direitos. Desses réus, 12 foram condenados a penas totais superiores a quatro anos. Para seis acusados não foi possível verificar a pena cominada para cada crime, uma vez que, das decisões disponibilizadas para consulta, apenas constavam as penas totais. Esses casos foram desconsiderados no cálculo da média e da mediana das penas por crime, mas foram considerados no cálculo das penas totais. Não foi calculada a moda, tendo em vista o conjunto ser pequeno e não haver penas iguais em maior frequência.

Tabela 2 - Duração das penas

	Média	**Mediana**
Art. 231 do CP	47,42 meses	48 meses
Art. 288 do CP	20 meses	24 meses
Art. 230 do CP	23,5 meses	21,5 meses
Pena total	96,85 meses	72,5 meses

Fonte: elaboração própria

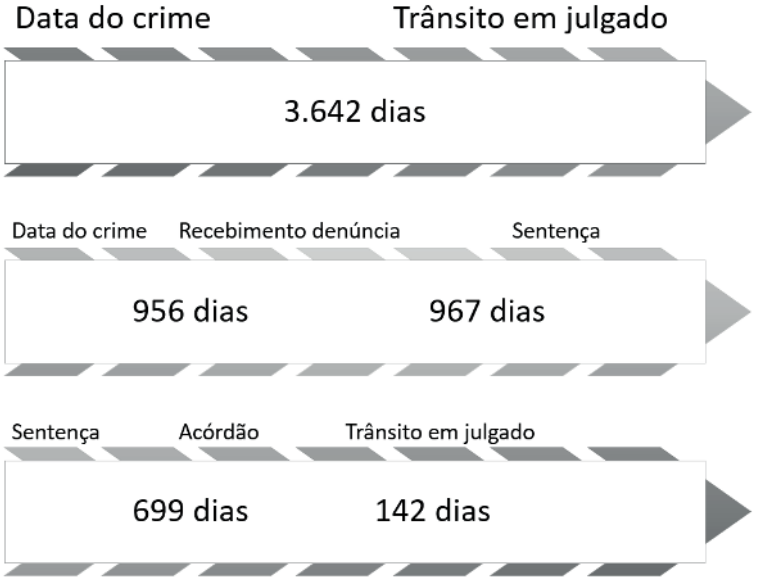
No tocante ao crime previsto no art. 231 do Código Penal (BRASIL, 1940), percebe-se que as penas variaram de um ano e quatro meses de reclusão (na modalidade tentada) a seis anos, um mês e dez dias de reclusão. Para 13 dos 14 condenados, houve também imposição de pena de multa.

Por fim, no que diz respeito à duração processual, apurou-se que a maior parte do tempo de tramitação do processo se concentra no período entre o recebimento da denúncia e a sentença (967 dias), seguido do período investigativo – entre a data do fato e o recebimento da denúncia (956 dias) – e, em terceiro lugar, no período entre a sentença e o acórdão (699 dias). Ressalva-se que o período de tramitação no STJ não foi computado, uma vez que os processos no referido tribunal ainda não foram julgados, impossibilitando o cálculo do tempo de tramitação total.

O tempo médio de tramitação da persecução penal, a contar da data do crime até o trânsito em julgado, corresponde a 3.642 dias,

o que equivale a pouco menos de dez anos.[8] Se o efeito dissuasivo do Direito Penal é notoriamente expresso em termos da relação entre o ganho esperado com o crime, e a severidade da sanção e a probabilidade da condenação (BECKER, 1990, p. 77), não há dúvida de que a morosidade processual integra essa equação para diminuir as supostas finalidades retributiva, preventiva e ressocializadora da pena.

Quadro 1 - Prazos de tramitação processual



Fonte: Elaboração própria

[8] A média da duração total das ações penais não equivale à soma das médias dos prazos parciais, porque diferentes processos compuseram o cálculo de cada um dos lapsos temporais. Mas o valor total encontrado, baseado em dados de nove processos, não difere muito do apurado para os 144 processos do Relatório da Pesquisa de Avaliação de Necessidades sobre o tráfico internacional de pessoas e crimes correlatos: mapeamento de processos criminais, ainda não publicado. Neste caso, o prazo médio foi de 3.966 dias.

5 CONCLUSÃO

É truísmo afirmar que o enfrentamento ao tráfico de pessoas, especialmente o de caráter internacional, não constitui tarefa fácil. Os estados podem promulgar legislação interna para punir o tráfico, mas as normas valem apenas dentro de suas próprias fronteiras. Organizações não governamentais e entidades de apoio às vítimas podem criar programas para educar ou ajudá-las a superar a lesão sofrida, mas apenas na medida em que tenham recursos e contem com apoio dos governos.

Enquanto não se reforça a cooperação internacional e a produção de informações sobre o crime e as vítimas, cabe aos estados, em âmbito doméstico, adotar medidas para prevenir o delito e fornecer assistência às pessoas ofendidas. Nesse aspecto, o ordenamento italiano criou o *fondo per le misure anti-tratta*, em que se prevê indenização às vítimas, medida não contemplada no sistema jurídico nacional, mas que deveria ser estudada.

Outra diferença marcante entre os dois marcos legais diz respeito à punição prevista para o crime. A pena mínima prevista na Itália corresponde à pena máxima cominada no art. 149-A do Código Penal (BRASIL, 1940), o que demonstra a existência de perspectivas distintas acerca da gravidade da infração. As condenações impostas nos processos analisados, pelo então vigente art. 231, em média, foram inferiores a quatro anos (47,42 meses). Se não houve mais casos de substituição por sanção restritiva de direitos, isso se explica pelas imputações adicionais que acompanhavam o delito de tráfico de pessoas e que elevaram o montante da punição.

Ao mesmo tempo em que as vítimas – mulheres exploradas sexualmente com destino à Itália – podem encontrar dificuldade em

receber assistência efetiva no Brasil, que muito depende de recursos financeiros, no contexto da repressão penal do tráfico internacional de pessoas, aqui se gasta quase dez anos para concluir o processo criminal, a contar da data do crime até o trânsito em julgado. O longo prazo de duração processual torna as finalidades da pena – retribuição, prevenção e ressocialização – difíceis de serem alcançadas. É devido à longa duração processual que não se encontrou nenhum processo cuja denúncia tenha-se baseado no art. 149-A do Código Penal (BRASIL, 1940). Como o prazo médio de duração corresponde a quase dez anos, por volta de 2025, provavelmente, devem surgir os primeiros acórdãos que apreciarão o dispositivo legal que surgiu em 2016.

A análise dos dados processuais, além de revelar significativa morosidade processual, mostrou que o 2021 Trafficking in Persons Report (UNITED STATES OF AMERICA, 2021), ao menos na amostra examinada, guarda alguma coerência com a realidade forense. Verificou-se que a maior parte das penas totais impostas aos traficantes não admitiu substituição por sanção restritiva de direitos, por serem superiores a quatro anos, ao contrário do que foi apontado pelo governo americano, segundo o qual as punições precisariam ser mais duras. Mas, como visto, em comparação com a Itália, o patamar punitivo nacional ocupa escala mais branda.

Em suma, julgam-se poucos casos de tráfico internacional de pessoas, despende-se muito tempo no processamento das ações, mas se punem os réus, a maioria do sexo masculino, com penas privativas de liberdade. Isso significa que ainda há muito espaço para aprimorar o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro, especialmente no tocante ao tempo de tramitação das ações penais.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Teresa. **Concept note** [Palermo workshop organized by the International Organization for Migration (IOM)]. Palermo: IOM, May 2009.

ANDRADE, Lorena Góes Pimenta de Pádua; ESBERARD, Shevat Ahavat. O consentimento do ofendido como possível excludente do crime de tráfico de pessoas. **Palavra Seca**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 67-82, set./dez. 2021.

ANDRIJASEVIC, Rutvica. The difference borders make: (ii)legality, migration and trafficking in Italy among eastern european women in prostitution. *In*: AHMED, Sara *et al.* (ed.). **Uprootings/regroundings**: questions of home and migration. London: Routledge, 2003. p. 251-272. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/42796875. Acesso em: 4 mar. 2022.

BECKER, Gary S. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 13 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 7 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso em: 7 mar. 2022.

CAETANO, Fábio Massaud *et al*. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009. **Revista de Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 50, n. 4, p. 647-670, out./dez. 2020.

CÂNDIDO, Katharina. Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual: um breve olhar na relação Brasil-Espanha. **Palavra Seca**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 56-80, mar./ago. 2021.

CHUANG, Janie. The United States as global sheriff: using unilateral sanctions to combat human trafficking. **Michigan Journal of International Law**, [*s. l.*], v. 27, n. 2, p. 437-494, 2006.

DIRIENZO, Cassandra E.; DAS, Jayoti. Human trafficking and country borders. **International Criminal Justice Review**, Georgia, v. 27, n. 4, p. 278-288, Mar. 2017.

DORNELAS, Luciano Ferreira. **O tráfico internacional de pessoas**: políticas de controle penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

FAHEY, Diane L. Can tax policy stop human trafficking? **Georgetown Journal of International Law**, Washington, D.C., v. 40, n. 2, p. 345-404, Winter 2009.

GUERALDI, Michelle; DIAS, Joelson. **Em busca do Éden**: tráfico de pessoas e direitos humanos, experiência brasileira. São Paulo: Max Limonad, 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Tráfico de pessoas e quatro falsas verdades. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, ed. especial, p. 159-172, jul. 2019.

HALLEY, Janet *et al*. From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work, and sex trafficking: four studies in contemporary governance feminism. **Harvard Journal of Law and Gender**, Cambridge, v. 29, n. 2, p. 335-423, 2006.

ITALIA. **Decreto del presidente della repubblica, 9 ottobre 1990, n. 309**: Articolo 73 Testo unico stupefacenti. Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope. Padova: Brocardi.it, 29 apr. 2022. Disponível em: https://www.brocardi.it/testo-unico-stupefacenti/titolo-viii/capo-i/art73.html. Acesso em: 10 mar. 2022.

ITALIA. Camera dei deputati. **La tratta di esseri umani**: quadro normativo. Roma: Camera dei deputati, c2018. Disponível em: https://temi.camera.it/leg17/post/la_tratta_di_esseri_umani__quadro_normativo_e_statistiche.html?tema=temi/tutela_delle_vittime_dei_reati. Acesso em: 7 fev. 2022.

ITALIA. **Decreto del presidente della repubblica 19 settembre 2005, n. 237**. Regolamento di attuazione dell'articolo 13 della legge 11 agosto 2003, n. 228, recante misure contro la tratta di persone. Roma: Normattiva, 2005. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:presidente.repubblica:decreto:2005-09-19;237. Acesso em: 10 mar. 2022.

ITALIA. **Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286**. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Roma: Normattiva, 1998. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25;286. Acesso em: 10 mar. 2022.

ITALIA. **Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 24**. Attuazione della direttiva 2011/36/UE [...]. Roma: Normattiva, 2014. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2014;24. Acesso em: 10 mar. 2022.

ITALIA. **Legge 11 agosto 2003, n. 228**. Misure contro la tratta di persone. Roma: Parlamento Italiano, 2003. Disponível em: https://web.camera.it/parlam/leggi/03228l.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

ITALIA. **Legge 2 luglio 2010, n. 108**. Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa [...]. Roma: Normattiva, 2010. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010-07-02;108. Acesso em: 10 mar. 2022.

ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Approvazione del testo definitivo del Codice Penale. (030U1398). **Gazzeta Ufficiale del Regno D'Italia**, Roma, n. 251, 26 ott. 1930. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1930/10/26/251/sg/pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

LACZKO, Frank. Data and research on human trafficking. **International Migration**, New York, v. 43, n. 1-2, p. 5-16, 2005.

LACZKO, Frank; GRAMEGNA, Marco A. Developing better indicators of human trafficking. **Brown Journal of World Affairs**, Providence, v. 10, n. 1, p. 179-194, Summer/Fall 2003.

MUNRO, Vanessa E. Stopping traffic: a comparative study of responses to the trafficking in women for prostitution. **British Journal of Criminology**, Oxford, v. 46, n. 2, p. 318-333, Mar. 2006.

NELKEN, David. Human trafficking and legal culture. **Israel Law Review**, [Israel], v. 43, n. 3, p. 479-513, 2010.

NELKEN, David. Normalizing time: European integration and Court delays in Italy. *In*: PETERSEN, Hanne *et al.* (ed.). **Paradoxes of European integration**. London: Routledge, 2008. p. 299-324.

NELKEN, David. Telling difference: of crime and criminal justice in Italy. *In:* NELKEN, David (ed.). **Contrasting Criminal Justice**. London: Routledge, 2000. p. 233-264.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAO, Smriti; PRESENTI, Christina. Understanding human trafficking origin: a cross-country empirical analysis. **Feminist Economics**, London, v. 18, n. 2, p. 231-263, 2012.

SHARMA, Nandita. Anti-trafficking rhetoric and the making of a global apartheid. **National Women's Studies Association Journal**, Bloomington, v. 17, n. 3, p. 88-111, Oct. 2005.

SIFUENTES, Mônica. Críticas à Lei n. 13.344/2016: tráfico de pessoas. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 23, n. 78, p. 40-48, jul./dez. 2019.

SIQUEIRA, Ester Wagner; MURATORI, Mariana Teixeira; MARQUES, Milton Lopes. Tráfico internacional de pessoas: o conflito entre o meio jurídico e a realidade social de mulheres transexuais e travestis brasileiras. **Palavra Seca**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 103-125, set./dez. 2021.

SMARTT, Ursula. Human trafficking: simply a European problem. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Leida, v. 11, n. 2, p. 164-177, 2003.

SOUZA, Mércia Cardoso. O novo marco legal do Brasil para o enfrentamento ao tráfico de pessoas: considerações sobre a Lei n. 13.344/2016. **O Público e o Privado**, Ceará, n. 31, p. 259-274, jan./jun. 2018.

SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John. **Constructing social problems**. New York: Routledge, 2001.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2000, Vienna. **Convention** [...]. New York: United Nations, 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf. Acesso em: 5 mar. 2022.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Global report on trafficking in persons 2020**. Vienna: United Nations publication, Jan. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. **Trafficking in Persons Report**. [Washington, D. C.]: DOS, June 2021. Disponível em: https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/09/TIPR-GPA-upload-07222021.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

WESTMORLAND, Louise. Gender abuse and people trafficking. *In*: DRAKE, Deborah; MUNCIE, John; WESTMORLAND, Louise (ed.). **Criminal justice**: local and global. London: Routledge, 2010. p. 105-136.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.182

O "HOMEM DE CONFIANÇA" NO ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO

TRUSTED MAN IN OPERATIONS AGAINST ORGANIZED CRIME

DANIEL MARCHIONATTI BARBOSA
Juiz auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça. Juiz federal na 4ª Região. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.
https://orcid.org/0000-0002-2200-9570

RESUMO

Este artigo discorre sobre a participação de homens de confiança em operações encobertas para fins de inteligência, de prevenção e de investigação de crimes. De forma especial, é analisada a validade do uso de provas obtidas por tais agentes em juízo, tendo em vista as implicações dessas operações aos direitos fundamentais das pessoas investigadas, em particular o direito ao silêncio. O entendimento tradicional é de que o direito à não autoincriminação é engajado pela coação do suspeito a colaborar com as apurações, mas, recentemente, tem-se defendido que o engano também pode levar ao engajamento do direito. Nas ações encobertas, a dissimulação, o ardil e o embuste são empregados pelo homem de confiança, o qual não é um funcionário público, mas que, sem revelar sua qualidade, colabora com as autoridades. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e de tribunais constitucionais tem afirmado a incompatibilidade do direito ao silêncio com as provas obtidas mediante extração da informação (*elicitation*) pelo homem de confiança. Mas, nas investigações preventivas, a

dinâmica é diversa, visto que o direito à não autoincriminação não se aplica aos delitos cuja execução não foi iniciada.

Palavras-chave: homem de confiança; ações encobertas; técnicas especiais de investigação; direito ao silêncio; direito à privacidade.

ABSTRACT

This article discusses the collaboration of trusted men in undercover operations, with emphasis on the compatibility of the use of evidence obtained by such agents in investigations and preventive investigations. In a special way, the implications on fundamental rights of the investigated persons are analyzed, in particular the right not to produce evidence against oneself. The traditional understanding is that the right to non-self-incrimination is engaged by the suspect's coercion to collaborate with the investigations. More recently, it has been argued that deception can also trigger that right. In covert actions, dissimulation, trickery and deceit are employed by the trusted man, which is not a public servant, but without revealing this quality, collaborates with the authorities. The jurisprudence of the European Court of Human Rights and constitutional courts has affirmed the incompatibility with the right to silence when the trusted man carries out the extraction of information from the suspect (elicitation). In preventive investigations, the dynamics are different since the right to non-self-incrimination does not apply in relation to crimes whose execution has not yet started.

Keywords: trusted man; covert actions; special investigation techniques; right to silence; right to privacy.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Autoincriminação e engano. 3 Homem de confiança e ações controladas. 4 Validade da prova. 5 Investigações preventivas. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, há pouca discussão sobre a participação de particulares em ações encobertas em face de grupos criminosos. Países como Portugal, Alemanha e Itália dispõem de ferramentas legais para regulamentar a colaboração dessas pessoas em apurações. A doutrina jurídica lusitana, por exemplo, discute os limites da atuação dessas pessoas, referidas como homens de confiança.

Este artigo analisa a participação de homens de confiança em operações encobertas para fins de inteligência, de prevenção e de investigação de crimes. De forma especial, é analisada a validade do uso de provas obtidas por tais agentes em juízo, tendo em vista as implicações dessas operações quanto aos direitos fundamentais das pessoas investigadas, em particular o direito ao silêncio.

As operações encobertas estão entre as técnicas especiais de investigação cujo emprego é incentivado por tratados internacionais para o combate à corrupção e ao crime organizado – art. 20 da Convenção de Palermo (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004) e art. 50 da Convenção de Mérida (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2007).

Nem sempre as operações encobertas podem se valer de um investigador estatal, profissional teoricamente habilitado para realizar uma ação dessa complexidade. São ações que pressupõem um contato

próximo entre o agente e os suspeitos, com o estabelecimento de uma relação de confiança. A construção dessa relação demanda tempo e, por vezes, o envolvimento em práticas ilícitas.

Por isso, a contribuição de pessoas próximas aos suspeitos pode ser decisiva para obtenção de informações ou provas relevantes. Pessoas da confiança dos suspeitos – amigos, familiares e associados – podem ter interesse em colaborar com as apurações estatais.

A esses particulares costuma-se dar o nome de homem de confiança. O homem de confiança é um particular que não está diretamente a serviço da administração pública, mas que colabora com as autoridades em ações de investigação ou de inteligência, sem revelar essa colaboração aos seus associados.

Os limites à contribuição de não profissionais em investigações precisam ser devidamente traçados. O recurso fornecido a agentes encobertos gera preocupações com os direitos à privacidade, à integridade moral e à não produção de provas contra si mesmo.

Neste artigo, são analisadas as implicações do emprego de confiança com os direitos fundamentais das pessoas investigadas. De forma especial, avaliamos a relação com o direito ao silêncio.

2 AUTOINCRIMINAÇÃO E ENGANO

Tradicionalmente, o direito ao silêncio é engajado em face da coação para a cooperação com investigações. No entanto, mais recentemente, surgiu a discussão da possibilidade de invocar esse privilégio diante da colaboração obtida mediante engano.

Traçar os limites da prerrogativa de não se autoincriminar não é simples, até porque ela não é enunciada em termos claros nas declarações de direito. Naquelas em que figura, costuma limitar-se à enunciação de norma protegendo o direito a não depor contra si mesmo.

O reconhecimento normativo da prerrogativa é mais antigo nos países de tradição *commom law*. A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, foi o primeiro documento a consagrar essa prerrogativa no âmbito constitucional.

Nos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, a prerrogativa é consagrada no art. 14, parágrafo 3, *g*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e no art. 8º, parágrafo 2, *g*, do Pacto de San José da Costa Rica. Ela não está expressa na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos a deduz do direito ao *fair trail*, previsto no art. 6º da Convenção Europeia (Saunders v. Reino Unido, § 60; O'Halloran e Francis v. Reino Unido, § 45; Funke v. França, § 44). O direito não é mencionado na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos.

Nos países de tradição continental, o reconhecimento da prerrogativa de não colaborar com a acusação ganhou velocidade na segunda metade do século passado.

No Brasil, tal direito não constava no catálogo de direitos fundamentais das constituições pré-1988, tampouco era reconhecido no plano legal. Pelo contrário, o Código de Processo Penal – CPP originalmente previa que o silêncio do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186 (BRASIL, 1941).

A Constituição de 1988 consagrou o direito ao silêncio de forma indireta. O texto constitucional enunciou apenas o direito à advertência, e ainda assim somente em favor do preso – "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado", art. 5º, inciso LXIII (BRASIL, 1988). No entanto, é seguro dizer que, mesmo indiretamente, esse dispositivo afirma o direito ao silêncio, na medida em que somente se adverte um direito existente.

Além disso, a doutrina costuma amparar o direito ao silêncio na conjugação de disposições constitucionais. Trois Neto (2011) defende que o direito à não autoincriminação é derivado da "união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, inciso III (dignidade humana); o do art. 5º, inciso LIV (devido processo legal); do art. 5º, inciso LV (ampla defesa); e do art. 5º, inciso LVII (presunção de inocência)" (TROIS NETO, 2011, p. 104). Ainda que essa conjugação indique que o direito tem âmbito de proteção amplo, não há consenso quanto à existência de um direito fundamental à não autoincriminação fora do universo das provas declarativas.

No plano legal, apenas em 2003, a modificação legislativa ocorrida no art. 186 reconheceu o direito ao silêncio no interrogatório policial e judicial, alterado pela Lei n. 10.792/2003 (BRASIL, 2003), combinado com art. 6º, inciso V, do CPP (BRASIL, 1941). O Código de Processo Civil, de 2015 (BRASIL, 2015), introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379. Por tudo, é seguro afirmar que o direito ao silêncio se aplica a qualquer interrogatório policial ou judicial.

Como visto, o marco normativo do direito à não autoincriminação não é claro. As referências constitucionais e convencionais limitam-se a enunciar a prerrogativa de não depor contra si mesmo. A dificuldade

de compreender se o direito ao silêncio pode ser engajado em face de ações encobertas decorre dessa falta de clareza.

As operações encobertas permitem acessar a comunicação dos suspeitos e documentar seu conteúdo mediante testemunho de seus interlocutores ou captação de voz, de imagem ou de voz e imagem.

Para avaliar em que medida o direito ao silêncio poderia ser invocado, é importante ter em vista seus fundamentos. O direito ao silêncio tem fundamentos epistêmicos e não epistêmicos.

Fundamentos epistêmicos "são instrumentais, tendo por foco a promoção de uma acurada descoberta dos fatos ou descoberta da verdade" (CHOO, 2013, p. 647). São, portanto, razões ligadas à qualidade da produção da prova. A ideia é que o Estado, ao coagir o imputado a cooperar, contribui para a produção de informações pouco confiáveis. Especialmente preocupante é a contribuição do aparelho estatal para a obtenção de confissões falsas. Fundamentos epistêmicos, portanto, são aplicáveis quando "o que se demanda é a *resposta* a uma pergunta" (CHOO, 2013, p. 701, grifo nosso).

Fundamentos não epistêmicos, por sua vez, são ligados a outras razões diversas da qualidade da prova:

> Justificações não epistêmicas para o privilégio contra a autoincriminação são variadas, mas têm em comum preocupações deontológicas com valores intrínsecos não relacionados à promoção de uma acurada investigação dos fatos. (CHOO, 2013, p. 701).

Muito embora possam ser de ordem variada, os fundamentos não epistêmicos mais lembrados são aqueles relacionados à "imposição de

ônus excessivo" ou "afrontosos à dignidade individual" (CHOO, 2013, p. 703).

Em síntese, os fundamentos epistêmicos levam à não exigência de uma confissão potencialmente falsa. Os fundamentos não epistêmicos levam ao respeito da liberdade moral do imputado. Os limites do direito à não autoincriminação são uma decorrência de seus fundamentos.

Segundo a interpretação tradicional, o privilégio protege contra a coação do imputado a declarar. O fundamento epistêmico recomenda que o Estado não atue sobre a vontade do imputado, buscando obter uma declaração, sob pena de contribuir para uma falsa confissão. Os fundamentos não epistêmicos contam com a crueldade de exigir a autoincriminação e desrespeitam a decisão do acusado em declarar-se ou não. Logo, se a declaração é espontânea, não há engajamento do direito. Observa Silva (2018, p. 389) que "a utilização de coação sobre o arguido para dele obter declarações assinala o núcleo essencial do *nemo tenetur se ipsum accusare*", na medida em que "voluntário, um depoimento com conteúdo altamente incriminador pode, sem objeções constitucionais, ser valorado contra o seu autor" (SILVA, 2018, p. 255).

Mais recentemente, tem surgido o debate sobre o engajamento do *nemo tenetur* em face da utilização de meios enganosos ou ocultos de interrogatório e de investigação. Roxin (2008) defende que o uso do engano ou ardil para obter a colaboração do investigado constitui fraude à lei, devendo ser sancionada com a inadmissibilidade da prova. De acordo com o autor, a proteção contra a autoincriminação:

> [...] não apenas proíbe a coação para declarar, mas também pretende proteger o imputado de uma autoincriminação induzida pelo Estado por meio do erro, de uma manipulação de sua decisão de declarar por meio do engano estatal. (ROXIN, 2008, p. 62).

A jurisprudência tem invocado a proteção contra a autoincriminação como meio para impedir o interrogatório disfarçado, conduzido sem que o investigado tenha conhecimento de que está interagindo com agentes do Estado – ou pessoas sob sua orientação – e de forma que a comunicação esteja registrada para fins probatórios.

No Direito Comparado, percebe-se a tendência de a jurisprudência usar um teste em dois passos para avaliar a compatibilidade de provas produzidas mediante engano com o *nemo tenetur*. Inicialmente formulado pela Suprema Corte do Canadá (R. v. Broyles [1991] 3 S.C.R. 595), (CANADÁ, 1991), o teste persuadiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (Allan v. Reino Unido. Decisão de 5 de novembro de 2002. §§ 50-51), (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002) e foi internalizado na jurisprudência dos países-membros (BGH 3 StR 104/07, decisão de 26 de julho de 2007), (ALEMANHA, 2007).

De acordo com a Suprema Corte do Canadá (1991, p. 597, tradução nossa):

> [...] o direito ao silêncio só será infringido se o informante agia como um agente do Estado no momento em que o acusado fez a declaração e se foi o informante que levou o acusado a fazer a declaração.

A Corte Europeia de Direitos Humanos seguiu, com expressa menção, o entendimento da corte canadense no Caso Allan v. Reino Unido, de 2002.

O Tribunal Federal Alemão *Bundesgerichtshof* – BGH seguiu a compreensão da Corte Europeia no chamado Caso Maiorca (ALEMANHA, 2007). Antes dele, o BGH tinha se debruçado sobre a relação entre o direito ao silêncio e a captação ambiental em uma

sequência de precedentes conhecidos por *Hörfalle*. Após decisões divergentes do 2º (BGHSt – 39, 335), (ALEMANHA, 1993) e 5º (BGH – 5 StR 680/1994), (ALEMANHA, 1995) senados, o Grande Senado concluiu não haver violação do *nemo tenetur* em face da utilização do homem de confiança para interrogar o investigado sob suspeita (ALEMANHA, 1996).

Há dois grandes vetores na avaliação do interrogatório disfarçado: a participação de agente de investigação e a extração da informação (*elicitation*).

Ao que releva este artigo, a definição de agente de investigação não está limitada ao funcionário do Estado envolvido na investigação, normalmente um policial, mas também alcança o terceiro, que age sob sua influência. Esse terceiro é definido como homem de confiança.

No próximo título, analisaremos a validade das provas produzidas pelo homem de confiança em face do direito à não autoincriminação.

3 HOMEM DE CONFIANÇA E AÇÕES ENCOBERTAS

As ações encobertas inserem-se entre as técnicas especiais de investigação, as quais são meios de obtenção marcados pelo sigilo, geralmente de prova invasiva, e voltadas para a criminalidade grave ou organizada (ARAS, 2012).

Nas ações encobertas, a "dissimulação, o ardil e o embuste são empregados pelo Estado para romper o silêncio mafioso (*omertá*) de organizações criminosas ou para obter informações cruciais de criminosos comuns" (ARAS, 2012, p. 540).

As ações encobertas podem ser conduzidas diretamente por investigadores ou podem se valer de particulares. Interessa-nos essa segunda modalidade, na qual homens de confiança concorrem para o seu desenvolvimento.

Elas podem ter fins de inteligência ou probatórios. Nesta hipótese, são destinadas a reunir provas a serem empregadas em juízo. Naquela, buscam produzir informações relevantes para a tomada de decisões públicas – identificação dos integrantes, da estrutura do grupo ou da organização, do patrimônio, dos relacionamentos externos etc. (ARAS, 2020).

O homem de confiança é um particular que não está a serviço da administração pública, mas que colabora com as autoridades em ações de inteligência ou de investigação, sem revelar essa qualidade (SILVA, 2018, p. 562).

A expressão homem de confiança decorre do idioma tedesco. A legislação alemã usa a expressão *Vertrauensleute*, que pode ser traduzida por "pessoas de confiança" cujo emprego corrente se vale da flexão de gênero – *Vertrauensman* (homem de confiança) e *Vertrauensfrau* (mulher de confiança) –, e mesmo de forma abreviada – V-Mann ou V-Leute. Daí o emprego, pela doutrina portuguesa, da expressão homem de confiança.

A legislação dos países que preveem o uso de homens de confiança varia quanto ao escopo de sua admissibilidade.

A Alemanha está entre os países que prevê o uso de homens de confiança em operações de inteligência, inclusive de Estado e de investigação criminal. A legislação define homem de confiança como

um particular que de forma duradoura colabora com as autoridades, normalmente sem o conhecimento de terceiros (ALEMANHA, 1977), (Anexo D 2.2; BVerfSchG, § 9b).

Em Portugal, o ordenamento menciona o uso de homens de confiança apenas em face de fatos com relevância criminal, ainda que o admita para fins preventivos e propriamente de investigação. A lei que trata do "regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal" prevê que o "terceiro atuando sob o controle da Política Judiciária" pode desenvolver "ações encobertas", com a "ocultação da sua qualidade e identidade", para a "prevenção ou repressão dos crimes" graves nela arrolados (Lei n. 101/2001, artigo 1º, § 2; e artigo 2º), (PORTUGAL, 2001).

Na Itália, a legislação prevê o uso de homens de confiança em operações encobertas (*operazioni sotto copertura*) apenas para a investigação criminal. A lei menciona que os investigadores podem praticar uma série de condutas típicas formais pessoalmente – ou valendo-se de pessoa interposta (*interposta persona*) ou auxiliar (*ausiliar*) – somente para obter elementos de prova dos delitos graves nela especificados. Para que a responsabilidade pela prática de delitos seja afastada, é indispensável que a operação seja devidamente autorizada e documentada (Legge, 16 de março de 2006, n. 146, art. 9), (ITÁLIA, 2006).

No Brasil, a legislação não contempla a previsão sobre o uso do homem de confiança. Não há nenhuma menção à colaboração de terceiros com ações de inteligência ou de investigação, preventiva ou repressiva.

Existe, em nosso país, apenas a previsão de infiltração policial em organizações criminosas (art. 3º, da Lei n. 12.850/2013), (BRASIL, 2013)

e em grupos que praticam crimes pela internet (arts. 190-A a 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente), (BRASIL, 1990). Não há menção à colaboração de terceiros não integrantes de forças estatais.

A participação de homens de confiança em ações encobertas tem grande potencial de produzir informações e provas relevantes. Por serem pessoas que gozam de relacionamento com os membros dos grupos criminosos, possuem mais facilidade para obter informações aos investigadores.

As investigações de ações de grupos criminosos organizados são especialmente favorecidas pelo emprego de homens de confiança. O crime organizado adota estratégias para evitar a responsabilização de seus agentes, como o segredo interno, a compartimentação de informações e o acesso gradual de novatos. Assim, a colaboração de uma pessoa inserida no grupo criminoso é de grande valor.

4 VALIDADE DA PROVA

Compreendido o potencial de contribuição da colaboração de homens de confiança em ações encobertas para a apuração de delitos praticados por organizações criminosas, resta avaliar se as provas produzidas por esses agentes teriam validade em juízo, em face do direito ao silêncio.

Há dois passos no teste de validade da prova produzida em ações encobertas mediante engano: a participação de agente de investigação e a extração da informação (*elicitation*).

O primeiro passo é a participação de agente de investigação. Entre particulares, as interações não são regidas pela oficialidade que

regulamenta as investigações criminais. Assim, há maior liberdade, que pode ser usada para a extração de informações.

Se um terceiro, agindo por conta própria, interroga o imputado, ter-se-á uma conversa entre privados, não sendo eles obrigados a respeitar reciprocamente a prerrogativa de não autoincriminação. Não haverá engajamento do direito ao silêncio. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência no sentido da admissibilidade do uso, como prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores (RE 583.937 QO-RG. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19 de novembro de 2009). Como regra, terceiros podem questionar o suspeito de um crime sobre o fato sem realizar qualquer advertência. Dessa forma, um comparsa ou um amigo do perpetrador, um familiar da vítima ou a imprensa poderiam realizar questionamentos que levassem a uma confissão, em princípio, válida.

O envolvimento do direito ao silêncio surge quando toma parte da comunicação um agente de investigação. Os agentes do Estado envolvidos na investigação não podem dirigir perguntas potencialmente incriminatórias ao suspeito sem antes adverti-lo de que suas declarações podem ser usadas como prova e de que existe a faculdade de não responder. Do contrário, o investigado é posto em uma situação em que está produzindo prova contra si, em interação com o agente público, sem ser advertido do direito ao silêncio. Mesmo nos países em que não exista um dever de advertir formalmente quanto ao direito ao silêncio, o interrogatório disfarçado é uma perigosa subversão ao rito. Trata-se de uma forma de obter confissão mediante engano.

A questão é um pouco mais complexa quando não há agente estatal envolvido na investigação participando da conversa. A atuação autônoma do particular não atrai o engajamento do direito ao silêncio.

Como visto, a interlocução entre particulares não está sujeita ao dever de advertência quanto às consequências da autoincriminação.

No entanto, o particular pode ser um agente de investigação quando age sob instigação ou induzimento dos investigadores estatuais. Apesar de não serem funcionários públicos, os homens de confiança são terceiros que atuam sob influência dos investigadores e podem ser considerados, para essa finalidade, agentes da investigação.

O teste para a avaliação da qualidade do homem de confiança é bastante inclusivo. Nas palavras da Suprema Corte do Canadá:

> [...] o teste para determinação se o informante é agente do estado para os propósitos do direito ao silêncio é simples: teria a conversa entre investigado e informante ocorrido, na forma e maneira em que ocorrida, não fora pela intervenção do estado ou de seus agentes? (CANADÁ, 1991, p. 607, tradução nossa).

Portanto, se o particular é instigado ou induzido a comunicar-se com o investigado, com intuito de produzir prova, estará na qualidade de homem de confiança.

Esse tema ganha especial relevância nas provas produzidas por membros de organizações criminosas convencidos pelos investigadores a colaborar com investigações.

A instigação ou o induzimento devem ser concretos, decorrentes de contato do homem de confiança com agentes da investigação. O particular que age espontaneamente não será considerado homem de confiança.

No Brasil, a legislação beneficia o membro da investigação criminosa que colabora com as apurações, delatando os comparsas – art. 4º, da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013). Trata-se de incentivo para que membros arrependidos da organização criminosa providenciem a produção de prova contra os demais.

Se um dos comparsas na empreitada criminosa resolve, por iniciativa própria, gravar a conversa com os demais, no interesse de obter os benefícios da delação premiada (art. 4º, da Lei n. 12.850/2013), não haverá engajamento do *nemo tenetur.*

No entanto, se o membro da organização foi induzido ou instigado pelos investigadores a colaborar com a investigação, fornecendo informações ou produzindo provas, será considerado homem de confiança.

Recente modificação da legislação brasileira parece indicar a invalidade da captação ambiental realizada por homem de confiança. A gravação de conversas entre presentes é importante meio para documentar o conhecimento obtido por esses agentes.

A nova legislação afirma que, se feita por um dos interlocutores "[...] sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público" (BRASIL, 1996), a captação ambiental poderá ser usada em matéria de defesa (art. 8º-A, § 4º, da Lei n. 9.296/1996, incluído pela Lei n. 13.964/2019). Apesar da falta de clareza*,* o dispositivo parece indicar que a instigação ou o induzimento à gravação, realizados pelos órgãos da persecução penal, levam à invalidade da prova. O texto legal tampouco deixa claro se, com autorização judicial, seria válida a captação ambiental entre presentes feita por homem de confiança.

O segundo passo do teste proposto pela jurisprudência internacional é a extração da informação (*elicitation*).

Para que a prova seja invalidada, exige-se que a informação tenha sido extraída pelo agente de investigação (*elicitation*). Se o investigado tomar a iniciativa de comunicar sua própria culpa, não haverá engajamento do *nemo tenetur.* A comunicação incriminatória deve ocorrer em resposta a uma indagação por parte do homem de confiança. Assim, a declaração deve ser provocada e a informação, extraída.

Sobre o ponto, o Supremo Tribunal do Canadá afirmou que "a informação deve ser ativamente extraída pelo agente", visto que "não haverá violação do direito ao silêncio se o suspeito espontaneamente decide fornecer a informação" (CANADÁ, 1991, tradução nossa). Asseverou ainda que, na avaliação, dois conjuntos de fatores devem ser considerados.

O primeiro conjunto de fatores diz respeito à "natureza do diálogo". Observando "a conversa como um todo, o informante conduziu sua parte da conversa como o acusado esperaria, ou foi a conversa o equivalente formal a um interrogatório?" (CANADÁ, 1991, tradução nossa).

Aqui, o relevante é a iniciativa das declarações incriminatórias. Se o homem de confiança não dirige a conversa para o fato investigado, sendo do suspeito a iniciativa de falar sobre sua culpa, não haverá engajamento do direito à não autoincriminação. A informação terá sido espontaneamente oferecida.

O segundo conjunto de fatores diz respeito à "natureza da relação entre o agente do Estado e o acusado". Indaga-se se o agente "explora alguma característica especial da relação para extrair a declaração" (CANADÁ, 1991, tradução nossa).

Nesse ponto, importam quaisquer condições que coloquem o investigado em especial sujeição às perguntas do interlocutor. As relações de parentesco e de afeto, ou a posição de liderança ou de autoridade, devem ser especialmente consideradas.

As razões epistêmicas do direito à não autoincriminação são relevantes neste ponto: a relação de sujeição torna especialmente propícia a extração de confissões falsas.

Também as razões não epistêmicas podem ser lembradas, visto que haverá incentivo estatal à quebra de confiança dentro das relações de amizade ou de parentesco.

No mencionado caso Broyles, a corte canadense aplicou esse conjunto de princípios e julgou inválida a gravação na qual o amigo do investigado o visitou na prisão e, sob orientação dos investigadores, fez perguntas sobre os fatos. Essa mesma interpretação pode ser aplicada ao Direito brasileiro (CANADÁ, 1991).

Por tudo, a prova produzida será, em regra, válida se realizada por pessoa que não seja funcionário público envolvido na investigação. Poderá, no entanto, ser inválida se o terceiro atuar como homem de confiança dos agentes da investigação e se, cumulativamente, a confissão for extraída do investigado em resposta a perguntas do homem de confiança. Na avaliação da extração da informação, deve-se considerar se o agente fez indagações que levaram às respostas e se

havia alguma relação que colocava o investigado em especial posição de sujeição ao investigador.

5 INVESTIGAÇÕES PREVENTIVAS

O tema merece enfoque diverso em relação às investigações preventivas.

Investigações preventivas são apurações conduzidas para evitar a prática ou a reiteração de delitos.

A investigação preventiva gera muitas preocupações quanto à interferência em direitos fundamentais. O Direito Penal não se coaduna com a criminalização da cogitação. Recolher provas sobre condutas que, apenas eventualmente, terão relevância criminal pode ser uma forma indevida de interferência na autonomia privada.

A produção de conhecimento, com propósitos preventivos, costuma ser mais bem reconhecida no campo da inteligência. Mais recentemente, a inteligência também tem sido acrescida às atribuições das forças policiais e de segurança pública (TINOCO, 2020).

Alguns países, no entanto, vêm voltando seus instrumentos de persecução penal para a prevenção de delitos. A legislação de Portugal prevê o uso de ações encobertas com propósito preventivo (Lei n. 101/2001, art. 1º, § 2; e art. 2º), (PORTUGAL, 2001).

No Brasil, não há previsão expressa de investigações preventivas. Mesmo a inteligência de Estado é escassamente regulamentada. A Lei n. 9.883/1999 cria o Sistema Brasileiro de Inteligência, estabelecendo competências para o planejamento e a execução de ações de

inteligência, mas não desenha o regime jurídico às quais essas ações estão submetidas (BRASIL, 1999).

Apesar da falta de previsão legal, o uso de técnicas especiais de investigação em ações de inteligência é mencionado por normativos e manuais do Sistema Brasileiro de Inteligência[1].

Além disso, nos casos envolvendo crime organizado, o Brasil usa instrumentos processuais penais para o acompanhamento do grupo criminoso, o que permite desvendar ações criminosas desde a preparação. As legislações penal e processual penal propiciam esse tipo de apuração.

A legislação penal material brasileira facilita o uso de investigações criminais com propósito preventivo. O país criminaliza condutas anteriores e posteriores ao dano em alguns casos, como delitos autônomos e permanentes, permitindo o enquadramento penal de condutas que não exteriorizam, *ictu oculi*, lesividade. As associações para fins criminais são tipificadas como delitos permanentes (art. 288 do Código Penal; art. 2º da Lei n. 2.889/1956; art. 35 da Lei n. 11.343/2006; art. 2º da Lei n. 12.850/2013), permitindo que a apuração de suas ramificações seja de interesse policial a qualquer momento. O branqueamento de capitais também é tipificado, possibilitando que a movimentação de ativos sem lastro ou sem aparente finalidade econômica leve à expansão das apurações em direção à origem dos recursos. Existem também vários crimes de posse, notadamente na legislação sobre drogas (art. 33, da Lei n. 11.343/2006) e de armas (Lei n. 10.826/2003), as quais facilitam o uso de ações controladas.

[1] Para uma análise crítica, ver Aras (2012).

Com base na legislação sobre o crime organizado, são instauradas investigações que se iniciam por uma fase oculta na qual são empregadas técnicas especiais de investigação (art. 3º, da Lei n. 12.850/2013). O uso desses meios ocultos e dissimulados de obtenção de provas busca revelar as ramificações da organização e flagrar delitos, na medida em que vão sendo postos em execução.

Assim, a partir da constatação de um evento criminoso, é possível instaurar acompanhamento temporário de um grupo de suspeitos de integrar uma organização criminosa. Por exemplo, a apreensão de uma partida de droga em uma inspeção de rotina em uma estrada permite que, a partir do rastreio de contatos do condutor, sejam identificadas as pessoas envolvidas na operação. Essas pessoas passam a ser investigadas, e sua movimentação leva à identificação dos demais membros da organização criminosa. Novas remessas realizadas pelo grupo podem ser interrompidas antes de chegar ao usuário final.

Apesar de certa vocação para a prevenção a delitos, essas investigações não perdem seu propósito de produção de provas. Todas as diligências apuratórias precisam ser documentadas para o controle judicial e o acesso às defesas. A investigação não permanece oculta de forma indeterminada. Ela evolui para uma fase ostensiva, na qual são adotadas medidas apuratórias e cautelares que não dependem do sigilo. Nesse momento, os implicados passam a ter amplo acesso aos elementos coligidos.

Em investigações preventivas, o direito ao silêncio não impede o uso de homens de confiança. Por definição, a prerrogativa de não autoincriminação não se aplica a crimes cuja execução ainda não se iniciou. A prerrogativa de não se autoincriminar é engajada como proteção ao sujeito, que "não é juridicamente exigido ou compelido a

prover informação que razoavelmente levaria a, ou aumentaria o risco de, persecução do sujeito por um delito" (CHOO, 2013, p. 8).

Não há possibilidade de incriminação quanto ao delito que ainda não aconteceu. Por mais que o sujeito tenha a intenção de praticar um crime, enquanto o *iter criminis* não ultrapassar a fase de preparação, não há possibilidade de punição. Logo, se não há ao menos tentativa, não há possibilidade de autoincriminação.

Como não há direito ao silêncio no que tange a delitos cuja execução não foi iniciada, é viável, em princípio, a utilização de homens de confiança em investigações preventivas. A prova assim obtida poderia ser usada em juízo, sem que o direito à autoincriminação socorra o implicado.

Esse tema ganha especial relevância nas ações realizadas por homens de confiança infiltrados em organizações criminosas. Imagine-se que o homem de confiança participa de uma conversa com um membro da associação criminosa, na qual se gabam de um delito que acabaram de praticar, enquanto planejam os detalhes de sua reiteração. O direito ao silêncio não impede que a conversa contribua para a prova de delitos que, naquele momento, ainda não tinham a execução iniciada. Logo, o direito ao silêncio não impede a prova do delito que está sendo planejado – caso a execução venha a ser iniciada.

Em Portugal, a doutrina se orienta na direção de que as provas produzidas em investigações preventivas não contrariam o *nemo tenetur*. Silva (2018, p. 578-579) defende a validade da utilização de homens de confiança em investigações preventivas, muito embora a condene em investigações repressivas. Andrade (2006, p. 232), por sua vez, vai além para admitir a utilização de agentes de confiança para a obtenção de provas para "finalidades exclusiva ou prevalentemente

preventivas". Um detalhe interessante é que o autor adota uma interpretação bem ampla de investigação preventiva: sustenta a validade do uso de prova não apenas para comprovar delitos ainda não consumados, mas também para reprimir e desmantelar grupos criminosos como meio de combate "do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada". Orientação semelhante é adotada por Monte (1997). Pereira (2004, p. 21) sustenta que, nos casos envolvendo a criminalidade altamente organizada, justifica-se o uso de homens de confiança em investigações preventivas.

Por tudo, temos que, em princípio, é válida a prova obtida por investigações preventivas, mediante ações encobertas, nas quais participam homens de confiança.

Por óbvio, o valor da prova produzida antes do início da execução é limitado. A prova da cogitação ou da preparação de um delito não é suficiente para demonstrar o delito em si. A execução do crime pode nem sequer vir a ser iniciada. Ainda que o resultado venha a ocorrer, a cogitação não é suficiente para demonstrar a autoria. Incumbirá à acusação complementar a prova, demonstrando que o suspeito evoluiu da preparação para a execução do delito.

As investigações preventivas também levam à preocupação com a responsabilidade criminal do homem de confiança. No Brasil, não há regras excludentes de responsabilidade pela atuação como agente duplo. Eventual perdão ou redução de penas estão subordinados às regras da colaboração premiada (arts. 3º-A a 7º da Lei n. 12.850/2013), (BRASIL, 2013).

Sempre existe, ademais, a preocupação com a indução à prática do delito. A oferta de benefícios ao homem de confiança pode estimulá-lo a converter-se em agente provocador. No Brasil, esse tema

costuma ser tratado sob o rótulo do flagrante preparado, que afasta a consumação do crime (Súmula 145 do STF). No entanto, ainda que haja preparação ou induzimento por agente provocador, se o bem jurídico pode ser atingido, haverá delito. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou em voto no julgamento do Inquérito n. 4.483/DF do Supremo Tribunal Federal que:

> [...] se a preparação [do flagrante] não impedir a consumação do delito, o agente público que determina, instiga ou auxilia o agente será penalmente responsável, a título de participação ou, em casos extremos, de autoria mediata (art. 29 do CP). (BRASIL, 2017).

Portanto, o induzimento à prática do delito por homens de confiança pode levar à impossibilidade de consumação do delito se não for viável atingir o bem jurídico protegido. Poderá, entretanto, dar causa à responsabilidade penal dos homens de confiança, caso o dano venha a ocorrer.

De tudo concluímos que, realizada no interesse de investigação preventiva, a atuação de homem de confiança não leva ao engajamento do direito ao silêncio.

6 CONCLUSÃO

Nem sempre as ações encobertas podem se valer de um investigador estatal, profissional teoricamente habilitado para realizar uma ação dessa complexidade. São ações que pressupõem um contato próximo entre o agente e os suspeitos, com o estabelecimento de uma relação de confiança. A construção dessa relação demanda tempo e, por vezes, o envolvimento em práticas ilícitas.

O dilema jurídico das ações encobertas relaciona-se de forma próxima com a invocação ao direito ao silêncio. O objetivo do uso do meio de prova costuma ser a utilização do conteúdo de comunicação dos investigados obtido mediante testemunho de seus interlocutores – captação de voz, de imagem ou de voz e imagem.

Recentemente, tem surgido debate sobre o engajamento do *nemo tenetur* em face da utilização de meios enganosos ou ocultos de interrogatório e de investigação. A jurisprudência tem invocado a proteção contra a autoincriminação como base para impedir o interrogatório disfarçado, conduzido sem que o investigado tenha conhecimento de que está interagindo com agentes do Estado – ou pessoas sob sua orientação –, e de forma que a comunicação esteja sendo registrada para fins probatórios.

No Direito Comparado, percebe-se a tendência da jurisprudência em avaliar a validade das provas em teste em dois passos. Inicialmente formulado pela Suprema Corte do Canadá (R. s. Broyles), (CANADÁ, 1991), o teste persuadiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (Allan v. Reino Unido, decisão de 5 de novembro de 2002. §§ 50-51), (CONSELHO DA EUROPA, 2002) e foi internalizado na jurisprudência dos países-membros (BGH 3 StR 104/07, decisão de 26 de julho de 2007), (ALEMANHA, 2007).

Há dois grandes vetores na avaliação do interrogatório disfarçado: a participação de agente de investigação e a extração da informação (*elicitation*).

Entre particulares, as interações não são regidas pela oficialidade que regulamenta as investigações criminais. Assim, há maior liberdade, que pode ser usada para a extração de informações.

Se um terceiro, agindo por conta própria, interroga o imputado, ter-se-á uma conversa entre privados, não obrigados a respeitar reciprocamente a prerrogativa de não se autoincriminar. Não haverá engajamento do direito ao silêncio. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido da ampla admissibilidade do uso, como prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores.

O envolvimento do direito ao silêncio surge quando toma parte da comunicação um agente de investigação. Os agentes do Estado envolvidos na investigação não podem dirigir perguntas potencialmente incriminatórias ao suspeito sem antes adverti-lo de que suas declarações podem ser usadas como prova e de que existe a faculdade de não responder.

O homem de confiança não é, ao menos diretamente, um agente do Estado. Apesar de não serem funcionários públicos, os homens de confiança são terceiros que atuam sob influência dos investigadores e podem ser considerados, para essa finalidade, agentes de investigação. A jurisprudência vem afirmando que o questionamento por agente de confiança é causa do engajamento do direito ao silêncio.

Além disso, exige-se que a informação tenha sido extraída pelo homem de confiança (*elicitation*). Se o investigado tomar a iniciativa de comunicar sua própria culpa, não haverá engajamento do *nemo tenetur.* A comunicação incriminatória deve ocorrer em resposta a uma indagação; a declaração deve ser provocada; e a informação deve ser extraída.

A questão é um tanto diversa nas investigações preventivas.

Em investigações preventivas, o direito à não autoincriminação não impede o uso de homens de confiança. Por definição, a prerrogativa de não autoincriminação não se aplica a crimes cuja execução ainda não se iniciou.

Não há possibilidade de incriminação quanto a delito que ainda não aconteceu. Por mais que o sujeito tenha a intenção de praticar um crime, enquanto o *iter criminis* não ultrapassar a fase de preparação, não há possibilidade de punição. Logo, se não há ao menos tentativa, não há possibilidade de autoincriminação.

Por óbvio, o valor da prova produzida antes do início da execução é limitado. A prova da cogitação ou da preparação de um delito não é suficiente para demonstrar o delito em si. A execução do crime pode nem sequer ser iniciada. Ainda que o resultado venha a ocorrer, a cogitação não é suficiente para demonstrar a autoria. Incumbirá à acusação complementar a prova, demonstrando que o suspeito evoluiu da preparação para a execução do delito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Diretrizes para processos criminais e processos de multa (RiStBV), 1º jan. 1977**. Benz: Ministério da Justiça Federal, 1977. Disponível em: https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_01011977_420821R5902002.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. **Lei de cooperação entre os governos federal e estadual em questões relativas à proteção da constituição e da Secretaria Federal de Proteção à Constituição (Lei Federal de Proteção Constitucional – BVerfSchG)**. Berlim: Ministério Federal de Justiça, 1990. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bverfschg/__9b.html. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Distrital de Frankfurt. BGHSt – 39, 335, StR 400/1993. Um policial que ouve uma conversa telefônica em um segundo receptor como parte de uma investigação geralmente não está agindo ilegalmente se o usuário da conexão permitir que o faça; isso também se aplica se ele ouvir a conversa sem o conhecimento da outra parte [...]. Decisão em: 8 de outubro de 1993. **Servat**: Frankfurt, 1993. Disponível em: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs039335.html. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Distrital de Hamburgo. BGHSt – 42, 139, GSSt 1/1996. Se, por instigação das autoridades investigadoras, um particular tiver mantido uma conversa com o suspeito com o objetivo de obter informações sobre o objeto da investigação sem revelar a intenção de investigar, o conteúdo da conversa poderá ser utilizado como prova testemunhal, trata-se de solucionar um crime de considerável importância. Investigar os fatos usando outros métodos de investigação teria sido significativamente menos promissor ou significativamente mais difícil [...]. Decisão em: 13 de maio de 1996. **Servat**: Hamburgo, 1996. Disponível em: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs042139.html. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça. BGH – 3 StR 104/2007. Ausência de autoincriminação (liberdade de coerção; isenção de fraude; investigadores disfarçados; princípio nemo tenetur; situação de interrogatório; interpretação de acordo com a Convenção); Direito ao silêncio (percepção; respeito; proibição do uso de provas: efeito continuado em [...]. Decisão em: 26 de julho de 2007. **HRRS**:

Wuppertaln, n. 676, 2007. Disponível em: https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/07/3-104-07.php. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça. BGH – 5, StR 680/1994. Medidas investigativas direcionadas pela polícia envolvendo um particular como informante – interrogatório policial formal ao iniciar e ouvir uma chamada telefônica – evidência da conversa telefônica gravada em mídia de áudio sem ordem prévia [...]. Decisão em: 20 de dezembro de 1995. **DeJure**: Hamburgo, 1995. Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung? https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=5%20StR%20680/94 Text=5%20StR%20680/94. Acesso em: 20 maio 2022.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARAS, Vladimir. A infiltração de agendes como meio especial de obtenção de prova. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 363-401.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *In:* DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 503-582.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.883, de 7 de dezembro de 1999**. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Inquérito n. 4.483/DF**. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Michel Miguel Elias Temer Lulia. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de setembro de 2017. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862983843/inquerito-inq-4483-df-distrito-federal-0004077-7020171000000. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral por Questão de Ordem em Recurso Extraordinário n. 583.937/RJ**. Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro [...]. Relator: Min. Cezar Peluso, 19 de novembro de 2009. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025. Acesso em: 20 maio 2022.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. **R. v. Broyles, 1991, 3 S.C.R. 595**. Ontário: Suprema Corte do Canadá, 1991. Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/818/index.do. Acesso em: 20 maio 2022.

CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing, 2013. (Criminal Law Library). *E-book* Kindle.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. **Case of Allan v. The United Kingdom**: (Application n. 48539/1999). Decisão em: 5 de novembro de 2002. Strasbourg: ECHR, 2002. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%2248539/99\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-60713%22]}. Acesso em: 20 maio 2022.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2003, Mérida. **Convenção** [...]. Brasília, DF: UNODC, 2007. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

HENRIQUE, Marco Ribeiro. Ações encobertas, para fins de investigação criminal. A dicotomia entre agente infiltrado e agente provocador. **Revista jurídica Unigran**, Dourados, MS, v. 18, n. 34, p. 93-112, jan./jun. 2016.

ITÁLIA. LEGGE 16 marzo 2006, n. 146. Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001. **GU**: Itália, n. 85, 2006. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2006-03-16;146!vig=. Acesso em: 20 maio 2022.

MONTE, Mário Ferreira. A relevância da actuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal. **Scientia Ivridica**, Braga, t. 46, n. 265/267, p. 183-202, jan./jun. 1997.

PEREIRA, Rui. O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa. *In:* CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 11-41.

PORTUGAL. **Lei n. 101, 25 de agosto de 2001**. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Portugal: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis. Acesso em: 20 maio 2022.

ROXIN, Claus. **La prohibición de autoincriminación e de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018.

TINOCO, Livia Nascimento. Prova e conhecimento, investigação criminal e inteligência: uma distinção necessária. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 166-184.

TROIS NETO, Paulo Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2000, Vienna. **United** [...]. New York: United Nations, 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.183

LA CONDIVISIONE DELLA FUNZIONE INTERPRETATIVO-CREATIVA DEL GIUDICE COSTITUZIONALE CON IL GIUDICE COMUNE IN ITALIA E IN BRASILE E LA SUA INFLUENZA SUL SISTEMA PENALE ANTICORRUZIONE

SHARING THE CONSTITUTIONAL JUDGE'S INTERPRETATIVE FUNCTION WITH THE COMMON JUDGE IN ITALY AND BRAZIL, AND ITS INFLUENCE ON THE ANTI-CORRUPTION CRIMINAL SYSTEM

HUGO ABAS FRAZÃO

Juiz federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Doutorando em Justiça Constitucional na Universidade de Pisa desde 2019 e Visiting Researcher na Sciencis Po Paris – 2021-2022. Coordenador do Laboratório de Inovação Judicial Nova Justiça – SJMA. Membro assistente do Comitê Científico do Curso de Alta Formação em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Alessandro Pizzorusso, coordenado pelo Professor Roberto Romboli e realizado em colaboração com a Universidade de Pisa; e da Associação de Constitucionalistas Gruppo di Pisa. Membro da The International Society of Public Law – ICONS.
https://orcid.org/0000-0003-1511-0010

ABSTRACT

Lo scopo di questo lavoro è lanciare un'indagine più specifica sul modo in cui una Corte (suprema o costituzionale) dialoga con il giudice ordinario e delle conseguenze per il sistema di giustizia penale, in particolare la lotta contro la corruzione e le organizzazioni criminose. La ricerca descrive come i giudici costituzionali in Italia e in Brasile assumono una variazione fluida tra accentramento e diffusione a prescindere dalla lettura dei modelli classici di controllo

della costituzionalità. Quando si propongono di decentrare il loro potere questi giudici costituzionali condividono una maggiore autorità per i tribunali ordinari per promuovere interpretazioni creative. Tali interpretazioni, a loro volta, stanno influenzando il sistema penale e, di conseguenza, il modo in cui i giudici in generale esaminano i casi di lotta contro la corruzione e le organizzazioni criminose, secondo un accurato approccio costituzionale. Lo studio adotta un metodo culturalista di comparazione che analizza ogni oggetto a partire dal suo contesto. I risultati suggeriscono che l'atteggiamento del giudice comune è stato più vicino alla legittimità dialogica di quella limitata dalle fonti legislative del diritto. Il presente lavoro considera le sue implicazioni per le teorie della giustizia costituzionale.

Parole chiave: giudice costituzionale; giudice comune; condivisione di giurisdizione; funzione interpretativo-creativa; sistema penale anticorruzione.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to launch a more specific investigation on the way a court (supreme or constitutional) dialogues with the ordinary judge and the consequences for the criminal justice system, particularly the fight against corruption. The research describes how constitutional judges in Italy and Brazil assume a fluid variation between centralization and diffusion regardless of classical models of constitutionality control. When proposing to decentralize their power, these constitutional judges share greater authority for ordinary courts to promote creative interpretations. These interpretations, in turn, are influencing the criminal justice system and, consequently, the way judges at significant review anti-corruption cases from a correct constitutional approach. The study adduces a culturalist method of comparison, which analyzes each object from its context. The results suggest that the attitude of the common judge has been closer to dialogical legitimacy than that

limited by the legislative sources of law. The present work considers its implications for theories of constitutional justice.

Keywords: constitutional judge; shared judge; sharing of jurisdiction; interpretive-creative function; anti-corruption criminal justice system.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Condivisione di giurisdizione tra giudici (costituzionale e comune) nei sistemi tecnici semi-accentrati italiano e quello diffuso (o duale) brasiliano. l'influenza della giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione della magistratura. 3 l'intensità dei movimenti di "diffusione" e "accentramento". la differenza tra decentramento "esterno" e quello "interno". il ruolo svolto dal principio della collegialità di fronte a questi fenomeni. 4 Dialettica tra giudici costituzionali e comuni: un raffinamento della protezione dei principi fondamentali nel contesto dei procedimenti basati sulla corruzione e sulle organizzazioni criminose. 5 Conclusione. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Questa ricerca si propone di avviare un'indagine più specifica su come una Corte (suprema o costituzionale) conversa con il giudice comune e sulle conseguenze sul sistema penale, in particolare sulla lotta alla corruzione e alle organizzazioni criminose. Si tratta senz'altro di un oggetto in linea con la concezione deliberativa di democrazia, cioè una concezione in cui il processo decisionale si svolge in un dialogo inclusivo la cui giustificazione, secondo Habermas (1996, p. 305), è tanto maggiore quanto maggiore è il coinvolgimento di tutti

coloro potenzialmente interessati dal giudizio. Tuttavia, per ragioni di metodo, la questione del dialogo costituzionale non sarà trattata a lungo. Si tratterà piuttosto di capire come, in una « conversation among equals » (GARGARELLA, 2022), il giudice costituzionale si rapporta dialetticamente al giudice comune.

Infatti, la qualità argomentativa che emerge dalla comunicazione con altri giudici (comuni e sovranazionali) è spesso capace di riposizionare il giudice costituzionale verso nuovi confini giurisdizionali. Ciò può portare a una funzione interpretativa più o meno creativa nel sistema, a causa del modo e dell'intensità in cui agiscono altre giurisdizioni, soprattutto per quanto concerne la protezione dei diritti fondamentali. Anche se è arduo sostenere una tale proposizione sulla base di una "teoria delle fonti", essa può certamente essere giustificata sulla base di una "teoria dell'interpretazione delle norme", in cui la dimensione descrittiva del diritto è altrettanto importante che quella prescrittiva.

Inoltre, il possibile esito (o no) delle controversie costituzionali in altre giurisdizioni può influenzare la legittimità del giudice costituzionale, portandolo a mantenere o cambiare la ruota della sua giurisprudenza, per esempio, nel senso di self-restraint o di *judicial activism*.

A partire dal diritto processuale costituzionale è possibile spiegare questo fenomeno con una prospettiva flessibile o duttile (TUSSEAU, 2009, p. 33) delle nozioni di "accentramento" e "diffusione" sul controllo di costituzionalità. A tale riguardo è vero che ciascun sistema di giustizia costituzionale potrà essere visto, in termini accademici, come accentrato o diffuso secondo l'idea per cui esistono nel mondo soltanto due modelli di controllo: l'americano e l'europeo. Secondo tale chiave di lettura, negli Stati uniti, ogni tribunale ha la competenza di disapplicare la Costituzione e quindi farla prevalente dinanzi a qualsiasi altro padrone normativo. Dall'altro lato, nel modello europeo, solo una

Corte specializzata e distinta dei tribunali comuni può giudicare il contenzioso costituzionale (FAVOREU, 1989, p. 46). Tuttavia, anche se questa dicotomia teorica domina ancora l'analisi, è in qualche modo caricata, nella misura in cui i sistemi costituzionali non sono, in realtà, perfettamente adatti a ciò che esalta questa classificazione.

In realtà, ogni sistema rivela una complessità che può essere compresa solo dalla combinazione di due visioni che, in molti casi, vivono ignorandosi a vicenda. La prima, propria delle scienze giuridiche, riguarda come il giudice costituzionale esercita la sua "tecnica" mentre la seconda, propria delle scienze politiche, analizza come egli esercita il suo "potere" (ROBERTSON, 2010, p. 432).

Da questo punto di vista vale la pena scoprire empiricamente le modalità con cui una Corte (suprema o costituzionale) estende o ritrae la sua giurisdizione nei confronti di altri giudici (TUSSEAU, 2021). Perciò si propone qui di trattare l'accentramento e la diffusione non secondo il modello a priori di controllo costituzionale scelto dal sistema. Piuttosto si cerca di farlo secondo un criterio diverso: dell'intensità con cui una Corte è incline a raccogliere in sé il potere di risolvere le controversie costituzionali; la misura di questo spostamento prende come contesto le relazioni di tale Corte con il giudice comune e anche quello sovranazionale, tenendo conto che « a contextual approach is not an invitation to abandon principles » (SELZNICK, 2003, p. 184).

Per illustrare ciò il capitolo considera i sistemi dell'Italia e del Brasile che, sebbene contrastanti in termini di tipo o modellazione di giustizia costituzionale, mostrano somiglianze nella possibilità di oscillare tra alcune forme di decentramento della giurisdizione costituzionale la cui esistenza non era ovvia a prima vista. Si cerca di dimostrare che l'attività del giudice costituzionale può essere partecipata, per esempio, al giudice ordinario persino in un sistema tecnicamente centralizzato

ma, altresì, intensamente accumulata nel giudice costituzionale in un sistema tecnicamente diffuso (o duale).

Inoltre, la funzione dell'interpretazione costituzionale si vede senz'altro influenzata da questo scenario, sia in termini teorici che in termini pratici. Invero, nel caso del decentramento di un tribunale costituzionale, i metodi ermeneutici utilizzati dai suoi membri saranno progressivamente disseminati e raffinati per favorirne l'uso da parte di altrettanti organi giudiziari. In via di ritorno, il tribunale stesso potrà essere colpito da come altri giudici interpretano un caso secondo la Costituzione; forse ciò lo porta ad acquisire nuovi strumenti per il suo ruolo di custode del sistema e a cambiare o stabilire una propria dottrina giurisprudenziale dedicata all'interpretazione democratica dei testi normativi, specie riguardo al bilanciamento tra valori fondamental[1].

2 CONDIVISIONE DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICI (COSTITUZIONALE E COMUNE) NEI SISTEMI TECNICI SEMI-ACCENTRATI ITALIANO E QUELLO DIFFUSO (O DUALE) BRASILIANO. L'INFLUENZA DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULL'INTERPRETAZIONE DELLA MAGISTRATURA

Spesso le Corti (supreme o costituzionali) condividono la giurisdizione, in modo più o meno intenso, con i giudici che compongono i rami della giustizia comune (ordinaria, amministrativa, elettorale,

[1] Sulle tracce di una dottrina giurisprudenziale che guidi le Corti supreme nelle nuove sfide democratiche, cf. Barak (2002, p. 160-161): « I hope that in the future we will have a better understanding of the tools with which the court fulfills its role. Jurisprudence and case law must provide the courts with an acceptable doctrine for the interpretation of constitutions and statutes. It is a badge of shame for us all that such a doctrine has not yet been established. I also hope that jurisprudence will provide us with a better understanding of the tool of 'balancing' and aid us in determining the 'weight' of competing values. I am convinced that with globalization, comparative law will play an increasingly prominent role. »

ecc...) Da un lato, in termini di giurisdizione costituzionale, questa distribuzione può sembrare più esplicita in un sistema di controllo di costituzionalità diffuso e/o duale, ad esempio in quello brasiliano, in cui tutti i giudici sono autorizzati a disapplicare una legge che sia in contrasto con la Costituzione in un caso concreto. Si tratta di una logica che contraddice quella dei sistemi tecnicamente accentrati, tramite cui il giudice comune non ha il potere di decidere sulla non-conformità di una legge alla Costituzione in quanto l'integrità della gerarchia delle norme sarebbe di competenza esclusiva del giudice costituzionale, mediante il cd. "monopolio di annullamento delle leggi" oppure *Normverwerfungsmonopol* (GRABENWARTER, 2011, p. 2).

Tuttavia questo non significa che nei sistemi accentrati il giudice comune non abbia il compito di svolgere, in qualche modo e con qualche intensità, una quota della giurisdizione costituzionale. Piuttosto, pur quando il giudice comune non può, da solo, disapplicare una legge in conflitto con la Costituzione, egli può diventare soggetto a un obbligo di dare alla legge stessa un'interpretazione costituzionalmente conforme. Ne è un esempio il sistema italiano dove, sebbene il monopolio dell'annullamento delle leggi resti al giudice costituzionale, questo ha delegato a qualsiasi tribunale il potere di scegliere l'interpretazione più compatibile con la Costituzione a partire da 1996 (ROMBOLI, 2020, p. 3)[2]. Come si approfondirà più avanti, anche se questa condivisione tra giudice costituzionale e giudice comune in Italia appare meno esplicita e meno intensa che in Brasile (che ha un sistema formalmente diffuso) non si può negare che anche nel caso italiano il giudice comune si relaziona con la giurisdizione costituzionale in modo rilevante.

[2] Como sottolinea Romboli (2020, p. 3): « [n]ella prima occasione, infatti, il tema era giustificato da quella giurisprudenza, inaugurata nel 1996, che invitava i giudici a risolvere loro stessi le questioni di costituzionalità attraverso l'utilizzo dei propri poteri interpretativi e nei limiti da questi consentiti, senza passare dal Giudici costituzionale, » Quindi, questo avviene nel sistema italiano soprattutto quando, secondo Romboli (2015, p. 50): « Il giudice comune usa i suoi poteri di interpretazione per valutare se è possibile superare i dubbi di incostituzionalità attraverso un'interpretazione adeguata.»

In effetti, l'equilibrio di potere stabilito tra il giudice costituzionale e il comune è dinamico e variabile secondo le circostanze di ogni sistema di giustizia costituzionale. Tuttavia, come sostiene Martinez Dalmau (2021, p. 727), bisogna tenere presente che: « Il giudice comune che aiuta a garantire la conformità attraverso l'interpretazione è un giudice materialmente costituzionale » anche se non lo è formalmente.

D'altro lato, una seconda condivisione giurisdizionale tra giudici (costituzionale e comune) può avvenire in relazione alla giurisdizione ordinaria che, eccezionalmente, si verifica sia nei sistemi diffusi che in quegli accentrati. In altre parole non è raro che le Costituzioni definiscano che il tribunale costituzionale sia incaricato di perseguire e giudicare casi civili, penali, amministrativi o elettorali che sarebbero spesso di competenza dei giudici ordinari ma che, a causa della natura dell'autorità o dell'interesse coinvolto, saranno analizzati direttamente dal giudice costituzionale[3]. È il caso, per esempio, del procedimento d'accusa che si svolge originariamente in una Corte costituzionale per presunti crimini commessi da un capo di governo o di stato nell'esercizio della sua carica politica[4]. Sebbene le questioni di fatto non siano considerate oggetti tipici della giustizia costituzionale, anche in casi di questa natura i giudici costituzionali possono svolgere un importante ruolo didattico nel senso di insegnare ai giudici ordinari a imporre

[3] Xavier Philippe, nel Corso di « justice constitutionnelle comparée », tenuto al Master 2 Droit comparé dell'Università Sorbonne-Pantheon, 1 semestre, 2 anno 2021-2022, classifica come contenzioso costituzionale specifico le ipotesi di contenzioso elettorale, contenzioso di partiti e raggruppamenti politici, altri contenziosi specifici (ineleggibilità o destituzione del capo dello Stato). Invece il professore classifica come veri e propri contenziosi costituzionali quelli riguardanti la gestione dei conflitti tra enti pubblici (negli Stati composti - federali: centro/periferia; negli Stati unitari - conflitti tra organi dello Stato) e la tutela dei diritti fondamentali.

[4] Per esempio, in Italia (1947) - Cost. 1947, art. 134. La Corte costituzionale giudica: [...] sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione. In Brasile, a sua volta - art. 102, I, b, Cost. 1988 (BRASIL, 2016). Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente: nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

soluzioni individualizzate e conformi alla Costituzione. Inoltre, la Corte stessa può prendere i casi di contenzioso ordinario per ripensare la sua dottrina riguardante il contenzioso costituzionale[5].

Oltre alle variazioni che questi casi di giurisdizione condivisa possono presentare in un dato sistema è abbastanza frequente che un giudice comune sia influenzato dalle tecniche di interpretazione adottate dal giudice costituzionale nel valutare la compatibilità della Costituzione con altre norme del sistema o con il caso specifico. In questo senso i giudici comuni che cominciano ad agire con un comportamento interpretativo più vicino a quello delle corti supreme o costituzionali funzionano spesso come un elemento importante di collaborazione della giustizia costituzionale, rafforzando la protezione dei diritti fondamentali.

[5] In Brasile, la Azione Penale n° 470 (BRASIL, 2013) è stato il più grande caso penale giudicato direttamente dal STF. Concluse le investigazioni la Procura generale ha presentato denuncia contro quaranta accusati su crimini commessi contro la pubblica amministrazione. Uno dei punti più interessanti del caso ordinario riguarda il fatto secondo cui, durante la deliberazione sul ricevimento della denuncia, la Corte ha definito se la Corte processerebbe tutti gli accusati oppure soltanto quelli con foro per prerogativa di funzione fissato nel STF, secondo regole di competenza predefinita dalla Costituzione. Il relatore, giudice Joaquim Barbosa, ha proposto il dismembramento del caso tra il STF e il giudice comune, ripartendo con questo il processamento degli accusati senza funzione pubblica gli garantisse il giudizio diretto dal giudice costituzionale. Tuttavia, il collegio ha rigettato la proposta, nella misura in cui il criterio del dismembramento (previsto dal art. 80 del Codice di procedura penale, il quale disciplinava la competenza penale costituzionalmente fissata) era inconveniente data la complessità del caso. La Corte ha quindi adottato un altro criterio, cambiando la sua stessa giurisprudenza: il criterio della connessione (ai sensi del art. 76 del Codice di procedura penale) tra i supposti crimini commessi da tutti gli accusati prevale sul dismembramento in base al foro per prerogativa di funzione. Cf. BRASIL, 2006. L'unico riferimento all'aspetto costituzionale, anche se indiretto, è stato fatto dal giudice Gilmar Mendes durante tutta la deliberazione. Secondo lui, come indicato dalla giurisprudenza della STF, il criterio di connessione (art. 76 del Cpp) non è mai stato dichiarato illegittimo nel corso degli anni. Tuttavia, nel caso in esame, l'uso di questo criterio implicava l'assorbimento di competenze di altre istanze da parte della Corte Suprema, a titolo di corresponsabilità penale tra gli imputati (BRASIL, 2006, p. 61-62). Anche così, il giudice Mendes e lo stesso STF non hanno affrontato la questione costituzionale più delicata: se una norma infra-costituzionale possa modificare o estendere la competenza del STF stabilita direttamente dalla Costituzione. In questo senso, qualche espansione o modifica ha finito per avvenire attraverso la deliberazione del plenum, ma implicitamente.

Da questo momento in poi c'è un punto di rottura con la teoria di Montesquieu, il qualesostiene. nell'*Esprit des lois* (livre XI, chapitre VI). che: « Les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la riguer. » Tale idea, significata soprattutto dalla scuola esegetica francese, limitò il giudice a un mero riproduttore meccanico della legge, tenuta come unica fonte del diritto esistente, specie dopo la promulgazione del Codice civile francese del 18046[6]. Ovvero, come interprete, il giudice comune adotterebbe un mero metodo sillogistico normativamente sterile che non rivelerebbe l'interpretazione giudiziale come un poter reale[7].

Dunque, con la maturazione della giustizia costituzionale in ogni sistema[8], la predominanza della scuola esegetica cede gradualmente

[6] In opposizione al significato dato dalla scuola esegetica, v. Dauchy (2014, p. 256), che sostiene che è improbabile che Montesquieu intendesse dare alla sua metafora 'il giudice è la bocca che pronuncia le parole della legge' una portata così ampia e radicale come quella che le concederà l'Assemblea costituente. L'obiettivo di Montesquieu, a dire il vero, è solo quello di sollevare il problema della relazione tra il giudice, principale maestro nell'applicazione della legge e il legislatore, responsabile della redazione di questa legge. È vero che un tale autore propone, usando la terminologia dell'Esprit des lois, l'attuazione di un meccanismo necessario di contrappeso reciproco tra il potere giudiziario e quello legislativo, meccanismo che conduce necessariamente e inevitabilmente a un rapporto di subordinazione della giustizia alla legge e, quindi, del giudice al legislatore (distinto a sua volta dal potere esecutivo) ma non ha mai inteso negare al giudice ciò che costituisce la sua missione essenziale, cioè l'interpretazione della legge generale. In questo senso, se il giudice è "la bocca della legge", è proprio perché spetta a lui, attraverso un ragionamento basato sulla legge, determinare il significato che si deve dare alla legge o, più precisamente, e attraverso un approccio teleologico, determinare il significato che il legislatore ha voluto dare alle parole della legge.

[7] A proposito: « La constitution [française] actuelle hérite incontestablement de cette culturale politique, puisqu'elle consacre, en son titre VIII, non un 'pouvoir' mais une 'autorité' judiciaire. » (DUHAMEL; TUSSEAU, 2020, p. 1294).

[8] Vale la pena rafforzare che, negli Stati Uniti, il controllo di costituzionalità è già riconosciuto dalla prassi giudiziaria di Marbury contro Madison nel 1803 come un carattere fondamentale della Cost. 1787. Anche se tale proposizione non fu espressamente dichiarata nel testo costituzionale è certo che la maggior parte dei costituenti americani sembrava riconoscere come ovvio il potere dei tribunali di dichiarare una legge incostituzionale. A questo proposito, secondo un notevole studio di Charles Beard, per esempio, dei cinquantacinque membri della Convenzione federale, non meno di venticinque erano

il passo alla scuola normativista, secondo cui la Costituzione e i suoi principi governano l'ordine giuridico in modo tale da influenzare l'interpretazione delle leggi da parte dei giudici[9]. Di conseguenza ciò produce una discontinuità nella dicotomia tra la creazione della norma (che spetterebbe al legislatore) e la sua applicazione (che spetterebbe al giudice) nella misura in cui un giudice che decide in base al parametro costituzionale è anche creatore normativo. In questo senso, il giudice costituzionale utilizza metodi variabili di interpretazione che non sempre concordano con la visione esegetica ma riguardano invece un approccio progressivo[10]. Inoltre, ulteriori ricerche rivelano che uno stesso tribunale costituzionale non usa sempre lo stesso metodo di interpretazione[11]. La scelta del metodo è forse strategica, a seconda

direttamente o indirettamente a favore della revisione giudiziaria della Costituzione. Cf. BEARD, 1962. Inoltre, Alexander Hamilton preconizzò chiaramente questa facoltà giudiziaria già nel noto articolo 78 del Federalista. D'altra parte, nell'Europa continentale, le costituzioni moderne fecero un percorso opposto, cioè diedero esclusivamente all'organo politico il potere di decidere sulla norma costituzionale. Sui giudici ordinari europei nell'epoca del costituzionalismo moderno poggiava l'incredulità o il sospetto che fossero contrari all'interesse del popolo. Pertanto, ai magistrati europei non fu dato alcun margine di discrezionalità interpretativa per seguire esattamente la volontà stabilita dal legislatore ordinario. Tale situazione in Europa, soltanto, cambia senz'altro con l'avvento delle costituzioni contemporanee e democratiche del post-seconda guerra.

9 Sul potere normativo che tocca al giudice dall'influenza della scuola normativa, cf. Duhamel, Tusseau (2020, p. 1294) ss. Per quanto riguarda il ruolo creativo del giudice nell'interpretazione normativa: "Lorsqu'un tribunal tranche un litige entre deux parties ou qu'il condamne l'accusé à une peine, il applique une norme générale [...] ; mais il crée simultanément une norme individuelle qui prévoit qu'une sanction précise doit être exécutée à l'encontre d'un individu. [...] La décision juridictionnelle est clairement [créatrice] dans la mesure où elle ordonne l'exécution d'une sanction concrète contre un individu, le délinquant. Son caractère [créateur] provient aussi [...] de ce qu'elle établit les faits qui conditionnent la sanction° Dans l'univers du droit, il n'existe pas de fait « en soi », de fait « absolu », il n'y a que des faits établis par un organe compétent "au terme d'une procédure prescrite par le droit (KELSEN, 1997, p. 188-190).

10 Prendendo in considerazione la classificazione dei quattro approcci all'interpretazione costituzionale proposta da Sustein (2005, p. 281), la funzione del giudice potrà adottare un approccio perfezionista (adottato da molti giudici progressisti per rendere la Costituzione la migliore possibile); minimalista (scettico sulle teorie interpretative e credente in decisioni meno estese, concentrate sul caso concreto piuttosto che su proposizioni generiche); massimalista (in cui si favorisce il processo politico democratico, il cui centro di gravità è il legislatore); o fondamentalista (per cui il significato della Costituzione rimane quello del momento della sua ratifica.

11 A questo punto, cf. Barroso (2018b, p. 244). Con riferimento al STF brasiliano, « [é]

di quale degli strumenti esistenti è il più appropriato per fornire una soluzione completa al caso in esame, cioè basata più nel piano dell'efficacia che nel piano della validità (MEZZANOTTE, 2014, p. 115)[12].

Il potenziamento creativo del giudice costituzionale risuona anche nel giudice comune. In altre parole la relazione tra i primi porta invariabilmente i secondi in contatto con una "nuova teoria dell'interpretazione", secondo la quale le leggi devono sempre essere riesaminate da una chiave costituzionale. A questo punto l'idea del giudice come "la bouche de la loi" si dissolve progressivamente. Questo vale per sistemi tecnicamente accentrati come l'Italia dove il giudice comune, anche se non ha ricevuto il potere di controllo di legittimità delle leggi dalla Cost. 1947, ha imparato a materializzare la Costituzione nel caso concreto, da un lato, per mezzo dell'interpretazione e delle sue costanti conversazioni con il giudice costituzionale. Occorre quindi sottolineare che il sistema accentrato italiano è "il più diffuso d'Europa"[13], vale a dire: a differenza delle vie di accesso in altri sistemi

importante destacar que não há um magistrado que em sua prática jurisdicional seja sempre minimalista ou perfeccionista. Nos casos da fidelidade partidária, da cláusula de barreira e da inelegibilidade, por exemplo, o Min° Eros Grau assumiu um posicionamento nitidamente minimalista e formalista, ao passo que no caso do amianto aproximou-se, conforme foi visto, do modelo perfeccionista. » (SILVA, 2008, p. 139)

12 In Brasile vale la pena di leggere in Pereira e Gonçalves (2015, p. 133): « Superado esse panorama histórico e pacificada a ideia de supremacia constitucional, opera-se um alargamento do conceito e das finalidades da Constituição. Ela não se resume ao ápice de uma pirâmide normativa autossuficiente, mas passa a ser entendida como um documento com múltiplos campos de irradiação, conformando o agir dos agentes públicos e da sociedade como um todo. Essa assunção de novas tarefas impõe uma revisão do conceito de inconstitucionalidade, reconhecendo-se que essa categoria nem sempre se resume ao exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, passando a abarcar a noção de efetividade da Constituição. »

13 È un'espressione usata dal professor Romboli (2016, p. 517-519) da cui merita di essere estratta la seguente citazione, contenuta alle?: « Il modello di giustizia costituzionale seguito in Italia viene inserito, come noto, nei modelli misti, in quanto via di mezzo tra accentrato e diffuso, a seguito della previsione della via di accesso del giudizio incidentale (un modello accentrato ma a iniziativa diffusa). Se questo è comune a molte altre esperienze dell'Europa continentale, la particolarità del caso italiano consiste nel fatto che, mentre le altre esperienze sono caratterizzate dalla presenza di ulteriori vie di accesso al Giudice costituzionale, oltre quella incidentale, in Italia invece la nostra Corte

di giustizia costituzionale in Italia sono soprattutto gli stessi giudici comuni a sollevare il dubbio motivato di illegittimità presso la Corte costituzionale, in qualità di suoi *gatekeepers*[14]. Perciò, forse con più accuratezza tecnica, si dovrebbe dire che un tale sistema è di natura semi-accentrata[15].

Ciononostante il profillo costituzionale del giudice comune non è avvenuto subito alla nascita dell'attuale ordine costituzionale italiano. Anzi, fino all'installazione della Corte costituzionale (1956) la magistratura fu autorizzata a esercitare una sorta di controllo diffuso (secondo la VII disposizione transitoria costituzionale) ma ciò non si è tradotto in successi verso la professionalità della magistratura (ROMBOLI, 2008, p. 323-326). All'epoca i membri della magistratura, soprattutto della Corte di cassazione, cercarono di mantenere una separazione tra il livello di legalità e quello di costituzionalità, senza valorizzare la Costituzione come fonte di diritto. Questa situazione ritardò il cambio di paradigma teorico (da un'interpretazione orientata al diritto a un'interpretazione orientata alla costituzionalità) con

inizia a funzionare ed eserciterà le sue funzioni per più di venti anni basandosi solamente sulla via incidentale. La via principale, infatti, stante la inattuazione per molti anni delle regioni ordinarie sarà praticata in pochi casi (con riguardo alle regioni speciali), così come pure la via dei conflitti tra enti e tra poteri. Se il modello diffuso si caratterizza anche per il fatto di valorizzare e porre fiducia nell'attività del giudice, possiamo dire che, limitando di fatto l'accesso alla sola via incidentale, il nostro modello di giustizia costituzionale, sia stato in Europa quello 'più diffuso' fra tutti i modelli accentrati. »

14 « Il necessario dialogo e rapporto diretto con i giudici, unici [o predominanti] 'portieri' della Corte, ha inevitabilmente determinato una prevalente coloritura giurisdizionale dell'attività del nostro Giudice costituzionale, dando un decisivo apporto allo sviluppo dell''anima' giurisdizionale rispetto a quella politica » (ROMBOLI, 2016, p. 519). Nel giudizio in via incidentale il giudice ordinario (a quo) esercita inevitabilmente un controllo di costituzionalità, nella misura in cui rimette la questione al giudice costituzionale (*ad quem*) solo se ha un fondato dubbio sulla costituzionalità della norma in questione, o se è convinto della sua incostituzionalità, a seconda dell'inquadramento fatico-giuridico. In questo senso, il controllo è diffuso, giacché questa operazione intellettuale spetta ai giudici comuni, soltanto il potere di annullamento è centralizzato, e monopolizzato dalla Corte costituzionale ('Verwerfungsmonopol'), il che rende difficile inquadrare il sistema nella teoria dell'opposizione di modelli (SEGADO, 2004, p. 1086-1091; JOUANJAN, 2006, p. 83; TUSSEAU, 2009, p. 33-34).

15 Espressione usata da Favoreu e Mastor (2011).

riguardo al giudice comune. Infatti, la situazione cambia solo quando la Corte costituzionale, tramite la sua progressiva giurisprudenza, riesce a condizionare il potere giudiziario a comportarsi secondo lo standard costituzionale. L'illustrazione di questo quadro vedrà fatta più chiaramente in seguito.

Dall'altro lato, questa nuova teoria dell'interpretazione acquista importanza anche nei sistemi di giustizia costituzionale segnati dalla diffusione tecnica, specie quando, nonostante abbia la competenza per disapplicare una legge illegittima, la magistratura non lo fa per la mancanza di strumenti ermeneutici appropriati. Un particolare esempio è il caso del Brasile in cui il controllo diffuso esisteva già prima della vigenza della Cost. 1988 ma senza legittimarsi in pratica. Come sostiene Marcelo Neves le Costituzioni brasiliane precedenti (1824, 1891, 1934, 1946 e 1967) furono meramente nominaliste in modo di non dare luogo alla concretizzazione dei diritti, nonché « ad aver il gioco politico sviluppato sopra e al margine della Costituzione mancando, pertanto, una interpenetrazione tra diritto e politica. » (NEVES, 2018, p. 312, tradotto da noi).

A causa della profondità e della gravità di questo problema, la Cost. 1988 è diventata la tappa di un movimento teorico che propone un'applicazione attiva della Costituzione da parte dei magistrati. In particolare ciò significa fargli assumere un ruolo di trasformazione sociale, cioè, sia per invertire l'esclusione sociale dominante e massiccia presente nel paese (NEVES, 2018, p. 313), sia per dare alla magistratura stessa un'indipendenza che fu inesistente durante la dittatura militare, tra 1964-1985 (CARVALHO, 2017).

È certo che questo cambiamento viene rivelato tramite il riconoscimento dalla giurisprudenza della STF del concetto di forza normativa della Costituzione. Ciò, tra l'altro, spinge la dottrina

costituzionalista brasiliana verso la questione dell'interpretazione costituzionale, implicando un graduale rinnovamento dell'intera cultura giudiziaria nazionale (BARROSO, 2018a, 2018b). Inoltre, la Cost. 1988 crea nettamente strumenti procedurali destinati a cercare di rendere effettiva la norma costituzionale, di aumentare radicalmente le vie di accesso al STF[16]. Di conseguenza ciò ha aumentato notevolmente gli strumenti ermeneutici dei giudici della Corte e, successivamente, dei giudici nel complesso.

Ciononostante, come si vedrà in seguito, il decentramento della giustizia costituzionale in Brasile è alquanto precario, poiché il STF se ne è andato posizionandosi in un luogo di estremo accumulo di giurisdizione sul contenzioso costituzionale. Ciò contraddice il fatto che un sistema tecnicamente diffuso o duale è giustificato, tra l'altro, dalla pluralità degli interpreti costituzionali. Ma più la STF si espande e centralizza il potere, più il controllo nel sistema brasiliano può apparire un po' più centralistico che in un sistema tecnicamente "accentrato".

3 L'INTENSITÀ DEI MOVIMENTI DI "DIFFUSIONE" E "ACCENTRAMENTO". LA DIFFERENZA TRA DECENTRAMENTO "ESTERNO" E QUELLO "INTERNO". IL RUOLO SVOLTO DAL PRINCIPIO DELLA COLLEGIALITÀ DI FRONTE A QUESTI FENOMENI

[16] Per esempio, oltre agli tipologie di azione che hanno ampliato la via di accesso del controllo accentrato (azione diretta di incostituzionalità, azione diretta di incostituzionalità per omissione, azione per incupimento di precetto fondamentale e, posteriormente, azione dichiaratoria di costituzionalità), furono create azioni per assicurare i diritti e libertà fondamentali per mezzo della via diffusa (mandato di ingiunzione e habeas data, oltre ad altre che già esistevano, come l'habeas corpus, azione popolare e mandato di sicurezza). Come risultato sia il giudice del STF che il giudice comune brasiliano diventano attori rilevanti della Costituzione, ognuno nella sua sfera di competenza e, ovviamente, al di là delle sfere di competenze delle altre istituzioni democratiche, specie il poter legislativo.

La funzione interpretativa di un giudice costituzionale non si scontra solo con il legislatore o con la istanza politica del potere. A causa dell'idea di democrazia maggioritaria, una disciplina giurisdizionale che innova davanti al legislatore è più che altro una sfida di legittimità e, quindi, trovare la giustapposizione tra la norma legale e la norma del giudizio è una questione decisiva per il buon funzionamento del sistema. Tuttavia possono verificarsi altri tipi di confronti che aiutano a risolvere le contraddizioni argomentative e a legittimare la costruzione interpretativa del giudice. In questo senso, al di là del rapporto di influenza tra giudici costituzionali e ordinari, ci possono essere dei disaccordi tra i due.

a) Il decentramento verso l'esterno (e di accentramento verso l'interno)

In primo luogo si può dire che un'eccessiva condivisione o collaborazione di competenze tra i due giudici (costituzionale e comune) può avere conseguenze indesiderabili per una buona coesistenza istituzionale. Ad esempio, in Italia la Corte costituzionale specializzata ha adottato una precedente stagione giurisprudenziale per delegare il potere a favore dei giudici comuni, un fenomeno che comporta un "decentramento esterno": il potere decisionale è condiviso con altri centri giurisdizionali al di fuori del centro della Corte stessa.

Ciò accadeva per la crescita di decisioni di inammissibilità dalla Corte costituzionale, in modo da lasciare la soluzione della questione costituzionale all'interpretazione conforme della magistratura. Questo perché alla Corte italiana accedono prevalentemente gli stessi giudici comuni, che sollevano al giudice costituzionale dubbi di illegittimità su leggi applicabili a casi concreti (utilizzando la via del giudizio incidentale). Quanto maggiore è l'autonomia dei giudici comuni nell'esercizio della funzione d'interpretazione costituzionalmente conforme, tanto più

non è necessario sollevare una questione costituzionale alla Corte. Questo discorso preso in dismisura può far sì che l'accesso al giudice costituzionale diventi una procedura sempre più inutilizzabile.

A sua volta, già in una successiva (e attuale) stagione giurisprudenziale, la Corte costituzionale ha ritenuto che ci fosse troppa delega alla magistratura, al punto da trovare il giudice costituzionale delegittimato a esercitare il ruolo di custode del sistema. A questo punto, come si dirà più dettagliatamente in seguito, la Corte italiana decide « per l'assunzione o la riassunzione di compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, si erano 'lasciati' di norma al legislatore o all'autorità giudiziaria » (TEGA, 2021, p. 430-431). Tale "riaccentrarsi" o ricentralizzarsi nel confronto del giudice comune – creato dalla autonormazione e non da fonti politiche di diritto – ha impedito a lui di utilizzare il potere di interpretazione conforme in modo tale da monopolizzare il discorso, al punto da provocare una sorta di svuotamento dell'importanza del giudice costituzionale[17]. Dunque, la condivisione della giurisdizione costituzionale tra giudici (costituzionali e comuni) ha dato luogo a un effetto *backslash*: il giudice costituzionale partecipa allo scenario interistituzionale in modo attivo e sempre secondo il principio di collegialità[18]. Ciò avviene per evitare un timore

[17] Sulla possibilità che questo ri-accentramento consista in una mera manifestazione di attivismo giudiziario, cf. Groppi (2021, p. 98): « Se è di per sé difficile bollare di "audacia" il "ri-accentramento" in un sistema accentrato di giustizia costituzionale neppure la 'ri-centralizzazione' vuol dire necessariamente 'attivismo'. Come è stato ben messo in evidenza, il fatto che la Corte torni a decidere questioni precedentemente "delegate" ai giudici comuni, o dichiari incostituzionali norme delle quali in passato si limitava ad accertare l'incostituzionalità senza pronunciarla, non tocca tutta un'altra serie di aspetti del 'minimalismo' della giustizia costituzionale italiana, nel senso che la Corte resta strettamente limitata dal principio della domanda, ha fatto utilizzo dell'autorimessione soltanto in rarissimi casi nella sua storia passata e recente, procede nelle decisioni di accoglimento secondo il metodo del 'one case at a time' (ovvero con accoglimenti parziali), preferisce pronunciarsi su un unico parametro, considerando gli altri assorbiti, non si dilunga in obiter dicta o disquisizioni dottrinali. »

[18] Il "convitato di pietra" in tale dibattito è il principio di collegialità che caratterizza il momento della decisione costituzionale, come stabilito dagli artt. 16 e 18 della legge n° 87 del 1953 e dall'art. 17 delle N°I. (nel testo approvato il 7 ottobre 2008), insieme

che esisteva già dall'avvento della legge n° 87 del 195 nella primissima stagione della Corte costituzionale (anteriore all'attuale stagione di ri-accentramento e quell'anteriore di delega), cioè che il giudice costituzionale vedesse diminuire gradualmente la propria autonomia e il proprio prestigio a causa della forza esterna di altre istituzioni.[19]

A tal proposito, al fine di rimediare all'eccesso di condivisione della giurisprudenza costituzionale con riguardo al giudice comune, la Corte costituzionale italiana ha utilizzato il principio della collegialità quale uno "scudo" contro le principali critiche che potrebbe emergere dall'*overruling* verso il ri-accentramento. Ovvero, la collegialità

alla segretezza (messa in discussione, secondo molta dottrina, dalla sentenza n° 18 del 1989) della discussione e del voto in camera di consiglio.

19 Il Gruppo di Pisa ha affrontato il recente caso di dissociazione tra giudice relatore e giudice relatore presso la Corte costituzionale italiana a partire dalla sentenza n° 278/2020, attraverso la quale la dottrina ha ravvivato il dibattito sulla necessità/opportunità di introdurre l'istituto dell'opinione dissenziente nei procedimenti costituzionali. A quel punto, riguardo alla questione dell'istituzione dell'opinione dissenziente, Tega (2021) ha sottolineato che: « La domanda che ci viene posta oggi è pressoché la medesima che ci si fece in occasione dell'adozione della l- n° 87 del 1953: in quel momento l'ipotesi di introduzione venne scartata proprio per timore che i giudici fossero soggetti a influenze politiche e che l'autonomia e il prestigio del nuovo organo ne uscisse diminuito: in particolare si decise in tal modo perché tale istituto «avrebbe potuto condurre, in un paese come il nostro in cui la vita politica è dominata da organizzazioni di partito, in maggioranza di massa, a una forma di controllo dell'attività dei giudici da parte di forze politiche organizzate, controllo che fatalmente avrebbe potuto incidere sulla indipendenza e sul prestigio della Corte», così si legge nella Relazione della Commissione speciale sul disegno di legge approvato dal Senato e trasmesso alla Camera il 2 aprile 1949, Atto C. n° 469-A, presentata alla Presidenza della Camera il 17 aprile 1950, 34 (reperibile anche attraverso il sito www.normattiva.it).» (TEGA, 2021, p. 410). Quindi, l'esternazione di un'unica e coesa argomentazione del Collegio, cioè senza rivelare chi fosse il giudice interno che non coesisteva con la stessa opinione vittoriosa, rappresentò fin dalla primissima stagione della Corte italiana un'immunità contro ogni tentativo di indebolimento politico del giudice costituzionale. Visto il contesto politico del 2021, le paure espresse nel 1953 possono essere considerate ancora valide? Secondo Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità, promosso dal Gruppo di Pisa, Fascicolo n° 1/2021, parte della dottrina si è manifestata d'accordo con l'inclusione dell'opinione dissenziente (a favore dell'iniziativa: Beniamino Caravita Di Toritto, Alessandra di Martino, Saulle Panizza, Giorgio Repetto, Diletta Tega, Lorenza Violini; contrari: Valeria Marcenò, Antonio Ruggeri, Marco Ruotolo). Tuttavia, la Corte costituzionale non ha ancora interiorizzato questo istituto, né per auto-normazione né per etero-normazione.

costituisce uno strumento che potenzia l'"accentramento interno" del giudice costituzionale: il centro decisionale della Corte si definisce dal suo organo massimo, cioè il Collegio.

A proposito, durante tutte le stagioni della Corte italiana, la collegialità viene tradizionalmente alzata in risposta alle accuse di eccessiva politicità rivolte al giudice costituzionale da altre istituzioni democratiche. Ad esempio, furono le accuse sollevate per quanto concerne la sentenza n° 466/2005, sulla l. n° 189/2002, il cui contenuto modificava in senso restrittivo la legislazione antecedente di immigrazione e di asilo; o quelle pronunce che hanno smantellato le cd. leggi ad personam adottate dai governi Berlusconi, n. 24/2004, sulla l. n. 140/2003, 262/2009, sulla l. n. 124/2008 (TEGA, 2021, p. 411). Al fine di frenare qualsiasi risposta da parte di altre istituzioni interessate a mettere in discussione le modifiche di espansione o ritrattazione della sua giurisdizione, la Corte costituzionale invoca un tipo di collegialità che assorbe totalmente i singoli membri del collegio. Da questo punto di vista, sia per decidere di aumentare o diminuire la condivisione della giurisprudenza con il giudice comune, il giudice costituzionale esteriorizza una coesione, un'apparenza di non-dissenso, in modo da perseguire l'autolegittimazione (ELIA, 2009).

È giustificato da questo fatto che negli ultimi anni sono emerse in Italia proposte legislative per introdurre l'opinione dissenziente[20]. Inoltre, nell'attuale legislatura, è stata presentata da Alessandro Pagano e da altri deputati della Lega la proposta A.C. 2560: essa intende modificare l'art. 18 della l. n. 87/1953 inserendo nel corpo della sentenza

[20] Cioè, con lo scopo di ridurre la possibilità che l'accentramento giurisdizionale della CC possa portare a sentenze sgradite. L'ultima iniziativa su questo tema è una proposta di legge costituzionale (A.C. 2953), presentata da Andrea Colletti e altri membri del gruppo misto, ex-deputati del Movimento 5 Stelle, intesa a modificare la legge costituzionale n° 1/1948 mediante l'introduzione di un ricorso alla Corte italiana da parte di una minoranza parlamentare e di un'opinione dissenziente (DI MARTINO, 2021, p. 422)

l'indicazione del numero dei giudici-membri che hanno formato la maggioranza e prevedendo la facoltà per il giudice costituzionale di redigere un parere dissenziente o, semplicemente, dichiarare il proprio dissenso (DI MARTINO, 2021, p. 423)

È certo che nessuna riforma costituzionale è stata approvata a questo riguardo. Neanche l'opinione dissenziente è stata approvata da leggi ordinarie. Tuttavia bisogna considerare che, anche se ci sono rischi derivanti dall'esposizione della Corte, vi è una tendenza alla riduzione della centralizzazione interna in relazione alla Corte stessa. Per esempio, permettere ai giudici di dissentire pubblicamente dall'opinione della maggioranza del Collegio potrebbe portare a una maggiore chiarezza nel modo in cui il contenzioso costituzionale viene condotto, soprattutto quando esso si trova così (ri)centralizzato nella Corte costituzionale.[21]

b) L'accentramento verso l'esterno (e decentramento verso l'interno)

In secondo luogo l'eccessivo accumulo di diverse competenze, costituzionali o ordinarie, in capo solo alla Corte (suprema o costituzionale) e a scapito del giudice comune può portare invece all'esaurimento istituzionale della Corte accumulatrice, nonché a una iper-esposizione dei suoi membri all'opinione pubblica e a un indebolimento della legittimità del giudice comune come attore dell'applicazione della Costituzione. Ciò accade nel caso del Brasile, in cui il sistema è formalmente diffuso (o duale) ma in cui l'accumulo di giurisdizione è di fatto sempre più accentrato nella Corte Suprema,

[21] In altre parole, il giudice-membro della Corte potrebbe « reclamare la possibilità di dissentire rispetto al superamento di dottrine classiche come quella delle cd. rime obbligate in materia penale o quella Granital in tema di inversione della cd. doppia pregiudiziale, entrambe notevolmente aggiornate dall'attuale stagione giurisprudenziale » (TEGA, 2021, p. 431).

rivelandosi come una delle cause della cd. disfunzionalità della giustizia costituzionale nazionale (GODOY, 2021, p. 10134-1069). In particolare, per rispondere all'altissimo carico di casi che gli arrivano davanti, il STF, invece di distribuire veramente il suo potere a favore di altri organi giudiziari, ha determinato prevalentemente conuna peculiare diffusione al suo interno: una delega al giudice relatore del caso di un ampio giudizio monocratico (per quanto riguarda l'attribuzione per decidere le tutele cautelari in qualsiasi azione o ricorso, sia di controllo astratto che di controllo diffuso, *ad referendum* dell'organo Plenario o della Turma competente).[22] Ciò fa sì che la Corte Suprema brasiliana, intorno al suo stesso centro, abbia forse lo status di "Corte più diffusa del mondo" nella misura in cui ognuno dei suoi undici membri diventa un'isola di giudizio[23].

La Corte brasiliana è forse un esempio tipico della riluttanza a sottomettersi al principio di collegialità. È vero che essa segue una tipologia in cui le decisioni di merito sono prese secondo i criteri della maggioranza dell'intero tribunale. Tuttavia, la Corte stessa ha sviluppato l'abitudine giurisprudenziale di permettere ai singoli membri di prendere decisioni monocratiche di natura protettiva. Sebbene tali

[22] Rispetto all'art. 21, IV e V, del regimento interno del STF, sono attribuzioni del giudice supremo relatore: iv - sottoporre al Plenario o alle Turme, nei casi di loro rispettiva competenza, le misure precauzionali necessarie per la protezione dei diritti suscettibili di riparazione incerta, o anche per garantire l'efficacia di una successiva decisione sul caso; v - in casi urgenti, per determinare le misure ai sensi del paragrafo precedente, ad referendum del Plenum o della Turma (BRASIL, 2020); (...). Come evidenziano il III Relatório do Supremo em números - O Supremo e o tempo (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014); l'indagine condotta da Pública - agenzia di giornalismo investigativo, del 2018 (BELISÁRIO, 2018) e i dati trovati dal portale Jota, del 2018 (TEIXEIRA, 2019), il numero di decisioni monocratiche e con esse il numero di decisioni cautelari monocratiche in Azioni dirette di incostituzionalità (ADI), è cresciuto esponenzialmente dal 1989 al 2018. Al contrario, vi è un palpabile calo delle decisioni collegiali. Con riguardo alle azioni di controllo accentrato in generale il numero di decisioni monocratiche è cresciuto da 227 nel 2014 a 650 nel 2018. Inoltre, dal 10/09/2014 al 20/12/2018 ci sono state novantaquattro decisioni cautelari monocratiche in ADI contro solo dieci concesse dal plenario del STF nello stesso periodo. Cf. (GODOY, 2021, p. 1039-1940).

[23] Cf. Falcão; Arguelhes; Recondo, 2016; Mendes, 2010; Mendes, 2014; Mendes, 2017.

decisioni debbano in linea di principio essere approvate dal plenario del STF al più presto, in pratica permettono ai giudici-membri che le emettono di sospendere indefinitamente l'applicazione di una legge con efficacia *erga omnes*.

Questo perché l'ordine del giorno della plenaria del STF è fissato in modo occasionale, cioè, non si è richiesto di votare una decisione monocratica pronunciata da molto tempo purché il giudice-relatore e il giudice-presidente decidano di includerla per referendum del plenario. L'accettazione da parte di ogni giudice-membro della responsabilità personale nel promuovere queste decisioni allarga il margine di apprezzamento dei giudici costituzionali, nella misura in cui si relativizza la collegialità, un principio che costituisce un filtro contro il controllo di legittimità abusivo, accanto ad altri filtri come la dottrina della Corte (suprema o costituzionale), i vincoli agli argomenti, l'auto-contenzione, ecc... (TERRÉ, 2007, p. 167-191).

Anche se il giudice relatore non può decidere direttamente sul merito della questione costituzionale, le sue decisioni monocratiche sono notevoli al sistema. A tal riguardo occorre sottolineare la decisione monocratica del giudice del STF Alexandre de Moraes che, il 17/02/2022, nelle ADI n° 7.042 e ADI n° 7.043 (azioni di controllo tecnicamente accentrato) ha dato un'interpretazione costituzionalmente conforme per "sospendere" una riforma legislativa (Legge n° 14.230/2021) che ha eliminato l'attribuzione agli enti territoriali di muovere l'azione giudiziale di irregolarità amministrative contro autorità e funzionari pubblici riservandola alla Procura della Repubblica, come già avviene nell'azione penale. Il giudice Moraes ha compreso che una tale riforma ridurrebbe "la lotta contro la improbità amministrativa", nonostante non esista un parametro costituzionale che stabilisca che spetti alle autorità territoriali proporre questo tipo di azione giudiziaria e che non ci sono ancora indizi che suggeriscano che la Procura stia applicando la

suddetta attribuzione in modo inefficiente. Il giudice poteva aspettare che l'eventuale illegittimità fosse dichiarata, in via di controllo diffuso, dai tribunali ordinari, oppure che fosse dichiarata dal collegiato in modo da coinvolgere altri interpreti nel giudizio (BRASIL, 2022c). Tuttavia, ha preferito "abbattere" il risultato del processo legislativo da solo, vale a dire sospenderlo con effetti *erga omnes*[24].

Secondo il IX "Relatório Supremo em Numeros" (LEAL; BARCELLOS; ALMEIDA, 2020), tra il 2017 e il 2018 si è notato una crescita del numero di decisioni monocratiche favorevole alla tutela cautelare costituzionale (di più di 7.000 annuale nel 2017 a verso 11.000 nel 2018) nonché il numero medio di giorni di vigenza tra il giudizio liminare e il giudizio di merito è in molti casi superiore a 6 anni. Ciò fa sì che:

> [...] le leggi siano sospese da misure cautelari che alterano e consolidano nuovi rapporti giuridici. Essi alterano non solo la situazione giuridica delle parti ma il diritto brasiliano nel suo insieme per quanto riguarda la norma giuridica attaccata. (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 30, tradotto da noi).

[24] Paradossalmente, la decisione monocratica è inizialmente motivata dall'argomento che la concessione di misure cautelari in azioni di tipo accentrato è eccezionale perché relativizza il principio di presunzione di costituzionalità degli atti legislativi. Successivamente, però, il giudice è auto-investito di un potere sufficiente per congelare il prodotto legislativo. Il dispositivo segue in questo senso: « Diante do exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, DEFIRO PARCIALMENTE A CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para, até julgamento final de mérito: (A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; (B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043); (C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021» (BRASIL, 2022c, p. 13).

Quindi, il giudizio monocratico del relatore, da un lato, influisce sull'accoglimento/rigetto del merito dalla collegialità in sé, quale una "giurisprudenza o precedente personale"; dall'altro produce risultati al di fuori del tribunale, condizionando il processo decisionale di altre istituzioni democratiche (giudice comune, legislativo, governo etc...) purché il collegio non controlli tali pronunce monocratiche[25].

Nessuna delle ipotesi di giudizio monocratico dal relatore sembra a priori aprire alcuna possibilità per l'esercizio di un potere individuale rilevante e indipendente del Collegio. Ma ci sono possibili usi strategici per le decisioni monocratiche. Esse possono aiutare ciascun giudice a portare avanti la propria agenda giurisprudenziale con effetti anche al di fuori della Corte suprema, pur senza sottoporre queste posizioni al vaglio del processo collegiale, riflettendo così un esercizio individuale del potere[26].

[25] Sull'uso delle decisioni monocratiche come precedenti, Arguelhes e Ribeiro (2015, p. 127): « Nos termos das regras oficiais vigentes, deveria haver reduzidas oportunidades para que a ação de um(a) Ministro(a) seja suficiente para produzir efeitos no mundo externo ao tribunal. Formalmente, o poder individual mais explícito que o desenho do STF reconhece a seus Ministros talvez seja o de decidir monocraticamente pela concessão de liminares. Mesmo assim, essa é uma decisão precária, que pode ser revista a qualquer tempo pelo Plenário. Mas essas regras formais são insuficientes para explicar o comportamento do STF e a atuação dos seus ministros no Brasil de hoje. O comportamento estratégico de um determinado ator relevante – no caso, o Congresso ou o Presidente – pode se orientar, também, por ações que, embora não necessariamente formalizadas em termos de regras escritas, podem servir como sinalizações de futuras decisões e fornecer inputs para antecipações estratégicas por parte de atores políticos externos ao STF. »

[26] Arguelhes e Ribeiro (2015, p. 139, tradotto da noi): « Ciò si verifica [...] in casi in cui nulla è oggettivamente deciso, il giudice relatore fa uso della sua libertà di costruire la motivazione della decisione come vuole per (i) annunciare tesi giuridiche potenzialmente controverse e (ii) trattare come "giurisprudenza" o "precedente" del STF tesi già annunciate in passate decisioni monocratiche. Tutto questo senza alcun tipo di mediazione da parte del processo decisionale collegiale, nel quale, nonostante la libertà di redigere il suo voto come vuole, il giudice potrebbe almeno essere criticato direttamente dai suoi colleghi al momento di presentare i suoi argomenti e le sue ragioni in seduta. »

Sebbene questa "non-collegialità" contribuisca a ridurre l'arretrato di casi pendenti nel STF, poiché un "tribunale diviso" è in grado di emettere più decisioni complessive, essa crea altre inquietudini tra cui: riprodurre in qualche modo, dentro la Corte, le divisioni politiche esterne a essa; vedere minata l'autorevolezza e la legittimazione dell'istituzione; aumentare l'incertezza, i conflitti e le controversie; assistere a un rafforzamento della personalizzazione delle pronunce e di eventuali eccessi polemici (TEGA, 2021, p. 411). In altre parole, se questo è un vantaggio per affrontare le statistiche riguardo al numero di casi pendenti davanti alla STF oggi, in termini di argomentazione o di qualità, può rivelare un'instabilità nel sistema costituzionale.

Inoltre, la diffusione verso l'interno nel STF causa paradossalmente una atrofia del controllo diffuso in relazione ai giudici comuni, in quanto esso è vincolato non soltanto da precedenti costituzionali collegiati in controllo astratto (art. 28, Parágrafo único, della Lei n. 8.868/1999) e in controllo concreto (art. 927, II, del CPC/2015) ma anche in via di giudizio monocratico. Ciò provoca un accentramento o centralizzazione del giudice costituzionale poiché egli incomincia a esercitare materialmente una giurisdizione sempre più larga (TEIXEIRA, 2019).

A tal riguardo, dato che l'STF ha diverse vie d'accesso, dal controllo astratto al controllo concreto, riesce così ad agire in anticipo rispetto agli altri organi giudiziari sull'interpretazione costituzionale delle leggi. Secondo Luís Guilherme Marinoni ciò rivela un quadro di svalutazione del modello diffuso in Brasile perché:

> [...] la Corte Suprema interpreta la legge prima che il dibattito interpretativo si sia fruttificato [e le corti inferiori della magistratura, specie il Superiore Tribunale di Giustizia] abbiano avuto la possibilità di pronunciarsi. (MARINONI, 2019, p. 197-198, tradotto da noi).

Pensare che la diffusione verso l'interno, come succede ormai in Brasile, possa contribuire alla dialettica tra i propri membri del STF è forse un errore. Ciò perché, a differenza delle deliberazioni nel Collegio, in cui la opinione dissenziente può produrre una maggiore autorità argomentativa, nelle decisioni monocratiche non v'è dialogo né scambio di idee tra giudici-membri, nonché non rare volte esse generano dubbi rispetto alla mancanza di imparzialità di chi l'ha adottata. Per esempio, la dottrina ha criticato la decisione monocratica del giudice relatore Luiz Fux che ha sospeso il dispositivo di legge che crea la figura del "giudice per le indagini preliminari" nella prima istanza del giudiziario. Tale decisione – resa nell'ambito delle azioni ADIs n. 6298, 6299, 6300 e 6305 – è stata data ad referendum del plenario. Due anni dopo e senza alcun referendum plenario, l'ultimo aggiornamento sul sito del STF riporta che il caso è stato escluso dell'ordine del giorno dal presidente della Corte, il giudice Fux in persona. Oltretutto non è incluso tra i temi da presentare nella sessione plenaria del primo semestre dell'anno 2022. Il testo della legge n. 13.964/2019 (BRASIL, 2021), che ha creato la figura del giudice per le indagini preliminari, era stato approvato in *consensus* in entrambe le case legislative e sancito dal presidente Jair Bolsonaro. Tuttavia questa regola legale non è più in vigore da un tempo incerto, da quando è stata emessa la decisione monocratica.

Inoltre, nella vita quotidiana del STF, l'eccesso di decisioni monocratiche a scapito di quelle collegiali può rivelare una sorta di strategia politica adottata dai giudici per evitare la sessione plenaria, in modo che l'efficacia della decisione del giudice relatore si prolunghi senza essere discussa dagli altri giudici-membri. Così, la diffusione verso l'interno alla Corte suprema brasiliana diventa un palcoscenico di incertezza giuridica e ha un effetto corrosivo sulla separazione dei poteri (COM EXCESSO..., 2018).

In questo scenario l'unica dissidenza praticabile diventa quella che deriva del giudice comune di fronte al STF. Ovvero, i tribunali inferiori non possono decidere i casi concreti in contraddizione con l'interpretazione della Corte suprema ma possono avvertire la loro posizione presentando i loro argomenti a favore della modifica della posizione del giudice costituzionale.

> Il dissenso, in questo senso, è molto importante non solo per l'aggiornamento del diritto, in accordo con i nuovi fatti e valori sociali, ma anche perché il diritto venga ripensato con attenzione ad altri fattori, non messi in discussione o addirittura debitamente approfonditi. (MARINONI, 2022, p. 202, tradotto da noi).

Così, l'espansione del giudice costituzionale può trovare nel giudice comune il necessario contro-argomento per tornare a una postura più minimalista.

4 DIALETTICA TRA GIUDICI COSTITUZIONALI E COMUNI: UN RAFFINAMENTO DELLA PROTEZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI NEL CONTESTO DEI PROCEDIMENTI BASATI SULLA CORRUZIONE E SULLE ORGANIZZAZIONI CRIMINOSE

La condivisione giurisdizionale tra giudici non è esente dal disaccordo della Corte (suprema o costituzionale) soprattutto quando essa vede che la sua preponderanza istituzionale e interpretativa nel sistema è a rischio dal modo in cui tale condivisione si sviluppa. Nel caso dell'Italia la condivisione giurisdizionale si è evidenziata in una stagione di "diffusione" della giustizia costituzionale e dopo è retrocessa in una nuovissima stagione di "ri-accentramento". Ciò è stato il risultato di un ingrandimento del giudice comune che, quale

gatekeeper della Corte costituzionale, ha iniziato sempre più a non-sollevare questioni costituzionali a esso e a risolverle sempre più tramite la via dell'interpretazione conforme. Nonostante ciò nemmeno il ri-accentramento del giudice costituzionale ha interrotto la dialettica tra giudici. Anche se il giudice comune ha sofferto una riduzione del suo margine di valutazione costituzionale la sua condizione di *gatekeeper* fa sì che imprescindibilmente la Corte costituzionale rimanga a scambiare spunti con esso.

Dal canto suo, in Brasile, anche una fase di centralizzazione del dibattito costituzionale nelle mani della STF non ha impedito ai giudici ordinari di ottenere un innegabile appoggio ermeneutico costituzionale appreso dalle decisioni della STF stessa. Questo ha dato ai giudici ordinari un'inventiva sempre più creativa che deve essere evidenziata in questo saggio.

Per quanto riguarda l'Italia e il Brasile la ricerca si rivolge ormai alla questione della giustizia penale, soprattutto quella relativa alla lotta alla corruzione che ha colpito entrambi i paesi, particolarmente nel contesto delle operazioni Mani Pulite e Lava Jato. Tuttavia, riguardo a ogni tentativo di utilizzare un discorso a favore della etica pubblica, è impensabile che l'esercizio della giurisdizione costituzionale rimanga in silenzio di fronte agli abusi che si verificano in questi casi. In questo senso, i tribunali giudiziari offrono un'esperienza che sostiene fondamentalmente l'idea che il giudice comune utilizza la dottrina della giustizia costituzionale per evitare che le eventuali accuse infondate di criminalizzazione della corruzione minino la tutela dei diritti.

In Italia, un caso importante in questo senso è il c.d. Caso Taricco, il quale emerge da una questione pregiudiziale posta da un tribunale italiano alla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito di un caso penale concernente la creazione e l'organizzazione di un'associazione

al fine di commettere diversi reati in materia di IVA, allo scopo di danneggiare gli interessi finanziari. La Corte di Lussemburgo ha stabilito, ai sensi dell''art. 325 del TFUE, che se gli Stati sono liberi di scegliere le sanzioni penali da applicare devono tuttavia garantire che siano previste sanzioni penali efficaci e dissuasive nei casi di frode grave, altresì ricordando che, secondo la logica del *tertium comparationis*, sarebbe illegittimo che tali misure fossero meno efficaci delle misure adottate dagli Stati per combattere i casi di frode di gravità equivalente a danno degli interessi finanziari nazionali (UNIONE EUROPEA, 2015).

Così, la Corte di giustizia ha affermato che, quando la normativa nazionale in materia di proroga della prescrizione è tale da impedire l'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive in un numero significativo di casi di frode lesiva degli interessi finanziari dell'UE, il giudice nazionale sarebbe tenuto a dare attuazione all'art. 325 TFUE disapplicando, se del caso, le normative nazionali che avessero qualsiasi effetto di impedire allo Stato membro interessato di adempiere agli obblighi derivanti da tale disposizione (VIGANÒ, 2016, p. 8).

Tuttavia la Corte d'appello di Milano ha ritenuto che la decisione "Taricco", emessa dalla Corte di Lussemburgo, offendesse il diritto fondamentale alla prescrizione penale. Di conseguenza sollevò una questione di costituzionalità alla Corte costituzionale riguardante lo stesso caso, poiché la sentenza Taricco comportava dubbi sui diritti inalienabili degli imputati, compresi gli effetti retroattivi in *malam partem*, in contrasto con il principio di legalità previsto dall'articolo 25 della Costituzione del 1947. In un altro caso la Corte di Cassazione ha considerato che gli argomenti esposti nella sentenza Taricco non fossero applicabili al caso in questione poiché non si trattava di un reato "grave" e il fatto era già stato prescritto. Pertanto, la non applicazione del diritto nazionale in nome della sentenza Taricco era contraria alla protezione dei diritti (VIGANÒ, 2016, p. 9).

L'atteggiamento dei giudici ordinari italiani ha portato la Corte costituzionale a rinviare il caso alla Corte di Lussemburgo con l'ordinanza di rinvio n° 24/2017 (ITALIA, 2017); attraverso tale decisione, la sentenza Taricco sollevava dubbi sui principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e sul rispetto dei diritti inalienabili della persona. Secondo il giudice costituzionale, la soluzione data allora dalla Corte di giustizia, in particolare, violava il principio di legalità dei reati e delle pene che richiede, in particolare, che le disposizioni penali siano definite con precisione e non possano essere applicate retroattivamente.

In risposta alla Corte costituzionale, la Corte sovranazionale ha emesso la sentenza 5 dicembre 2017, secondo cui afferma che il precedente Taricco deve essere seguito, a patto che non comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge, o l'applicazione retroattiva di una legislazione che impone un regime sanzionatorio più severo di quello in vigore al momento della commissione del reato (TEGA, 2017). In questo senso la Corte di Giustizia dell'UE ha dichiarato la seguente tesi:

> L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della

> legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato. (UNIONE EUROPEA, 2017, p. 11).

In Brasile la Corte Superiore di Giustizia (STJ) recentemente ha promosso una decisione rilevante per la tutela dei diritti nell'ambito del sistema penale a somiglianza del caso italiano. Il STF, nel RE n. 1.055.941/SP (BRASIL, 2019), ha stabilito la posizione che è costituzionale condividere i rapporti di intelligence finanziaria della UIF e il testo integrale delle procedure di ispezione dell'Ufficio Federale delle Entrate brasiliano – in cui si definisce l'accertamento fiscale – con gli organi della Procura a fini penali, senza previa autorizzazione giudiziaria, e che la riservatezza delle informazioni deve essere salvaguardata in procedure formalmente stabilite e soggette a successivo controllo giudiziario.

Tuttavia il STJ, nel Ricorso in Habeas Corpus n. 83233 – SP – 2017/0083338-5 (BRASIL, 2022a) e nel Ricorso in Habeas Corpus n. 83447 – SP – 2017/0089929-9 (BRASIL, 2022b), ha protetto una situazione non prevista nel nucleo di questo precedente: il STJ ha inteso che se la richiesta o la domanda è diretta della Procura della Repubblica all'Ufficio Federale delle Entrate allo scopo di raccogliere prove a sostegno di un'indagine o di un'istruzione penale non è coperta dal precedente. In questo senso:

> In uno Stato di diritto non è possibile ammettere che gli organi investigativi, in procedure informali e non urgenti, richiedano informazioni dettagliate su persone o aziende, informazioni costituzionalmente protette, a meno che non siano autorizzate da un tribunale. Una cosa è che l'organismo di controllo finanziario, nell'ambito dei suoi poteri, identifichi i segnali di reato e comunichi i suoi sospetti agli organi investigativi affinché, nell'ambito della legalità e dei suoi poteri, indaghino sull'origine di tali sospetti; un altro è l'organo

> investigativo, la polizia o la Procura della Repubblica, senza alcun tipo di controllo, che ipotizza la possibilità di un reato, di richiedere all'organo finanziario o all'Agenzia Federale delle Entrate (COAF) informazioni finanziarie riservate e dettagliate su una certa persona, fisica o giuridica, senza una preventiva autorizzazione giudiziaria. (BRASIL, 2022a, tradotto da noi).

In caso contrario l'accesso diretto della Procura ai dati, senza intervento giudiziario, rappresenterebbe una violazione al principio della legalità e anche al principio del giudice naturale.

5 CONCLUSIONE

A tal riguardo la presente ricerca ha descritto come i giudici costituzionali in Italia e in Brasile assumono una variazione fluida tra accentramento e diffusione a prescindere dalla lettura dei modelli classici di controllo della costituzionalità. Quando si propongono di decentrare il loro potere questi giudici costituzionali condividono una maggiore autorità per i tribunali ordinari per promuovere interpretazioni creative. Tali interpretazioni, a loro volta, stanno influenzando il sistema penale e, di conseguenza, il modo in cui i giudici in generale esaminano i casi di lotta contro la corruzione e organizzazioni criminose, secondo un accurato approccio costituzionale.

Lo studio ha adottato un metodo culturalista di comparazione che ha analizzato ogni oggetto a partire dal suo contesto. I risultati hanno suggerito che l'atteggiamento del giudice comune è stato più vicino alla legittimità dialogica di quella limitata dalle fonti legislative del diritto. Il presente lavoro considera le sue implicazioni per le teorie della giustizia costituzionale.

Per quanto riguarda i menzionati casi trattati questi consistono ovviamente in una conversazione (esplicita o implicita) che i giudici comuni hanno promosso con le corti (supreme o costituzionali) dei loro rispettivi paesi; sono atteggiamenti che dimostrano la posizione sempre più evidente che il giudice comune è anche un giudice materialmente costituzionale e il custode dei diritti fondamentali.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.

BARAK, Aharon. Foreword: a judge on judging: the role of a supreme court in a democracy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 116, n. 19, [2002].

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018a.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018b.

BEARD, Charles A. **The Supreme Court and the constitution**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1962.

BELISÁRIO, Adriano. Semanalmente, juízes do Supremo decidem sozinhos sobre aplicação da Constituição. **Pública**: Agência de Jornalismo Investigativo, [*s. l.*], 20 set. 2018. Disponível em: https://apublica.org/2018/09/semanalmente-juizes-do-supremo-decidem-sozinhos-sobre-aplicacao-da-constituicao/. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 83233 – SP – 2017/0083338-5**. Processual penal. Recurso em

habeas corpus. Estelionato majorado, falsidade ideológica e uso de documento falso [...]. Recorrente: Helena Plat Zukerman. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 9 de fevereiro de 2022a. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/mp-nao-pedir-dados-sigilosos-receita.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 83447 – SP – 2017/0089929-9**. Processual penal. Recurso em habeas corpus. Estelionato majorado, falsidade ideológica e uso de documento falso [...]. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 9 de fevereiro de 2022b. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/mp-nao-pedir-dados-sigilosos-receita1.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Penal n. 470/ MG**. Ação penal. Embargos de declaração. Pena aplicada pela prática do crime de corrupção passiva [...]. Relator: Min. Joaquim Barbosa,
4 de setembro de 2013. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Inquérito n. 2.245 QO-QO / MG**. Questão de ordem. Inquérito. Desmembramento. Artigo 80 do CPP. Critério subjetivo afastado. Critério objetivo. Inadequação ao caso concreto. Manutenção integral do inquérito sob julgamento da Corte. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 6 de dezembro de 2006. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494486. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.043 – Distrito Federal**. Trata-se de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE (ADI 7042) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE (ADI 7043) [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 17 de fevereiro de 2022c. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349715947&ext=.pdf. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941 - São Paulo**. Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual penal. Compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal

para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 4 de dezembro de 2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília, DF: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf. Acesso em: 5 fev. 2022.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 94, jun. 2017.

COM EXCESSO de decisões monocráticas, STF favorece subjetivismo jurídico. **Consultor Jurídico**, [*s. l.*], 17 fev. 2018. Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-17/supremo-tribunal-federal-decisoes-monocraticas. Acesso em: 31 jan. 2022.

DAUCHY, Serge. Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu. **Nagoya University Journal of Law and Politics**, [Nagoya], v. 256, p. 325-343, 2014.

DI MARTINO, Alberto. Intervento, Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità. **Gruppo di Pisa**, Roma, Fascicolo n. 1, 2021.

DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume, **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 5. éd. France: Éditions du Seuil, 2020.

ELIA, Leopoldo. Interventi. *In*: PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara (a cura di). **Come decidono le corti costituzionali (e le altre corti)**. Milano: Universita'degli Studi di Milano, 2009. p. 125-130.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze supremos**: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números**: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: FGV, 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055. Acesso em: 05 abr. 2022.

FAVOREU, Louis. Constitutional review in Europe. *In*: HENKIN, Louis; ROSENTHAL, Albert J. (ed.). **Constitutionalism and rights**: the influence of the United States constitution abroad. New York: Columbia Univ. Press, 1989.

FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. **Les cours constitutionnelles**. Paris: Dalloz-Sirey, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **The law as a conversation among equals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. (Cambridge Studies in Constitutional Law).

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1034-1069, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/44292/33905. Acesso em: 06 abr. 2022.

GRABENWARTER, Christoph. Separation of powers and the independence of constitutional courts and equivalent bodies. *In*: CONGRESS OF THE WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE, 2., 2011, Rio de Janeiro. **Congress** [...]. Rio de Janeiro: Supremo Tribunal Federal, 2011. p. 2. Disponível em: https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Grabenwarter_keynotespeech.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

GROPPI, Tania. Il ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia (a trent'anni dalla fondazione del Gruppo di Pisa). *In*: MANTILLA, Gorki Gonzales (coord.). **Cultura constitucional y derecho vivente**: escritos en honor al profesor Roberto Romboli. Lima: Tribunal Constitucional del Perù, 2021. t. 1. p. 79-102.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions ta a discourse theory of law and democracy. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.

ITALIA. **Costituzione della Repubblica, il 22 dicembre 1947**. Roma: Senato della Repubblica, 1947. Disponível em: https://www.senato.it/istituzione/lacostituzione. Acesso em: 15 mar. 2021.

ITALIA. **Ordinanza n. 24/2017, il 23 gennaio 2016**. Roma: Corte Costituzionale, 2016. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=24. Acesso em: 20 mar. 2022.

JOUANJAN, Olivier. Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale? **Droits**, [*s. l.*], n. 43, p. 73-90, 2006.

KELSEN, Hans. **Théorie générale du droit et de l'État**: la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique. Paris: LGDJ, 1997.

LEAL, Fernando; BARCELLOS, Ana Paula de; ALMEIDA, Guilherme. **Supremo em números**: a justificação de decisões no Supremo. Rio de Janeiro: FGV, 2020, v. 4. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30218/0.%20Miolo%20Digital_IX%20Relatorio%20Supremo%20em%20Numeros.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 6 mar. 2022.

MARINONI, Luís Guilherme. A não decisão enquanto opção democrática. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 47, v. 324, p. 201-229 fev. 2022.

MARINONI, Luís Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**: a função das Cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINEZ DALMAU, Ruben. Tres explicaciones sobre la interpretación constitucional de los derechos. In: GONZALES MANTILLA, Gorki (coord.). **Cultura constitucional y derecho vivente**: escritos en honor al profesor Roberto Romboli. Lima: Tribunal Constitucional del Perù, 2021. p. 711-734.

MENDES, Conrado Hübner. A ingovernabilidade do STF: para professor da USP, Supremo não tem dado conta do peso de sua responsabilidade institucional. **Jota**, Brasília, DF, 17 set. 2014. Disponível em: https://www.

jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf-17092014. Acesso em: 22 mar. 2022.

MENDES, Conrado Hübner. O inimigo do Supremo: sobreviver a Gilmar Mendes é um desafio do cotidiano do STF. **Jota**, Brasília, DF, 5 jun. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/dados/rui/o-inimigo-do-supremo-05062017. Acesso em: 22 mar. 2022.

MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 fev. 2010. (Caderno Opinião).

MEZZANOTTE, Carlo. **Corte costituzionale e legittimazione politica**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

PEREIRA, Jane Reis; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 18, n. 18, p. 130-159, jan./dez. 2015.

ROBERTSON, David. **The judge as political theorist**: contemporary constitutional review. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.

ROMBOLI, Roberto. A função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional. *In*: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). **Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 40-60.

ROMBOLI, Roberto. Giudice e legislatore nella tutela dei diritti. *In*: DALFINO, Domenico (a cura di). **Scritti dedicati a Maurizio Converso**. Roma: Roma Tre-press, 2016. p. 517-532.

ROMBOLI, Roberto. Il Sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento' e 'momenti di diffusione'. **Rivista Gruppo di Pisa**, [Roma], n. 2, p. 1-15, 2020.

ROMBOLI, Roberto. I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coord.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. t. 8 (Processos constitucionales orgánicos). (Serie doctrina jurídica, n° 443). p. 319-364.

SEGADO, Fernandez. La faillite de la bipolarité 'modèle américain-modèle européen' en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative. *In*: BECHILLON, Denys de *et al*. *(*org*.)*. **Mouvement du droit public**: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Paris: Dalloz, 2004.

SELZNICK, Philip. 'Law in context' revisited. **Journal of Law and Society**, Cardiff, v. 30, n. 2, p. 177-186, June 2003.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, out./dez. 2008.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. Cambridge, MA: Basic Books, 2005.

TEGA, Diletta. Il forum: sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità: introduzione al Forum. **Gruppo di Pisa**, [Roma], n. 1, p. 409-412, 2021.

TEGA, Diletta. Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n° 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue. *In*: BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (a cura di). **Il caso Tricco e il dialogo fra le corti**. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Itália: Jovene Editore, 2017. p. 455-462. Disponível em: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/tega.pdf, Acesso em: 22 mar. 2022.

TEIXEIRA, Matheus. STF bate recorde de monocráticas em ações constitucionais em 2018. **Jota**, Brasília, DF, 15 jan. 2019. Disponível em:

https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-recorde-monocraticas-acoes-constitucionais-2018-15012019. Acesso em: 3 mar. 2022.

TERRÉ, Dominique. **Les questions morales du droit**. France: Presses Universitaires de France, 2007. p. 167-191.

TUSSEAU, Guillaume. **Contentieux constitutionnel comparé**: une introduction critique au droit processuel constitutionnel. Paris: LGDJ, 2021.

TUSSEAU, Guillaume. **Contre les 'modéles' de justice constitutionnelle**: une introducition critique méthodologique. Bolonia: Bolonia University Press, 2009.

UNIONE EUROPEA. Corte di giustizia dell'UE. **Sentenza della Corte (Grande Sezione) 8 settembre 2015**. Rinvio pregiudiziale – Procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) – Articolo 325 TFUE – Normativa nazionale che prevede termini assoluti di prescrizione che possono determinare l'impunità dei reati – Potenziale lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea [...]. Cuneo: Tribunale di Cuneo, 2015. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3a62014CJ0105. Acesso em: 15 fev. 2022.

UNIONE EUROPEA. Corte di giustizia dell'UE. **Sentenza della Corte (Grande Sezione), 5 dicembre 2017**. Rinvio pregiudiziale – Articolo 325 TFUE – Sentenza dell'8 settembre 2015, Taricco e a. (C-105/14, EU:C:2015:555) – Procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) – Normativa nazionale che prevede termini di prescrizione che possono determinare l'impunità dei reati – Lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea – Obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione di diritto interno che possa pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'Unione – Principio di legalità dei reati e delle pene». Cuneo: Tribunale di Cuneo, 2017. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0042&from=IT. Acesso em: 15 fev. 2022.

VIGANÒ, Francesco. Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, 9 magg. 2016.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.184

USO DA "SECONDARY CONFESSION EVIDENCE" NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

THE USE OF "SECONDARY CONFESSION EVIDENCE" IN COMBATING ORGANIZED CRIME

GEORGE MARMELSTEIN LIMA
Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Juiz federal do Ceará.
https://orcid.org/0000-0002-1277-3217

RESUMO

Confissões secundárias são relatos de uma testemunha que afirma ter ouvido um suspeito proferir declarações autoincriminatórias. Geralmente, tais declarações são introduzidas em processos criminais por meio do testemunho de agentes de polícia, de informantes ou de colaboradores. O objetivo do presente artigo é compreender o sentido e a natureza jurídica das confissões secundárias, mapeando os principais precedentes dos tribunais sobre o assunto. Ao final, são analisados os limites e as possibilidades do uso desse tipo de prova no sistema judicial brasileiro, com foco nas novas estratégias de combate ao crime organizado.

Palavras-chave: processo penal; provas judiciais; crime organizado; confissões secundárias; declarações incriminatórias.

ABSTRACT

Secondary confessions are testimonies from a witness who claims to have heard a suspect make self-incriminating statements. Generally, such statements are introduced into criminal proceedings through the testimony of police officers, informants or whistleblowers. The purpose of this article is to understand the meaning and legal nature of the secondary confession, mapping the main precedents of the courts on the subject. In the end, the limits and possibilities of the use of secondary confession in the Brazilian judicial system are analysed, focusing on new strategies to combat organized crime.

Keywords: criminal proceeding; judicial evidence; organized crime; secondary confession; incriminating statements.

Recebido: 4-2-2022
Aprovado: 28-4-2022

> "O que andou preso me disse/que dissera o Carcereiro,/ que dissera o Capitão./(Mas pareceu-lhe parvoíce,/e não delatou primeiro/porque não teve ocasião...)" – Cecília Meireles, in Romanceiro da Inconfidência

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 As confissões secundárias nos tribunais brasileiros. 3 As várias faces das confissões secundárias. 4 A natureza jurídica das confissões secundárias. 5 Admissibilidade das confissões secundárias. 6 Valoração das confissões secundárias. 7 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

"Ele me confessou que praticou o crime". Essa frase é a essência de um modelo de evidência que não tem nome específico no Brasil, mas que, nos Estados Unidos, tem sido denominada de *secondary confession* (confissão secundária), que ocorre quando alguém relata ter ouvido o suspeito assumir a autoria de um delito.

A referida expressão foi utilizada pela primeira vez em um artigo científico publicado em 2008 (NEUSCHATZ *et al.*, 2008), com o título The Effects of Accomplice Witnesses and Jailhouse Informants on Jury Decision Making[1].

O objetivo do estudo era verificar o impacto de confissões secundárias, testemunhadas por informantes e colaboradores da polícia, na percepção de culpa de um suspeito. Até então, os estudos sobre o poder de influência das confissões envolviam apenas confissões primárias, em que as declarações autoincriminatórias são ouvidas diretamente da boca do suspeito. Nesses casos, experimentos indicam que a confissão costuma ter mais impacto nos veredictos do que qualquer outra forma de evidência (KASSIN; NEUMANN, 1997).

Esse poder altamente persuasivo das confissões primárias tem, pelo menos, duas explicações: (1) uma confissão é uma admissão de culpa em primeira mão, ou seja, uma declaração presumivelmente feita por alguém com conhecimento íntimo do evento em disputa; (2) uma confissão espontânea é uma declaração do acusado que contradiz inequivocamente seu próprio interesse ou motivação, gerando uma

[1] Tradução livre: "Os efeitos do depoimento de testemunhas cúmplices e informantes de cela na tomada de decisão do júri".

percepção de veracidade com base na ideia intuitiva de que ninguém iria se autoincriminar se não fosse verdade (KASSIN; NEUMANN, 1997).

A confissão secundária, por outro lado, é um relato de uma pessoa que ouviu outra pessoa (o suspeito) assumir a autoria de um crime (NEUSCHATZ *et al*., 2012). Portanto, ela não é uma admissão de culpa de quem presenciou os fatos, visto que não se manifesta em primeira pessoa ("eu fiz"), mas em terceira pessoa ("ele me disse que fez"). Além disso, a testemunha não está agindo contra seu próprio interesse – pelo contrário. Muitas vezes, os motivos do delator costumam ser altamente egoístas, como a obtenção de vantagens jurídicas, de tratamentos especiais, de prestígio, de vingança, de poder ou até mesmo de incentivo financeiro.

No modelo norte-americano, a confissão secundária costuma estar associada a algumas técnicas investigativas muito polêmicas, por exemplo: (a) *jailhouse informants* ou *jailhouse snitches* (delatores de cela), que são pessoas que estão presas com o suspeito e aceitam delatá-lo em troca de algum benefício (perdão judicial, penas mais brandas, imunidade, privilégios de tratamento ou até dinheiro); (b) *informant witnesses* (testemunhas informantes), que são pessoas que atuam como informantes da polícia, muitas vezes de forma confidencial e também recebendo incentivos; (c) *accomplice witnesses* (testemunhas cúmplices) ou *whistleblowers* (delatores), que são corréus que fazem acordo de colaboração premiada (*plea agreement*); (d) *undercover agents* (agentes infiltrados), que são policiais que se infiltram na organização criminosa para extrair informações.

Por derivar de métodos bastante questionáveis, o poder persuasivo de uma confissão secundária é, sem dúvida, diferente e menor do que o poder persuasivo de uma confissão primária. Apesar disso, no experimento conduzido por Neuschatz, revelou-se que os

jurados tendem a acreditar na confissão secundária, como prova de incriminação, mesmo quando têm conhecimento de que o testemunho é motivado por razões espúrias (NEUSCHATZ *et al.*, 2008).

No Brasil, apesar de não ter "nome próprio", a confissão secundária é praticada em muitos contextos. A situação mais comum ocorre em abordagens policiais, em que o suspeito admite informalmente a prática do delito. Nessa situação, caso o suspeito se retrate antes de a confissão ser registrada, a única forma de comprovar essa admissão de culpa é por meio do testemunho do policial. Se o policial afirmar, em juízo, que presenciou o réu "confessando", tem-se um típico caso de confissão secundária, que costuma ser chamada, na jurisprudência, de confissão informal ou confissão indireta.

Para além dessa hipótese, com o uso cada vez mais frequente de informantes, agentes infiltrados e colaboradores, o sistema brasileiro tem lidado com vários casos de confissões secundárias. De fato, sobretudo no contexto das colaborações premiadas, é comum o colaborador informar que o suspeito-alvo lhe disse que praticou um crime, fornecendo aos órgãos estatais munição para investigar[2]. Além disso, há casos em que a polícia usa informantes, agentes infiltrados ou disfarçados, que dialogam com o suspeito e extraem informações comprometedoras passíveis de serem usadas na investigação ou

[2] Por exemplo, na colaboração de Sérgio Cabral, muitas conversas mantidas com outros réus no período em que estavam presos foram levadas a juízo. Cito, em particular, um trecho extraído da sentença proferida no Proc. 0196181-09.2017.4.02.5101/RJ (BRASIL, 2021a, p. 28): "Que ficou preso junto a CARLOS NUZMAN e LEONARDO GRYNER em Benfica; Que chegaram a conversar formalmente sobre o assunto da ação penal; Que era uma conversa de quem quer fugir da verdade; Que NUZMAN dizia que ia negar tudo e LEO GRYNER dizia para o interrogado, como já disse aqui, que era um patrocínio; Que LEO GRYNER veio com essa história de que era um patrocínio, que foi solicitado e tudo mais; Que essa versão ficou combinada lá em Benfica a pedido do LEO GRYNER para ele, que disse que ia falar".

no processo judicial[3]. Com menos frequência, há também, no Brasil, processos em que presos são chamados a testemunhar em juízo contra o seu companheiro de cela, sobre conversas ocorridas dentro do presídio, algumas vezes narrando a admissão de culpa de seu colega[4].

O objetivo do presente artigo é explorar o uso da confissão secundária como prova de incriminação, no sistema processual brasileiro, com foco nas novas estratégias de combate ao crime organizado.

O primeiro passo é mapear algumas posições dos tribunais brasileiros sobre a admissão e valoração da confissão secundária, ainda que mencionada com outros nomes, para demonstrar que há uma grande incompreensão sobre a sua natureza jurídica. A consequência disso é a presença de muito ruído entre as decisões, com posições antagônicas sobre tópicos relevantes.

Em seguida, é necessário olhar para além da realidade brasileira, a fim de conhecer a experiência de outros países, em que o debate está mais amadurecido. A análise de alguns precedentes, sobretudo

[3] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF anulou as provas obtidas por um policial de inteligência, que atuou, de fato, como agente infiltrado, sem autorização judicial, em grupos Black Blocks. Várias informações eram confissões secundárias, como se pode extrair desse trecho do depoimento: "Que o declarante acredita que por apenas ouvir e não perguntar e por inclusive sentar-se à mesa em bares para beber cerveja com os integrantes, ganhou a confiança de alguns que passaram a confidenciar atos diversos e inclusive contar fatos sobre terceiros". A decisão do STF foi no sentido de que houve verdadeira "infiltração de agente em grupo determinado, por meio de atos disfarçados para obtenção da confiança dos investigados" (BRASIL, 2019a, p. 7). Sendo assim, a prova foi considerada ilícita, dada a necessidade de prévia autorização judicial, conforme o art. 10 da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

[4] Um exemplo famoso ocorreu no caso Eliza Samudio. Um presidiário, que era companheiro de cela do acusado Bola, foi arrolado como testemunha de acusação após tê-lo ouvido afirmar, dentro da cela, que teria queimado Eliza em pneus e jogado suas cinzas em uma lagoa. Não há, contudo, informação de que houve incentivo à testemunha. Além disso, no julgamento, o promotor dispensou a ouvida da referida testemunha (MARTINS, 2013).

norte-americanos, indica que as confissões secundárias têm muitas roupagens, sendo importante discriminar todas as nuances que circundam o conceito para descobrir sua natureza.

Por fim, serão analisados as condições de admissibilidade e os principais critérios de valoração da confissão secundária. Como se verá, a validade desse tipo de prova está sujeita a filtros éticos e jurídicos que ainda estão sendo construídos. Além disso, a sua valoração está condicionada a determinados constrangimentos que podem afetar tanto a credibilidade quanto a confiabilidade do testemunho.

O estudo, portanto, tem um componente metodológico analítico, na medida em que busca compreender o sentido e a natureza jurídica da confissão secundária, e um componente descritivo, visando mapear o posicionamento jurisprudencial sobre o assunto. O propósito final, contudo, é prescritivo, direcionando os esforços ao aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, sobretudo em face dos novos institutos de combate ao crime organizado.

A crença sincera é que o presente texto possa gerar uma reflexão sobre a forma como o sistema de justiça lida com as confissões secundárias e como deveria lidar. Ainda há muitas perguntas em aberto, mas temos aqui um bom ponto de partida.

2 AS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O termo confissão secundária não aparece nos precedentes dos tribunais brasileiros, mesmo porque se trata de um conceito recente e ainda não consolidado na linguagem forense. Há, contudo, o uso frequente de expressões correlatas, que descrevem o mesmo

fenômeno. Uma busca com os termos confissão informal, confissão indireta ou confissão extrajudicial, na página jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, indica que há 7.877 decisões monocráticas e 209 acórdãos de casos criminais com menção a esse tipo de prova, até 26 de janeiro de 2022.

Os casos, em geral, envolvem o testemunho do policial que fez a abordagem, conversou com o suspeito e obteve dele, informalmente, a admissão de culpa, desmentida em uma fase posterior da investigação ou do processo judicial.

A repetição de padrões parece retratar um *modus operandi* comumente utilizado pelos órgãos de polícia, em todo o território nacional, no contexto da guerra às drogas (RIGON; JESUS, 2019; SEMER, 2019). Esse *modus operandi* parte de uma suspeita que se materializa em uma abordagem, seguida de uma revista pessoal, em que é encontrada uma determinada quantidade de drogas com o suspeito. A partir daí, a polícia realiza a prisão em flagrante e procede a um interrogatório preliminar em busca de mais informações. Pressionado, o suspeito admite que é traficante ou que é membro de alguma facção e, eventualmente, indica outros locais em que armazena seus produtos. Raramente, essa confissão informal é registrada, gravada ou reduzida a termo. Em juízo, o réu nega ter feito a confissão informal ou admite que confessou por se sentir coagido. Com isso, na instrução processual, tem-se apenas a confissão secundária, derivada da palavra dos policiais que fizeram a abordagem, que é admitida e valorada a depender das idiossincrasias do julgador.

Os pontos de controvérsia, nos debates judiciais sobre esse tema, costumam girar em torno das seguintes questões: (a) a confissão indireta pode ser admitida como prova incriminatória?; (b) em caso positivo, qual o seu valor probatório?; (c) ela é suficiente para, isoladamente,

gerar um juízo condenatório?; (d) caso a confissão indireta seja usada como prova incriminatória, deve ser considerada como atenuante (art. 65, inciso III, *d*, do Código Penal), ainda que não reiterada em juízo?; (e) caso não seja admitida, deve ser tratada como uma prova ilícita capaz de invalidar as provas dela derivadas?

As respostas dos tribunais variam entre os dois extremos do espectro, refletindo vários tipos de ruído, dentro do modelo proposto por Kahneman, Sibony e Sunstein (2021). Por um lado, os juízes mostram diferentes níveis de severidade e rigor na análise da prova (ruído de nível), talvez por compartilharem diferentes pontos de vista a respeito das garantias constitucionais e diferentes atitudes em relação ao papel desempenhado pelos órgãos de segurança pública. Por outro lado, os decisores parecem discordar entre si por terem reações diferentes acerca de quais casos merecem respostas mais duras e quais casos merecem um tratamento mais brando da justiça criminal (ruído de padrão).

Seja como for, é possível identificar decisões que seguem uma linha mais combativa, preocupada com o fim da impunidade e com o combate à criminalidade, e outras decisões que seguem uma linha mais garantista, preocupada com o devido processo e com a limitação do poder punitivo do Estado.

As decisões mais combativas tendem a enfatizar a importância de se confiar na palavra dos policiais, atribuindo-lhe uma força probatória bastante elevada. Para isso, reforçam a ideia de que os policiais são servidores públicos treinados, dotados de fé pública, que colocam suas vidas em risco para proteger a sociedade e que, em tese, atuam de forma imparcial em busca da verdade. Assim, o depoimento do policial em juízo costuma ser tratado como uma espécie de trunfo probatório,

que vale mais do que a palavra do réu e com força suficiente para produzir, até isoladamente, um decreto condenatório[5].

Por sua vez, as decisões mais garantistas tendem a destacar a importância de respeitar os princípios do devido processo, sobretudo os que tratam do direito ao silêncio, da proibição de não autoincriminação, do direito ao advogado e da vedação de uso de provas ilícitas, além de realçarem as falhas do sistema punitivo e os vícios de caráter de muitos agentes estatais que praticam más condutas, até mesmo para forjar evidências, ameaçar testemunhas e extrair confissões coagidas.

Seguindo uma linha mais garantista, o STF, em recente julgado, anulou um decreto condenatório baseado exclusivamente em declarações informais prestadas a policiais no momento da prisão em flagrante (BRASIL, 2021c).

No caso concreto, uma mulher foi presa em flagrante, com alguns papelotes de cocaína, tendo afirmado, na viatura policial, que exercia a traficância. Logo depois, no interrogatório, assistida por advogado, afirmou que era usuária e que os papelotes se destinavam ao seu consumo próprio. O Tribunal de Justiça paulista condenou a ré pelo crime de tráfico de drogas, adotando a palavra dos policiais que fizeram a abordagem como o principal elemento de prova para a classificação do delito.

No STF, a condenação foi anulada com base em vários fundamentos extraídos do voto do Ministro Gilmar Mendes: (a) mesmo que se reconheça a validade dos depoimentos prestados pelos

[5] Nesse sentido: "Depoimentos com confissão extrajudicial corroborados por outros meios de prova, notadamente depoimento dos policiais, com provas produzidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, são aptos a sustentar condenação" (BRASIL, 2018b). "Os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos" (BRASIL, 2020a).

policiais envolvidos na prisão, o que está em jogo não é a palavra dos policiais, mas a forma como foi realizado o "interrogatório informal"; (b) para que tenha valor jurídico, a confissão precisa observar várias formalidades jurídicas: ser espontâneo e não coagido, haver a assistência por advogado, o suspeito tem que ser informado sobre o direito ao silêncio, o depoimento precisa ser reduzido a termo, com assinatura do confessor e do seu defensor etc.; (c) a acusação não poderia se utilizar de declarações obtidas por agentes policiais após a apreensão ou detenção de acusados, sem a demonstração da utilização de procedimentos que evidenciem a proteção contra a autoincriminação; (d) uma suposta confissão firmada pelo réu, no momento da abordagem, sem observação dessas formalidades, é inteiramente imprestável para fins de condenação, invalidando as demais provas obtidas mediante tal interrogatório (BRASIL, 2021c).

Como se vê, o STF, no precedente acima, levou o pêndulo para uma direção oposta, não apenas reconhecendo a inadmissibilidade da confissão secundária, mas tratando-a como prova ilícita capaz de contaminar todos os atos dela derivados[6].

Entre esses dois polos, há decisões que admitem a validade da confissão indireta, atribuindo-lhe, contudo, um valor probatório mais baixo, entendendo que não pode servir como elemento isolado para justificar a condenação[7], mas pode ser utilizada como prova de

[6] Há precedente do STJ de 2002 no mesmo sentido: "A eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito" (BRASIL, 2002).

[7] Por exemplo: "A confissão informal, isoladamente, não pode servir de arrimo à condenação, pois, inclusive, por ser tomada 'sem a observância do disposto no inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito'" (BRASIL, 2020b).

corroboração[8], ocasião em que gera até mesmo o direito à atenuante da confissão, ainda que tenha havido a retratação em juízo[9].

Não é hora, ainda, de definir a natureza jurídica dessa "confissão informal", nem de julgar quem está certo nesse debate. O objetivo é apenas demonstrar a existência de um sistema judicial ruidoso que ainda não tem respostas uniformes para um problema muito comum. Conforme visto, há uma enorme ambivalência sobre a força probatória da palavra do policial e uma grande dificuldade de definir a validade jurídica de informações extraídas do suspeito em conversas informais.

Para tornar o problema ainda mais complexo, a confissão secundária não se esgota nesse arremedo de interrogatório, em que um suspeito admite, casualmente, a prática do crime a uma autoridade policial. Conforme mencionado, a confissão secundária também pode ser dirigida a companheiros de cela, a informantes da polícia, a cúmplices colaboradores ou a agentes infiltrados. É preciso, portanto, compreender as outras faces da confissão secundária.

3 AS VÁRIAS FACES DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

A repressão à macrocriminalidade depende, em grande medida, de informações privilegiadas que o Estado precisa obter de várias fontes. Como forma de expandir a rede de informações, tem-se

[8] A título ilustrativo: "A confissão extrajudicial, aliada ao local da apreensão, conhecido como ponto de venda, à posse de rádio transmissor, às inscrições referentes à facção Comando Vermelho nas embalagens das drogas apreendidas, além do depoimento de policiais, confirmados em juízo, podem respaldar a condenação pelo delito de associação para o tráfico" (BRASIL, 2020c).

[9] No mesmo sentido: "Confissão feita na fase policial e retratada em juízo. Aplica-se a dita atenuante, pois, *in casu*, o magistrado *a quo* utilizou-se dos elementos nela declinados para pautar a sentença condenatória" (BRASIL, 2009); "A atenuante da confissão espontânea não tem incidência nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu" (BRASIL, 2012).

consolidado a prática de conceder incentivos para informantes que aceitam cooperar ou colaborar com a justiça. Esses informantes repassam detalhes relevantes sobre o funcionamento interno das operações criminosas em troca de clemência ou outros benefícios, fornecendo uma fonte de inteligência relativamente barata que alimenta a máquina de repressão, em uma complexa rede de troca de informações (DABNEY; TEWSBURY, 2016). Em alguns casos, agentes infiltrados também são admitidos e usados pelos órgãos de investigação (FITZGERALD, 2014). Há, ainda, a possibilidade de recrutar presos para reunirem secretamente informações incriminatórias contra réus na prisão, recebendo em troca diversas benesses, como redução de pena e tratamento privilegiado no presídio (SCHWARTZAPFEL, 2018).

Nos Estados Unidos, esses métodos são utilizados há décadas. Por isso, vale a pena conhecer alguns posicionamentos da Suprema Corte daquele país sobre a juridicidade de algumas estratégias investigativas que produziram confissões secundárias. Conforme se verá, há muitos *insights* relevantes que, com o devido cuidado, podem inspirar o aprimoramento do modelo brasileiro.

Um dos primeiros precedentes sobre a matéria é o caso Massiah *v.* United States (UNITED STATES, 1964). Na ocasião, a Suprema Corte decidiu que declarações incriminatórias a um corréu que se tornou colaborador da polícia, após o início de um processo criminal, sem a presença de um advogado, não é válida como prova.

No caso concreto, Winston Massiah havia sido denunciado pelo crime de tráfico de drogas e respondia ao processo em liberdade. Um corréu, depois de decidir cooperar com o governo, convidou Massiah para entrar em seu carro a fim de conversarem sobre o crime. Durante a conversa, Massiah fez várias declarações incriminatórias. Um agente

do governo ouviu a conversa por um radiotransmissor e testemunhou contra Massiah no julgamento.

Na Suprema Corte, o debate girou em torno de dois pontos: (1) as declarações incriminatórias de um réu feitas sem a presença de um advogado, após o início de um processo criminal, são admissíveis como prova?; (2) um agente do governo pode testemunhar sobre as declarações incriminatórias do réu ouvidas por meio de um informante com um dispositivo de gravação eletrônica, sem o conhecimento do réu, quando o informante não depõe no julgamento?

As respostas foram negativas para as duas perguntas. A Suprema Corte considerou que declarações incriminatórias, após a acusação, sem a presença de advogado, violam o devido processo e não podem ser usadas como prova, nem mesmo por meio de testemunho do agente do governo que ouviu indiretamente a conversa. A fórmula relevante que passou a orientar os casos futuros é a ideia de *deliberate elicitation* (obtenção deliberada): qualquer tentativa de obter deliberada e intencionalmente informações incriminatórias do réu, com a ação criminal iniciada, deve ser realizada na presença de advogado, sob pena de nulidade (UNITED STATES, 1964, tradução nossa)[10].

Três anos depois, foi decidido o famoso caso Miranda *v.* Arizona (UNITED STATES, 1966a) que, apesar de ser um exemplo de confissão primária, firmou as balizas formais de admissibilidade da autoincriminação. O caso representa, na verdade, a reunião de quatro

[10] A fórmula Massiah aplica-se apenas quando o papel do governo muda de investigação para acusação. Assim, na fase de investigação, em que ainda não há um juízo de suspeita sobre um indivíduo, a polícia pode fazer sondagens preliminares para obter informações, sem necessariamente mencionar o direito ao advogado (UNITED STATES, 1972b). Além disso, em Texas *v.* Cobb, a Suprema Corte esclareceu que o direito a um advogado se aplicava apenas ao crime acusado e não se aplicava a tentativas de coletar informações sobre "outros crimes 'intimamente relacionados factualmente' ao crime acusado" (UNITED STATES, 2001, tradução nossa).

processos que tinham em comum o fato de haver um réu que havia confessado a prática de um crime, durante o interrogatório, sem ser informado de seus direitos da Quinta Emenda[11]. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de que a Quinta Emenda exige que os agentes públicos informem os suspeitos sobre o seu direito de permanecer em silêncio e de obter um advogado, durante o interrogatório, enquanto estiverem sob custódia policial. Assim, para que a garantia seja respeitada, o réu deve ser advertido antes de ser questionado que ele tem o direito de permanecer em silêncio e que qualquer coisa que ele disser pode ser usada contra ele em um tribunal. Exigiu-se, ainda, que o réu seja informado de que tem direito a um advogado e, se não puder pagar um advogado, um deveria ser nomeado para ele antes de qualquer interrogatório, se assim o desejasse. Depois que esses avisos forem dados, o réu poderia renunciar consciente e inteligentemente a esses direitos e concordar em responder a perguntas. A evidência obtida como resultado do interrogatório não deveria ser usada contra um réu no julgamento, a menos que a acusação demonstre que as advertências foram dadas, e conscientemente e inteligentemente renunciadas (UNITED STATES, 1966a).

Em Hoffa *v.* United States (UNITED STATES, 1966b), a Suprema Corte reconheceu como válidas as conversas incriminatórias, produzidas por um informante pago pelo governo, mesmo sem mandado judicial, desde que, no momento da obtenção das provas, não houvesse acusação formal contra o suspeito.

No caso, o líder sindicalista James Hoffa respondia a um processo criminal por desvios de fundos sindicais. O processo chegou a um impasse, porque os jurados ficaram divididos, tendo sido designado um

[11] Na parte relevante, a Quinta Emenda estabelece que "nenhuma pessoa será obrigada em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal".

novo julgamento. Durante os preparativos para o segundo julgamento, Hoffa ocupou uma suíte em um hotel em Nashville, onde fazia as reuniões com o seu círculo mais íntimo de amigos e advogados. Um desses amigos era Edward Partin, que participou de várias reuniões no quarto de Hoffa. Nessa ocasião, Partin era informante da polícia e escrevia relatórios frequentes a um agente federal. Em alguns desses relatórios, Partin revelou que Hoffa estava subornando os jurados.

Hoffa foi então acusado e condenado por obstrução de justiça, por haver subornado os jurados do primeiro julgamento. O testemunho de Partin, relatando as conversas que manteve com Hoffa, foi decisivo para a condenação. Hoffa alegou que seus direitos fundamentais foram violados e recorreu para a Suprema Corte.

A Suprema Corte rejeitou a alegação de Hoffa, entendendo que as provas seriam válidas, pois as conversas de Hoffa com seu colega foram inteiramente voluntárias e não induzidas. Afinal, Partin não teria entrado na suíte à força ou furtivamente. "Ele não era um bisbilhoteiro sub-reptício. Partin estava na suíte por convite, e todas as conversas que ouvia eram dirigidas a ele ou conscientemente conduzidas em sua presença". Além disso, as conversas de Hoffa com Partin teriam sido totalmente voluntárias, sem qualquer tipo de induzimento para extrair declarações incriminatórias. Assim, não havia necessidade de mandado judicial prévio nem do aviso Miranda. Do mesmo modo, não houve violação ao precedente Massiah, porque as declarações incriminatórias ouvidas por Partin se relacionavam a um crime distinto daquele que estava sendo discutido na ação penal que já havia iniciado. O que estava em jogo era a tentativa de suborno de jurados, e não o desvio de fundos sindicais. Em conclusão, decidiu a Suprema Corte que a utilização de um informante secreto não é, *per se*, inconstitucional, estando a veracidade e a valoração do testemunho sujeita ao *cross-examination* e às instruções ao júri (UNITED STATES, 1966b).

No caso Giglio *v.* United States (1972), a Suprema Corte decidiu que a acusação tem o dever de informar os termos do acordo feito com uma testemunha colaboradora que recebeu incentivos para depor. Para a Suprema Corte, a existência do acordo é relevante para aferir a credibilidade da testemunha. Assim, não divulgar essa informação representa uma supressão de evidências favoráveis ao réu e, portanto, uma violação ao devido processo (UNITED STATES, 1972a).

No caso United States *v.* Henry (1980), a Suprema Corte decidiu que as declarações feitas a um colega preso, que tinha um acordo pré-estabelecido com um agente do governo para atuar como informante pago, eram inadmissíveis, especialmente porque o réu estava sob custódia e respondendo ao processo criminal na época em que as declarações foram extraídas. No caso concreto, Henry estava na prisão aguardando julgamento pelo crime de assalto à mão armada a um banco. No mesmo bloco de celas, havia um preso que era informante da polícia e foi instruído a ficar atento a quaisquer declarações feitas pelos presos. Ao ser solto, o informante relatou a um agente do governo, mediante pagamento, várias conversas que manteve com Henry, inclusive envolvendo declarações incriminatórias sobre o roubo. Henry foi julgado e condenado com base no testemunho do informante, mas a sentença foi anulada. A Suprema Corte entendeu que as declarações do réu ao informante da polícia não deveriam ter sido admitidas no julgamento, porque o governo criou intencionalmente uma situação suscetível de induzir o réu a fazer declarações incriminatórias sem a assistência de um advogado, violando assim as garantias processuais. Reafirmou-se o precedente Massiah, assinalando que, uma vez que o réu não tinha conhecimento que o informante estava agindo em nome do governo, mediante pagamento, e as declarações foram "deliberadamente extraídas", de acordo com as instruções dadas pelo governo, não havia como considerar que houve a renúncia ao seu direito à assistência de um advogado (UNITED STATES, 1980).

Por outro lado, em Kulhmann *v.* Wilson (UNITED STATES, 1986), a Suprema Corte admitiu a possibilidade do testemunho de informantes presos, desde que o informante não faça qualquer esforço para estimular conversas sobre o crime com o acusado. No caso, Joseph Wilson foi preso por suspeita de ter praticado um latrocínio e foi colocado na mesma cela que Benny Lee, que era um informante da polícia – instruído a apenas ouvir o seu colega de cela com o objetivo de coletar informações sobre o crime –, mas sem formular qualquer pergunta que pudesse induzir a uma confissão. De modo espontâneo, sem saber que seu colega de cela era um informante da polícia, Wilson proferiu declarações incriminatórias, assumindo a autoria do crime, que foram usadas contra ele no julgamento mediante o testemunho de Benny Lee.

No debate sobre a validade dessa modalidade de prova, a Suprema Corte entendeu que os direitos de Wilson não foram violados porque a testemunha apenas ouviu o colega de cela, sem tomar nenhuma ação projetada deliberadamente para obter comentários incriminatórios. Segundo a Corte, a preocupação primária dos precedentes Massiah e Henry é evitar o uso de técnicas investigativas que são equivalentes ao interrogatório policial direto. Assim, nos contextos em que o governo, de forma direta ou por meio de informantes, busca deliberadamente extrair informações de um suspeito, há explícita necessidade de enunciar os avisos de Miranda (*Miranda warnings*), sob pena de nulidade. Porém, se a autoincriminação ocorre de modo espontâneo, sem qualquer solicitação ou iniciativa do informante, que apenas escuta sem estimular a fala, não haveria como invalidar o seu testemunho. Desse modo, nem sempre há violação da Sexta Emenda quando o Estado obtém declarações incriminatórias do acusado por meio de informantes, seja mediante acordo prévio ou voluntariamente. A prova somente será ilícita se o réu demonstrar que a polícia e seu informante tomaram alguma ação, além de apenas ouvir, que foi projetada

deliberadamente para provocar comentários incriminatórios (UNITED STATES, 1986).

No caso Illinois *v.* Perkins (UNITED STATES, 1990), a Suprema Corte analisou a validade da prova obtida por um agente infiltrado dentro do presídio. O caso envolvia o julgamento de Lloyd Perkins, que era suspeito de ter cometido um assassinato em 1984, em Illinois. Aproveitando que Perkins estava preso por outro motivo não correlacionado ao assassinato, a polícia colocou um informante e um agente infiltrando na mesma cela. Eles começaram a falar sobre escapar da prisão e depois direcionaram a conversa para saber se Perkins já havia matado alguém. Perkins falou sobre o assassinato que cometeu, fornecendo diversos detalhes incriminatórios. O agente disfarçado em nenhum momento se identificou como policial, nem alertou sobre as salvaguardas de Miranda durante a conversa, o que é bem típico nessa modalidade de investigação, até por motivo de segurança.

Perkins foi então processado com base nas informações obtidas pelo informante e pelo agente infiltrado. Antes do julgamento, Perkins fez uma moção para suprimir suas declarações incriminatórias na prisão, argumentando que não foram respeitados os direitos de Miranda. A moção foi acolhida, mas revertida na Suprema Corte. Em sua decisão, a Suprema Corte considerou que agentes policiais disfarçados não precisam enunciar o aviso Miranda ao falar com suspeitos dentro do ambiente prisional. Para o tribunal, as conversas entre presos, ainda que um deles seja um agente disfarçado, não são feitas em uma "atmosfera dominada pela polícia". Desse modo, a coerção potencial de declarações autoincriminatórias deve ser avaliada do ponto de vista do suspeito, e se ele não sabe que está falando com a polícia, não está sob a pressão coercitiva de um interrogatório normal (UNITED STATES, 1990).

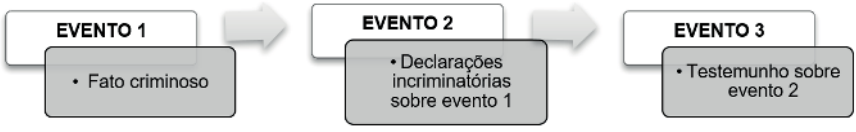
Por outro lado, no caso Arizona *v.* Fulminante (UNITED STATES, 1991), a Suprema Corte decidiu que uma confissão dada a um companheiro de cela, mesmo de modo espontâneo, pode configurar uma confissão coagida, a depender dos motivos que levaram o suspeito a assumir a autoria do crime. O caso concreto é bem peculiar. O acusado, Oreste Fulminante, era suspeito de ter matado a sua enteada de 11 anos, mas não havia provas contra ele. Alguns meses após a morte da criança, Fulminante foi preso por porte ilegal de arma de fogo. Na prisão, espalharam-se rumores de que Fulminante matara a criança e, por isso, ele se viu ameaçado. Seu colega de cela, Anthony Sarivola, disse que tinha conexões com o crime organizado e prometeu-lhe proteção, desde que ele falasse a verdade. Fulminante confessou-lhe o crime, dizendo até mesmo onde havia escondido a arma do crime. O detalhe é que Sarivola era informante confidencial do Federal Bureau of Investigation – FBI (Departamento de Investigação Federal), tendo testemunhado em juízo no processo criminal movido contra Fulminante.

A Suprema Corte concluiu que a confissão informal dada por Fulminante a Sarivola seria inválida, porque o medo da violência física e a promessa de proteção de seu companheiro de cela teriam o motivado a confessar. Assim, levando em conta a totalidade das circunstâncias, não havia como reconhecer a voluntariedade da confissão, pois a confissão foi fruto da promessa de proteção de Sarivola (UNITED STATES, 1991).

4 A NATUREZA JURÍDICA DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

Os precedentes acima demonstram que as confissões secundárias têm muitas roupagens, com muitas variações entre si. O que há, em comum, em todas elas, é a existência de três eventos sucessivos que se relacionam entre si:

Figura 1 – Organograma Confissões Secundárias



Fonte: Elaboração própria

Um erro comum é pensar que as confissões secundárias são as próprias declarações incriminatórias do evento 2. Na verdade, essas declarações incriminatórias são relatos em primeira pessoa. É uma conversa em que o suspeito assume a autoria de um delito ou pelo menos enuncia frases comprometedoras. Se houver um registro dessa conversa, por meio de uma gravação, por exemplo, o seu conteúdo deve ser tratado como uma prova direta de autoria, respeitando-se os requisitos de admissibilidade e os critérios de valoração específicos da gravação.

O que chamamos de confissão secundária é o evento 3, ou seja, é o relato de uma pessoa que presenciou o evento 2. Aqui, há de se pressupor que as declarações incriminatórias (evento 2) foram proferidas informalmente, sem registro, de modo que o único meio de provar sua existência é o testemunho de alguém que estava presente no evento 2. Se o próprio suspeito admitir que a conversa ocorreu, ainda assim essa admissão é prova do evento 2, que pode ou não ter repercussão na comprovação do evento 1, a depender do contexto[12].

[12] Por exemplo, é possível que um suspeito diga: "De fato, eu conversei com o Fulano e falei que pratiquei o delito. Mas só falei de brincadeira. Eu nem estava no local do crime". Ou então: "Quando fui preso, fiquei com medo e disse o que os policiais queriam ouvir. Mas, na verdade, sou inocente". Nesses casos, o depoimento do suspeito (evento 3) está confirmando a existência de declarações (evento 2), mas negando a autoria do crime (evento 1).

A confissão secundária é um relato que se baseia na palavra e na memória de quem participou do evento 2. Desse modo, nem toda prova produzida por delatores e agentes infiltrados será uma confissão secundária. Se um delator troca mensagens de texto com o suspeito em que este se autoincrimina, a prova daí decorrente não é uma confissão secundária, pois não depende de um testemunho atestando a sua existência, mas uma prova digital do evento 2, que será avaliada de acordo com os pressupostos próprios desse tipo de prova. Do mesmo modo, se o suspeito assinar um termo de confissão e depois se retratar em juízo, esse documento não é uma confissão secundária, mas uma prova documental de uma confissão primária que pode ou não ser admitida, a depender de um juízo sobre a transmissibilidade probatória dos atos de investigação[13].

Compreendido o quadro acima, é possível perceber que a confissão secundária não é propriamente uma confissão, mas o testemunho de um evento em que o suspeito proferiu declarações incriminatórias.

Apesar de ser uma prova testemunhal, ela tem a pretensão de ser o equivalente funcional de uma confissão. O seu objetivo é reforçar a comprovação de autoria, usando palavras atribuídas ao suspeito para vinculá-lo ao crime. Porém, essa semelhança entre a confissão secundária e a confissão primária é enganadora e precisa ser bem delimitada para evitar confusões.

[13] Como explica Damasceno, a investigação tem por objetivo buscar "vestígios" do fato criminoso, que são marcas do passado que podem possibilitar a reconstrução do crime no presente. Quando o vestígio é baseado na percepção de uma pessoa, as declarações que ela prestar acerca do fato, em um interrogatório, serão documentadas e se tornarão uma prova documental de suas memórias. O autor defende a transmissibilidade para o processo judicial dessas provas documentais, formalizadas na investigação a partir da coleta de depoimentos pela polícia (em texto, áudio ou vídeo), desde que observadas algumas condições, como a impossibilidade de comparecimento da testemunha em juízo ou como "prova de confronto", caso haja indícios de que a testemunha esteja mentindo em juízo (DAMASCENO, 2021).

A confissão primária, obtida validamente, de modo voluntário e espontâneo, com respeito às garantias do acusado, é um relato pretensamente completo, elaborado por meio de um interrogatório conduzido para esclarecer os fatos, sendo registrado e assinado pelo suspeito. Quem confessa nessas condições tem consciência, pelo menos potencial, de que seu ato terá consequências relevantes, podendo levar à privação de liberdade. Daí a importância de o acusado ter conhecimento do seu direito ao silêncio, do seu direito de não produzir provas contra si mesmo e do seu direito a ser assistido por um advogado.

A confissão secundária, por sua vez, é produzida em um ambiente de informalidade, em um contexto bem diferente da confissão oficial. O confessor não imagina que o conteúdo será divulgado, muito menos usado contra si. Os motivos da fala não estão relacionados ao esclarecimento do que ocorreu. Geralmente, envolvem um desejo de aumentar o *status* perante o grupo criminoso, a vontade de criar um laço de confiança com o interlocutor, o interesse de mostrar arrependimento, a preocupação em interromper uma abordagem intimidatória, o intuito de proteger outra pessoa ou até mesmo de animar uma conversa com fanfarronices.

Como não costuma ser registrada, a própria existência da confissão secundária pode ser objeto de discussão. E a solução para esse impasse dependerá de um julgamento em que a palavra do suspeito e a palavra do seu interlocutor serão colocadas em uma balança para saber quem está dizendo a verdade.

Mesmo que a conversa tenha ocorrido, pode haver disputa sobre o seu real conteúdo e significado. O diálogo em que as declarações foram proferidas é um recorte de uma conversa mais ampla. As circunstâncias completas da conversa raramente vêm à tona. O que se apresenta é um trecho parcial e fragmentado de palavras pronunciadas

pelo suspeito e interpretadas pelas lentes do interlocutor, que nem sempre é capaz de captar corretamente o sentido da mensagem[14]. Com frequência, as declarações são repletas de inconsistências, de lacunas e de informações falsas, típicas de uma fala que não foi orientada pela busca da verdade.

Por isso, a confissão secundária não tem a natureza jurídica de confissão[15]. Ela é apenas uma prova testemunhal, sujeita a requisitos específicos de admissibilidade e de valoração, dependentes do contexto em que as declarações incriminatórias foram obtidas e das circunstâncias em que são apresentadas em juízo.

5 ADMISSIBILIDADE DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

Depois de mapear as principais facetas das confissões secundárias e de compreender a sua natureza como prova testemunhal, resta verificar a sua admissibilidade à luz do sistema processual brasileiro.

De início, seria tentador afirmar que, por ser uma prova testemunhal, a confissão secundária é admitida no Direito brasileiro e, portanto, deve ser sempre tratada como uma prova válida, ainda que de baixa qualidade.

[14] Como disse Lord Macaulay: "Palavras podem facilmente ser mal interpretadas por um homem honesto. E podem ser facilmente distorcidas por um patife. O que foi falado metaforicamente pode ser compreendido literalmente. O que foi falado de pilhéria pode ser compreendido com seriedade. Um particípio, um tempo verbal, uma ironia, uma ênfase podem fazer toda a diferença entre culpa e inocência" (MACAULAY, 1979, p. 366, tradução nossa).

[15] Não se quer dizer, com isso, que a confissão secundária, caso admitida, não possa ser usada como atenuante. Afinal, se ela é incorporada ao acervo probatório para reforçar o juízo condenatório, sendo tratada como uma "confissão informal" pelos órgãos estatais, então é mais do que razoável aceitar o seu efeito mitigador.

Não é tão simples. Como vimos, a confissão secundária não é um testemunho sobre o fato criminoso, mas um testemunho sobre declarações incriminatórias relacionadas ao fato criminoso. A sua validade depende de como essas declarações incriminatórias foram obtidas. Voltando ao diagrama exposto anteriormente, se o evento 2 for inválido, também será inválido o evento 3, que dele é derivado.

Nesse ponto, há várias perguntas que devem ser feitas para aferir a licitude da prova: (a) houve a participação de agentes estatais?; (b) as declarações foram espontâneas?; (c) havia necessidade do aviso Miranda? Em caso afirmativo, foram respeitados esses requisitos?

Para começar, é preciso diferenciar duas formas de extrair declarações incriminatórias de um suspeito: (1) sem a participação do Estado e (2) com a participação do Estado.

Quando um suspeito admite espontaneamente que cometeu um crime para um colega, um parente ou um companheiro de cela – sem que tenha havido qualquer envolvimento de agentes estatais –, o testemunho do interlocutor, relatando o conteúdo da conversa, pode ser considerado, em princípio, uma prova válida[16].

A principal dúvida quanto à validade dessa modalidade de testemunho é que ela se aproxima da evidência "por ouvir dizer"

[16] Nesse sentido, em um processo de homicídio qualificado tentado, cuja prova principal era o depoimento do irmão do réu que "teria presenciado a confissão", o STJ validou sentença de pronúncia, assinalando: "Em relação ao depoimento judicial, na espécie, não se trata de alguém que repete a *vox publica*, isto é, não se trata de testemunha que sabe através de alguém, por ter ouvido alguém narrando ou contando o fato. Do contrário, conforme consignado pelo Juiz Sumariante, a 'versão do irmão do réu, que teria presenciado a confissão, gera indício de autoria que deverá ser melhor analisada em Plenário'. Não há como considerar imprestável em termos de valoração o depoimento de testemunha, corroborado pela confissão extrajudicial, afirmando que 'o réu (que é seu irmão) lhe confessou que 'foi lá e fez', ou seja, que desferiu as facadas [na vítima]". (BRASIL, 2021b).

(*hearsay evidence*). A evidência "por ouvir dizer" é o testemunho sobre uma declaração extrajudicial oferecida para provar a veracidade de um fato. Em princípio, esse tipo de prova testemunhal não é admitido nos sistemas probatórios contemporâneos[17].

Porém as confissões secundárias são excluídas da vedação de *hearsay evidence* porque há um entendimento de que as palavras de quem é parte no processo, ainda que proferidas extrajudicialmente, podem ser levadas a juízo e usadas contra ela, sem que isso implique violação do devido processo[18]. Assim, como a confissão secundária envolve uma declaração atribuída ao próprio suspeito, a pessoa que presenciou a fala pode testemunhar em juízo, incidindo uma das exceções ao testemunho "por ouvir dizer" (NEUSCHATZ, 2022).

Desse modo, o testemunho de um particular que ouviu declarações incriminatórias de um suspeito pode ser admitido. Não havendo participação do Estado na conversa comprometedora, o diálogo se situa na zona de livre manifestação, não sendo necessárias maiores formalidades para que a testemunha deponha em juízo. Como decidiu a Suprema Corte dos EUA, "nenhum direito fundamental protege a crença equivocada de um criminoso de que uma pessoa a quem ele voluntariamente confia a sua palavra não a revelará posteriormente" (UNITED STATES, 1966b, tradução nossa)[19].

[17] Por exemplo: "Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de *per si*, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular" (BRASIL, 2017a).

[18] Nos EUA, essa exceção é conhecida como "*party-opponent exception*" e está prevista na Regra 801, *d*, 2, *a*, da *Federal Rules of Evidence*, de 1975 (UNITED STATES, 1975), que, explicitamente, estabelece que não se aplica a proibição da evidência por ouvir dizer em relação a "uma declaração de uma parte opositora".

[19] "O risco de ser ouvido por um bisbilhoteiro ou traído por um informante ou enganado quanto à identidade de alguém com quem se lida é provavelmente inerente às condições da sociedade humana. É o tipo de risco que assumimos sempre que falamos" (UNITED STATES, 1963, tradução nossa).

O debate muda de figura quando o Estado participa, direta ou indiretamente, da extração de declarações incriminatórias. É que, a partir do instante em que o Estado começa a investigar um indivíduo, automaticamente incidem algumas salvaguardas que protegem o cidadão contra a interferência arbitrária na sua liberdade. Ou seja, saímos do campo da autonomia privada para o campo de limitação do poder.

O Estado tem a prerrogativa de investigar os crimes em sua jurisdição. Para isso, pode fazer perguntas para qualquer indivíduo. Nada impede que um investigador converse informalmente com testemunhas em potencial que possam ajudar a esclarecer os fatos. Ocorre que a investigação, por sua própria natureza, é uma atividade dirigida para o desconhecido/incerto. Logo, é muito difícil precisar antecipadamente o que vai ser dito (DAMASCENO, 2021). É possível que, nessa coleta preliminar de informações, eventuais declarações incriminatórias sejam ditas espontaneamente. Se tais declarações foram, de fato, livremente expressadas, podem ser usadas em juízo.

Do mesmo modo, os indivíduos são livres para se apresentarem para uma autoridade estatal e falar sobre fatos criminosos. Se um suspeito vai até a delegacia por conta própria e diz "eu cometi um crime", não há ilicitude em utilizar a referida informação. A rigor, o único requisito para que essas declarações sejam admitidas em juízo, inclusive por meio de testemunhas que a presenciaram, é a voluntariedade.

Uma declaração voluntária é o produto de um intelecto racional e de um livre-arbítrio, pronunciada de modo consciente e sem coação. Tudo o que for dito nessas condições é presumivelmente válido como prova. Porém, declarações obtidas por meio de intimidação física ou de pressão psicológica são presumivelmente inválidas. Do mesmo modo, declarações proferidas em um contexto de esgotamento físico

e mental, ou de intoxicação, ou estimuladas por falsas promessas ou ameaças, ou por informações inverídicas, não devem ser consideradas como voluntárias. Equivalem, para todos os efeitos, a uma prova obtida sob tortura, violando o devido processo porque são inerentemente não confiáveis, não credíveis, fundamentalmente injustas e não respeitam os direitos de autonomia de uma pessoa fazer escolhas livres e racionais (FERDICO; FRADELLA; TOTTEN, 2009).

Além da voluntariedade, o grau de proteção do indivíduo aumenta quando as declarações são proferidas nos interrogatórios com a custódia do Estado. Nessa situação, as declarações do custodiado somente serão admitidas se a pessoa tiver plena consciência dos seus direitos e das consequências da sua fala.

Essa é a razão do aviso Miranda, desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos e que se tornou uma medida profilática contra o abuso policial em vários países. O pressuposto é que, sem as devidas salvaguardas, os interrogatórios com custódia (*custodial interrogations*), por sua própria natureza, geram pressões persuasivas capazes de minar a capacidade de resistência do indivíduo e obrigá-lo a falar onde ele não o faria livremente (UNITED STATES, 1966a).

Daí porque o interrogador, antes de extrair quaisquer informações comprometedoras do suspeito, deve avisá-lo de todos os seus direitos, inclusive de seu direito ao silêncio, do seu direito a um defensor e do direito de não se autoincriminar. Qualquer declaração incriminatória, proferida em interrogatório com custódia, sem que essas salvaguardas sejam anunciadas e compreendidas, é inadmissível como prova.

O que vai definir se um interrogatório é com custódia ou sem custódia é a condição de submissão do interrogando perante a autoridade. Sempre que o interrogando estiver, de algum modo, com a sua liberdade de ação comprometida, o interrogatório deverá ser

considerado com custódia. O critério básico consiste em verificar se uma pessoa razoável que esteja na mesma posição do suspeito se sentiria livre para interromper a conversa e sair sem medo daquela situação. Em caso afirmativo, não há custódia. Em caso negativo, há custódia[20].

O *modus operandi* da polícia brasileira de obter confissões informais após a abordagem policial, e sem qualquer salvaguarda, pode ser considerado um exemplo de violação do devido processo. O STF tem gradativamente reconhecido que o aviso Miranda também deve ser aplicado ao contexto brasileiro, reconhecendo que o dever do Estado "de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito" (BRASIL, 2021c)[21].

[20] Todas as circunstâncias que cercam o ato devem ser levadas em conta para avaliar se uma pessoa razoável se sentiria livre para interromper o interrogatório, por exemplo: 1. O local do encontro, se era familiar ao suspeito, ou pelo menos neutro ou público, sendo de se pressupor, em linha de princípio, que os interrogatórios em órgãos policiais, em viaturas ou em salas isoladas são custodiados; 2. O número de policiais formulando questões ao suspeito, sendo de se presumir que qualquer interrogatório com mais de três policiais tem uma alta probabilidade de ser sob custódia, dado o maior poder de controle e de intimidação; 3. O grau de constrangimento ou de força usada para deter fisicamente o suspeito; 4. A duração e o estilo do interrogatório, incluindo o grau de coação psicológica usado e o tipo de pergunta formulada; 5. Os termos usados para intimar ou chamar o suspeito; 6. A ocorrência de confrontação, em que o sujeito é informado de forma direta que a polícia o considera como suspeito; 7. Se o suspeito teve a iniciativa de entrar em contato com a polícia ou se a iniciativa foi da própria polícia (FERDICO; FRADELLA; TOTTEN, c2009).

[21] No mesmo sentido: "Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, [...], com a realização de interrogatório forçado, travestido de 'entrevista', formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos 4. A realização de interrogatório em ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito [...]. Precedentes dos casos Miranda *v.* Arizona e Mapp *v.* Ohio, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas" (BRASIL, 2019b).

Faz todo sentido considerar como ilícita a "confissão informal" obtida a partir de um interrogatório de uma pessoa presa que não foi alertada sobre os seus direitos, pois há um claro déficit de autonomia numa entrevista realizada nesse contexto de intimidação. A pessoa abordada pela polícia irá dizer tudo o que for possível para evitar o uso de violência contra si e, por isso, tenderá a assumir a autoria de qualquer delito se isso puder interromper o tratamento hostil. Também faz todo sentido reconhecer a ilicitude, por derivação, das provas que foram colhidas a partir dessa entrevista para dissuadir atividades abusivas. Admitir uma prova derivada de abuso irá, na prática, estimular ainda mais abuso.

Portanto, se for confirmada a natureza custodial do interrogatório, o aviso Miranda é condição de validade do ato, mesmo que as declarações incriminatórias pareçam voluntárias. Se o acusado invocar o seu direito ao silêncio ou solicitar a assistência de um advogado, o interrogatório deve ser encerrado. Por outro lado, se o suspeito é avisado de seus direitos e ainda assim confessa, as suas declarações podem ser admitidas se for comprovado (1) que o suspeito renunciou aos direitos voluntariamente, ainda que de forma oral e (2) que o suspeito tinha plena consciência do direito renunciado e das consequências daí decorrentes (UNITED STATES, 1987).

Mesmo nessas condições, o requisito da voluntariedade das declarações ainda deve ser observado. Por exemplo, uma confissão obtida mediante coação física ou psicológica, com ameaças veladas ou explícitas, com privação de comida e de sono ou em confinamento prolongado etc., continuará sendo inválida, ainda que tenha sido observado o aviso Miranda[22].

[22] Por outro lado, a mera presença de promessas de redução de pena, de encorajamento para cooperar ou de apelo a crenças religiosas não são consideradas táticas coercitivas ao ponto de desnaturar a voluntariedade da confissão (FERDICO; FRADELLA; TOTTEN, 2009).

Vale ressaltar que o dever de pronunciar o Aviso de Miranda antes de um interrogatório somente se aplica quando o suspeito sabe que está falando com agentes estatais. Conversas entre suspeitos e agentes disfarçados ou infiltrados não estão sujeitas ao Aviso de Miranda, porque os suspeitos não podem alegar, de forma razoável, que uma conversa nesse contexto foi pronunciada sob coação[23]. Ressalte-se, contudo, que, no modelo brasileiro, a admissibilidade da referida prova está submetida à reserva de jurisdição, dependendo de autorização judicial prévia[24]. Além disso, pela regulamentação do instituto no Brasil, o agente infiltrado precisa necessariamente ser agente de polícia, não podendo haver o uso de informantes privados realizando um papel equivalente ao do agente infiltrado/disfarçado.

Em relação a declarações incriminatórias fornecidas a colaboradores, há algumas variáveis a serem levadas em conta. No modelo norte-americano, se as declarações foram voluntárias e pronunciadas antes do acordo com a polícia, em princípio, a prova é admissível, ainda que de baixa qualidade. Por outro lado, se as

[23] Eis o argumento completo: "Um policial disfarçado que se apresenta como um companheiro de prisão não precisa dar Aviso de Miranda a um suspeito encarcerado antes de fazer perguntas que possam provocar uma resposta incriminadora. A doutrina Miranda deve ser aplicada de forma estrita, mas apenas em situações em que as preocupações subjacentes a essa decisão estejam presentes. Essas preocupações não estão implicadas aqui, pois faltam os ingredientes essenciais de uma 'atmosfera dominada pela polícia' e um contexto que leve a uma confissão compulsória. É premissa de Miranda que o perigo de coação decorre da interação da custódia e do interrogatório oficial, pelo qual o suspeito pode se sentir compelido a falar pelo medo de represálias por permanecer calado ou na esperança de um tratamento mais brando caso confesse. Essa atmosfera coercitiva não está presente quando uma pessoa encarcerada fala livremente com alguém que acredita ser um colega de prisão e que supõe não ser um oficial com poder oficial sobre ele. Em tais circunstâncias, Miranda não proíbe mero engano estratégico, aproveitando-se de uma confiança equivocada de um suspeito" (UNITED STATES, 1990, tradução nossa).

[24] "Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites" (BRASIL, 2013).

declarações foram pronunciadas sob a orientação da polícia, isso torna o informante um agente do governo, de modo que a confissão secundária somente será admissível se: (1) for voluntária, ou seja, sem qualquer tipo de coação ou ameaça, direta ou indireta; (2) não houver qualquer ação ou estímulo positivo, além da escuta, projetada deliberadamente para induzir comentários incriminatórios (UNITED STATES, 1986). Em outras palavras, colaboradores orientados pelo Estado não podem formular perguntas para induzir o suspeito a se autoincriminar, pois isso equivaleria a burlar as salvaguardas do devido processo. No Brasil, contudo, é bastante questionável a possibilidade de valoração de uma confissão secundária testemunhada por um colaborador, por razões que serão explicadas mais à frente.

Outro ponto importante é que a declaração incriminatória também será inadmissível depois da formalização da acusação se não for dada oportunidade ao réu de consultar um advogado. Ou seja, em relação aos fatos denunciados, nenhum interrogatório será admissível na ausência de advogado. Portanto, em princípio, não há sentido em admitir a confissão secundária produzida após a acusação, pelo menos em relação aos fatos que foram objeto da denúncia (UNITED STATES, 1966b).

Em síntese, para aferir a validade (admissibilidade) da confissão secundária, é fundamental saber: (1) se não houve quebra da voluntariedade na extração das declarações; (2) se havia uma atmosfera de controle policial, ocasião em que devem ser observadas as salvaguardas do Aviso de Miranda; (3) se houve a devida renúncia dessas salvaguardas. Somente se essas condições forem respeitadas é que se poderá admitir um testemunho relatando a possível existência de uma conversa em que o suspeito forneceu informações comprometedoras.

6 VALORAÇÃO DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

Em geral, um interrogatório produz uma prova documental de confissões primárias, com o registro do ato assinado pelo suspeito, atestando que são suas aquelas declarações. A gravação do interrogatório também produz o mesmo efeito de atestar a autoria e a autenticidade da confissão. A propósito, uma das principais recomendações para reduzir as falsas confissões é a gravação do interrogatório do começo ao fim para que se possa ter mais transparência e clareza de todo o contexto que levou a pessoa a confessar. Para que uma confissão seja devidamente valorada, é preciso verificar as técnicas adotadas da entrevista, o tempo de duração e a presença de outros fatores de risco, como vulnerabilidades, privação do sono, fome, isolamento, menção a evidências inexistentes, promessas, ameaças e táticas de minimização das consequências e assim por diante (GUDJONSSON, 2018).

Porém, sabendo que a realidade é bem diferente do mundo ideal, é possível que, em algumas situações, o ato não seja registrado, não havendo outro meio de comprovar a sua existência além da palavra daquele que o presenciou. Por exemplo, é possível que o custodiado tenha assumido a culpa na viatura policial ou em uma conversa informal, mudando de versão logo em seguida.

A depender das circunstâncias em que as declarações incriminatórias foram proferidas, a confissão secundária poderá ser admitida. Se as condições de admissibilidade forem respeitadas, passa-se à fase de valoração.

Aqui, mais uma vez, é preciso enfatizar que a confissão secundária *é* uma prova testemunhal, cuja qualidade pode ser prejudicada por falhas de percepção, de codificação, de contaminação, de esquecimento,

de confabulações, de sugestionabilidade, de interferências etc. (MARMELSTEIN, 2022). Além disso, como toda prova testemunhal, seu valor depende de um julgamento acerca da credibilidade da testemunha e de confiabilidade do relato (FERNANDES, 2020).

Em outras palavras, o fato de uma confissão secundária ser admitida não significa que terá valor probatório. Para avaliar a sua força probatória, é preciso analisar a totalidade das circunstâncias que a circundam, por exemplo: (a) o contexto em que a suposta conversa ocorreu, incluindo-se os possíveis motivos do confessor; (b) a adequada interpretação das palavras proferidas pelos comunicadores; (c) a credibilidade da testemunha, englobando suas intenções, seus motivos para depor, suas qualidades morais e seu nível de isenção com a causa; e (d) a confiabilidade do testemunho, em termos de coerência, consistência e plausibilidade.

No contexto norte-americano, as principais críticas envolvendo as confissões secundárias estão relacionadas aos incentivos dados a informantes, companheiros de cela ou cúmplices que resolveram colaborar com a polícia[25]. Em geral, essas testemunhas são "vigaristas, mentirosos congênitos e fraudadores experientes", que estão sendo recompensadas para reunir provas contra alguém. Mesmo sendo pouco confiáveis, seus testemunhos podem receber um crédito

[25] De acordo com um relatório do The Marshall Project, "o incentivo mais comum oferecido aos informantes da cadeia por informações ou testemunhos são anos cortados de uma sentença potencial. Os réus federais que cooperam durante o curso de seus casos têm seu tempo de prisão reduzido, em média, em mais da metade, de acordo com um relatório de 2016 da Comissão de Sentenças dos EUA. Mas esse não é o único incentivo para informar ou desinformar. Na década de 1990, em Detroit, os detidos nas celas do departamento de polícia recebiam comida quente, drogas e quartos para entreter os visitantes em troca de examinar os documentos judiciais de outros réus para que pudessem dar testemunhos que correspondiam à versão dos eventos dos promotores, de acordo com duas reportagens investigativas. Entre os informantes mais prolíficos do Departamento do Xerife do Condado de Orange, estava um par de membros da máfia mexicana que foram recompensados com sofás em suas celas, caixas de cigarros, 'quase ilimitadas corridas de Taco Bell' e um total de US$ 335 mil por seu trabalho em dezenas de casos, de acordo com as notícias locais" (SCHWARTZAPFEL, 2018, tradução nossa).

imerecido, sobretudo quando são apresentados como "testemunhas de acusação", avalizadas pelo ministério público (COVEY, 2014).

Alguns estudos indicam que, em cerca de 21% das condenações de inocentes, exonerados por meio do exame de DNA, houve algum tipo de testemunho de informantes que receberam incentivos para depor. Vários desses testemunhos são relatos de pessoas que, em troca de benefícios, afirmaram falsamente que ouviram o suspeito confessar o crime (GROSS; SHAFFER, 2012; GOULD; LEO, 2010). Os dados envolvendo pena capital são ainda piores. Uma análise de 111 casos de pessoas que foram libertadas do corredor da morte, entre 1973 e 2004, indicou que 45,9% dos casos continham uma confissão secundária falsa de um informante preso (WETMORE; NEUSCHATZ, 2014).

Aqui no Brasil, embora exista previsão legal para o pagamento de incentivo a informantes[26], o problema tem uma dimensão bem menor, uma vez que não faz parte da nossa tradição indicar informantes como testemunhas de acusação. Há, contudo, uma tendência de usar o testemunho de colaboradores em juízo, muitas vezes envolvendo a divulgação de conversas com outros presos.

A meu ver, é preciso uma cautela redobrada ao valorizar as confissões secundárias nessas situações. Primeiro, porque a confissão secundária é uma prova dependente da credibilidade, e um delator incentivado não é uma pessoa confiável. O seu modo de atuação depende justamente da quebra da confiança e da traição de seus comparsas (RODRÍGUEZ, 2018). Segundo, porque aquele que recebe

[26] "Art. 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie" (BRASIL, 2018a).

recompensa em função de seu testemunho estará comprometido com a acusação, colocando em risco a necessária objetividade em relatar a verdade[27]. Terceiro, porque o modelo brasileiro não tem regras seguras e bem desenhadas contra os falsos testemunhos. Nos Estados Unidos, o juízo de admissibilidade da prova está sujeito a um procedimento específico de admissão, chamado *pretrial reliability hearings*. Somente quando a prova testemunhal atende a um pressuposto mínimo de credibilidade é que pode ser valorada e, ainda assim, sujeita a um rigoroso *cross-examination* pela parte adversa. Nosso modelo de contradita de testemunhas é bem menos eficiente do que o modelo de confronto e de impugnação do *cross-examination*. Além disso, nos EUA, a acusação é obrigada a fornecer toda e qualquer informação que possa afetar a credibilidade da testemunha, até mesmo os antecedentes, as acusações anteriores de má conduta e todos os incentivos ou promessas de incentivos que ela recebeu (precedentes Brady e Giglio). No Brasil, ainda não temos uma regra Brady ou Giglio que imponha ao Ministério Público o dever de fornecer informações que possam beneficiar a defesa.

Afora tudo isso, há ainda um óbice de natureza jurídica que impede a atribuição de valor probatório à palavra do colaborador. Nos termos da legislação brasileira, a colaboração não é prova, mas "meio de obtenção de prova"[28]. Isso significa que, por opção legislativa, a palavra do colaborador não tem valor probatório por si só. E a confissão secundária, por definição, é uma prova que se sustenta exclusivamente na palavra. Logo, não há sentido em atribuir valor

[27] Nos EUA, um informante chamado Leslie Vernon White costumava ligar para vários policiais, passando-se por agente de polícia, pedindo detalhes sobre um crime que apenas um *insider* saberia. Depois, oferecia-se para testemunhar em troca de *sursis*, abatimento da pena ou dinheiro. Os relatos eram confissões secundárias contra o acusado. Ele testemunhou em pelo menos uma dúzia de casos usando esse esquema (SCHWARTZAPFEL, 2018).

[28] "Art. 3º-A O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos" (BRASIL, 2013).

probatório a um mero relato oral do colaborador, sem uma prova de reforço que ateste a existência daquela conversa. Assim, conversas ouvidas pelo colaborador, sem registro, poderão ser utilizadas para fins de investigação, mas nunca para corroborar o juízo de condenação[29].

Por último, resta analisar os critérios de valoração do testemunho policial. Como dito anteriormente, em muitos contextos, a palavra do policial costuma ser tratada como um trunfo probatório, com uma elevada presunção de veracidade. Isso é bastante problemático, por vários motivos.

Inicialmente, o policial nem sempre está em posição privilegiada para relatar adequadamente os fatos. O seu testemunho pode ser contaminado por interferências de outras testemunhas, por outros eventos semelhantes ou por expectativas enganadoras. Quando o policial chega ao local do evento, o mais comum é que um esquema mental seja pré-ativado a partir da narrativa que ele recebeu ao ser chamado. Assim, ele irá enxergar os fatos a partir do esquema montado, com o claro risco de ser influenciado pelo viés de confirmação, pela visão de túnel e pelos preconceitos implícitos que estão embutidos em sua mente.

Além disso, em muitos casos, os policiais não são partes desinteressadas, pois participam lado a lado da acusação na

[29] Essa tem sido a orientação do STF: "7. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 8. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 9. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*" (BRASIL, 2017b).

construção de um lastro probatório de incriminação (JOHNSON, 2016). Às vezes, a primeira classificação do fato como crime é feita por um policial, a partir de percepções subjetivas potencialmente enviesadas, influenciando decisivamente o percurso do caso no sistema de justiça criminal (RIGON; JESUS, 2019). Outras vezes, a polícia realiza a prisão em flagrante, criando um pré-compromisso de confirmar a sua intervenção, até para afastar qualquer acusação de abuso policial.

Há ainda policiais atuando diretamente na investigação, como agentes disfarçados, ouvindo informantes, averiguando denúncias anônimas, realizando diligências informais, fazendo campanas, conduzindo o reconhecimento do suspeito e procurando evidências em buscas pessoais ou domiciliares. Todos esses comportamentos são esperados de agentes de polícia, justamente porque o policial não é meramente um observador imparcial, mas uma parte integrante do aparato estatal de segurança pública, que tem o dever de intervir para combater o crime.

Nos casos em que o policial é chamado a depor em juízo, ele não está agindo como policial, mas como testemunha. E como qualquer testemunha, os policiais também não são perfeitos. Por isso, não se pode atribuir uma credibilidade implícita e automática à palavra do policial, outorgando-lhe um valor de verdade imerecido, sem uma ponderação racional de todos os fatores relevantes (WARREN, 2018).

O juízo de admissibilidade e a valoração do depoimento do policial dependem de uma análise crítica da própria conduta do policial. Para isso, alguns pontos relevantes precisam ser considerados: (a) em que contexto o policial extraiu as declarações do suspeito?; (b) houve coação de alguma forma?; (c) qual foi o método de interrogatório?; (d) o suspeito estava sob custódia?; (e) o suspeito foi alertado de seus direitos?; (f) houve a renúncia consciente e voluntária das

salvaguardas?; (g) a declaração foi proferida pelo suspeito ou foi forjada pelo policial?; (h) há razões para crer que o policial possa estar sendo motivado por preconceitos implícitos ou explícitos?; (i) no seu histórico disciplinar, o policial tem algum antecedente de má conduta?; (j) há alguma política que incentive os policiais a realizar o máximo de diligências que possam gerar um descuido funcional (prêmios por produtividade, elogios, recursos financeiros para o departamento etc.)?; (k) a ação policial pode ter sido motivada em resposta a pressões institucionais e sociais?; e (l) em que medida o resultado do processo pode interferir na sua reputação ou na sua carreira funcional?

Esse tipo de constrangimento é típico de provas que se baseiam na palavra. Quando valoramos o depoimento de um colaborador, temos consciência de que os incentivos por ele recebidos afetam a sua credibilidade, razão pela qual a sua palavra costuma ser avaliada com cautela. Do mesmo modo, costumamos atribuir um peso reduzido ao depoimento do réu que se declara inocente, porque sabemos que ele tem um claro interesse no resultado do julgamento. A mesma lógica deveria se aplicar ao depoimento do policial. É preciso perceber que, em muitas situações, a palavra do policial deve receber um peso menor do que a de uma testemunha isenta, porque sua posição pode ser tendenciosa (JOHNSON, 2016).

Por isso, a palavra do policial jamais poderia produzir uma inversão da presunção de inocência, sob pena de tornar inócua essa garantia, além de esvaziar o próprio sentido da jurisdição (SEMER, 2019, p. 190). Afinal, não basta ao estado declarar ou afirmar a culpa, mas prová-la, não sendo suficiente presumir como absolutas as percepções subjetivas de um ser humano falível, ainda que fardado.

Assim, o testemunho do policial precisa ser valorado com cautela, mesmo quando são respeitadas as condições de admissibilidade. Sua força precisa ser sustentada por uma cadeia de circunstâncias verossímeis e corroborada por outras provas. Não se deve tratar o policial nem como um nobre guardião da civilização, que entrega sua vida para proteger o público, nem como um perverso manipulador da justiça, que abusa do seu poder para oprimir inocentes. A verdade está em algum lugar desses dois extremos e pode variar de caso a caso (WARREN, 2018).

7 CONCLUSÃO

Antes de concluir, é preciso enfatizar que o rigor metodológico aqui proposto tem em mira mitigar erros judiciais decorrentes de um mau uso das confissões secundárias. Apesar de ter um baixo valor epistêmico, a confissão secundária é uma prova fácil de ser obtida, pois se alicerça exclusivamente na palavra de uma testemunha. Além disso, costuma ser apresentada em juízo com o aval da polícia e do Ministério Público, dando a falsa impressão de que merece confiança. Mesmo sendo uma prova "fraca", tem poder de influência. Daí a necessidade de analisá-la com a devida cautela.

As conclusões a seguir foram desenvolvidas com essa preocupação de reduzir os riscos, sem prejuízo de outras medidas que possam caminhar nessa direção:

(1) Uma confissão secundária é um testemunho de uma conversa informal, não registrada, em que alguém afirma ter presenciado um suspeito proferir declarações autoincriminatórias;

(2) A validade da confissão secundária, como prova judicial, depende do contexto em que as supostas declarações foram proferidas. Se houver ilicitude na extração das declarações, também será ilícita a prova testemunhal dela decorrente;

(3) Em relação a declarações espontâneas proferidas em conversas privadas, sem a participação do Estado e sem uma atmosfera policial, a prova testemunhal de quem participou legitimamente da conversa é, em princípio, válida, bastando aferir a voluntariedade da declaração e ter o devido cuidado na sua valoração – com especial análise da credibilidade da testemunha e dos possíveis ruídos de comunicação;

(4) Em relação a declarações incriminatórias extraídas com a participação do Estado, inclusive por meio de informantes ou colaboradores orientados por agentes estatais, há muitas variáveis em jogo:

(4.1) Se forem espontâneas e voluntárias, sem induzimento e sem a pressão de uma atmosfera de custódia, a prova testemunhal de quem presenciou a declaração é, em princípio, válida, não havendo necessidade de explicitar o aviso Miranda;

(4.2) Se a entrevista for um interrogatório ou um equivalente funcional de interrogatório, com a liberdade de ação do suspeito limitada pelas circunstâncias, a prova testemunhal daí decorrente será válida apenas se o suspeito for previamente avisado de seus direitos (aviso Miranda) e renunciá-los de modo consciente e autêntico;

(4.3) Em relação a declarações incriminatórias espontâneas, testemunhadas por agentes infiltrados, o entendimento é de que não há necessidade de aviso Miranda, devendo, contudo, no caso brasileiro,

ser observada a prévia autorização judicial e ser realizado apenas por agentes de polícia;

(4.4) À luz do sistema brasileiro, é inviável atribuir valor probatório às confissões secundárias testemunhadas por colaboradores, pois a palavra do colaborador não vale como prova. É apenas um "meio de obtenção de prova" que pode abrir linhas de investigação, mas sem aptidão probatória *de per si*;

(4.5) Em qualquer caso, se a declaração se referir a fatos que foram objeto de acusação, haverá ilicitude se houver induzimento e não for garantido o direito ao advogado;

(5) Se as condições de admissibilidade forem atendidas, a valoração da confissão secundária dependerá de uma análise de credibilidade da testemunha e da confiabilidade do relato, devendo ser explorados, por exemplo, os seguintes tópicos: (a) contexto da conversa; (b) possíveis motivos do confessor e da testemunha; (c) interpretação das palavras, dadas as circunstâncias em que foram pronunciadas; (d) eventuais ruídos de comunicação (erros honestos e desonestos); (f) possíveis incentivos recebidos pela testemunha; (g) qualidades morais e antecedentes da testemunha; (h) nível de isenção em relação ao resultado do processo; (i) possível animosidade com o suspeito; (j) coerência narrativa; (k) consistência com outros depoimentos e com a prova dos autos; (l) plausibilidade ou verossimilhança em correspondência com a realidade;

(6) Em relação às confissões secundárias testemunhadas por policiais, também é necessário realizar um escrutínio crítico para aferir a sua credibilidade e a sua confiabilidade. Além de uma análise rigorosa sobre as condições de admissibilidade, é preciso avaliar alguns fatores de risco, por exemplo: (a) o contexto da declaração;

(b) a possível contaminação da memória; (c) as possíveis distorções de percepção (esquemas mentais, preconceitos implícitos, vieses etc.); (d) o histórico de má conduta; (e) os possíveis incentivos corporativos e as pressões institucionais para realizar diligências, gerando uma atuação mais descuidada; (f) a possível falta de isenção, por medo de afetar a reputação e a carreira; (g) o receio de ser acusado de abuso de poder; e (h) o excesso de compromisso pessoal com a tese acusatória.

(7) O ideal é que o sistema de justiça não precise confiar na confissão secundária para condenar um suspeito; porém, na hipótese de aceitá-la, é preciso ser prudente na análise de suas condições de admissibilidade e de seus parâmetros de valoração. Se não for respeitado um padrão razoável de confiabilidade e de credibilidade, não é seguro atribuir-lhe qualquer valor probatório, nem como prova de corroboração, muito menos como prova isolada de condenação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.608, de 10 de janeiro de 2018**. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. **Ação Penal n. 0196181-09.2017.4.02.5101/RJ**. Rio de Janeiro: Justiça Federal, 2021a. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2021/11/Nuzman.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo n. 1205027/RN**. Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Porte ilegal de arma de fogo [...]. Relator: Min. Felix Fischer, 13 de março de 2018b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685198&num_registro=201702974188&data=20180321&peticao_numero=201800084310&formato=PDF. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus n. 608.558-RJ 2020/0217527-1. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes. Busca e apreensão domiciliar efetuada por policiais militares sem autorização judicial [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 1 de dezembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 3042, 7 dez. 2020a. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1139077852/habeas-corpus-hc-608558-rj-2020-0217527-1/inteiro-teor-1139077873. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo em recurso especial n. 1.369.120-SP. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Desclassificação. Excepcionalidade. Ausência de provas conclusivas acerca do narcotráfico. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 8 de setembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 2996, 21 set. 2020b. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636612/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1369120-sp-2018-0251484-1/inteiro-teor-930636622. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo regimental no recurso especial n. 1.119.302-MG. Agravo regimental em recurso especial. Violação ao princípio da colegialidade. Incorrência. Recurso manifestamente improcedente [...]. Recorrente: Charles Leone Barbosa Pereira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 25 de setembro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 1146, 3 out. 2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22585775/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1119302-mg-2009-0013334-8-stj/inteiro-teor-22585776. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo regimental no recurso especial n. 1.905.653-SP. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio qualificado tentado. Pronúncia confirmada pelo tribunal a quo [...]. Recorrente: Junior dos Santos Celestino Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Laurita Vaz, 28 de setembro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 3244, 4 out. 2021b. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1308105808/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1905653-sp-2020-0302102-0/inteiro-teor-1308105820. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus n. 22.371-RJ**. Habeas Corpus. Pedido não examinado pelo tribunal de origem. WRIT não conhecido. Prova ilícita [...]. Relator: Min. Paulo Gallotti, 22 de outubro de 2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%222371%22%29+ou+%28HC+adj+%2222371%22%29.suce. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n. 620.206-RJ. Habeas Corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Estabilidade e permanência. Configuração. Minorante. Não incidência. Ordem denegada. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 7 de dezembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 3045, 11 dez. 2020c. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206279885/habeas-corpus-hc-620206-rj-2020-0274958-5. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n. 67.390-MS. Penal. Habeas Corpus. Roubo circunstanciado. Dosimetria. Atenuante. Confissão extrajudicial retratada em juízo. Sentença condenatória pautada em elementos declinados na confissão [...]. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, 26 de maio de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 383, 15 jun. 2009. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4350489/habeas-corpus-hc-67390-ms-2006-0214945-7/inteiro-teor-12204222. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso especial n. 1.674.198-MG. Recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia fundamentada exclusivamente em boatos e testemunha de ouvir dizer. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Recorrente: Márcio Machado Parreira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Rogerio Schietti Cruz, 5 de dezembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 2338, 2017a. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861305395/recurso-especial-resp-1674198-mg-2017-0007502-6/inteiro-teor-861305416?ref=juris-tabs. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 170.843-SP**. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 4 de maio de 2021c. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273358503/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-170843-sp/inteiro-teor-1273358504. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus n. 147.837-RJ**. Habeas corpus. 2. Infiltração de agente policial e distinção com agente de inteligência [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de

fevereiro de 2019a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181369. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Inquérito n. 3.998-DF**. Inquérito. Corrupção passiva (art. 317 § 1°, c/c o art. 29 do CP. Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de dezembro de 2017b. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770108795/inquerito-inq-3998-df-distrito-federal-0000071-8820151000000. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação n. 33.711-SP**. Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de junho de 2019b. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768205024/reclamacao-rcl-33711-sp-sao-paulo-0019106-9220191000000/inteiro-teor-768205033. Acesso em: 25 fev. 2019.

COVEY, Russell D. Abolishing jailhouse snitch testimony. **Wake Forest L. Rev.**, [Winston-Salem], v. 49, p. 1375-1430, Winter 2014.

DABNEY, Dean A.; TEWKSBURY, Richard. **Speaking truth to power**: confidential informants and police investigations. 1st ed. [Berkeley]: University of California Press, 2016.

DAMASCENO, Fernando Braga. **E quando a testemunha diz na investigação e desdiz no julgamento?** Fortaleza: [*S. n.*], 2021.

FERDICO, John N.; FRADELLA, Henry F.; TOTTEN, Christopher D. **Criminal procedure for the criminal justice professional**. 10th ed. Belmont, CA: Wadsworth Cengage Learning, c2009.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

FITZGERALD, Dennis G. **Informants, cooperating witnesses, and undercover investigations**: a practical guide to law, policy, and procedure. 2nd ed. Boca Raton: CRC Press, 2014.

GOULD, Jon B.; LEO, Richard A. One hundred years later: Wrongful convictions after a century of research. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, [Evanston, IL], v. 100, p. 825-868, Summer 2010.

GROSS, Samuel R.; SHAFFER, Michael. Exonerations in the United States, 1989–2012. **Univeristy of Michigan Public Law Working Paper**, Michigan, n. 277, 26 Jun. 2012.

GUDJONSSON, Gisli H. **The psychology of false confessions**: forty years of science and practice. [*S. l.*]: John Wiley & Sons, 2018.

JOHNSON, Vida B. Bias in Blue: Instructing Jurors to Consider the Testimony of Police Officer Witnesses with Caution. **Pepp. L. Rev.**, [*s. l.*], v. 44, p. 245-304, 2016.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Noise**: a flaw in human judgment. [*S. l.*]: Little, Brown Spark, 2021.

KASSIN, Saul M.; NEUMANN, Katherine. On the power of confession evidence: an experimental test of the fundamental difference hypothesis. **Law and human Behavior**, [*s. l.*], v. 21, n. 5, p. 469-484, Nov. 1997.

MACAULAY, Thomas Babington. **The history of England**. [Londres]: Penguin Books, 1979.

MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência das provas testemunhais e das injustiças inconscientes. Salvador: JusPodivm, 2022.

MARTINS, Ana Paula Brito. **A materialidade nos crimes de homicídio**: uma análise doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade penal do agente sob a ótica do caso Bruno. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2013.

NEUSCHATZ, Jeffrey S. *et al*. Secondary confessions, expert testimony, and unreliable testimony. **Journal of Police and Criminal Psychology**, [*s. l.*], v. 27, n. 2, p. 179-192, 2012.

NEUSCHATZ, Jeffrey S. *et al*. The effects of accomplice witnesses and jailhouse informants on jury decision making. **Law and Human Behavior**, [*s. l.*], v. 32, n. 2, p. 137-149, 2008.

NEUSCHATZ, Jeffrey S.; GOLDING, Jonathan M. **Jailhouse informants**: psychological and legal perspectives. New York: NYU Press, 2022.

RIGON, Bruno Silveira; JESUS, Maria Gorete Marques de. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 85-119, dez. 2019.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada**: limites éticos ao Estado. São Paulo: Forense, 2018.

SCHWARTZAPFEL, Beth. The Jailhouse Snith: a quiz. **The Marshall Project**, [*s. l.*], 23 Apr. 2018. Disponível em: https://www.themarshallproject.org/2018/04/23/the-jailhouse-snitch-a-quiz. Acesso em: 25 fev. 2019.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. Tirant lo Blanch: São Paulo, 2019.

UNITED STATES. **Federal rules of evidence**. Washington, D.C: [Government Publishing Office], 1975.

UNITED STATES. Supreme Court. **373 U.S. 427**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1963. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/427/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **377 U.S. 201**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1964. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/201/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **384 U.S. 436**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1966a. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **385 U.S. 293**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1966b. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/293/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **405 U.S. 150**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1972a. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **406 U.S. 682**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1972b. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/682/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **447 U.S. 264**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1980. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/264/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **477 U.S. 436**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1986. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/477/436/. Acesso em: 25/2/2019

UNITED STATES. Supreme Court. **479 U.S. 564**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1987. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/564/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **496 U.S. 292**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1990. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/292/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **499 U.S. 279**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1991. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/279/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **532 U.S. 162**. Washington, D.C: US Supreme Court, 2001. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/162/. Acesso em: 25 fev. 2019.

WARREN, Jonathan M. Hidden in plain view: juries and the implicit credibility given to police testimony. **DePaul J. Soc. Just.**, [*s. l.*], v. 11, p. 1-32, Summer 2018.

WETMORE, Stacy Ann; NEUSCHATZ, Jeffrey S.; GRONLUND, Scott D. On the power of secondary confession evidence. **Psychology, Crime & Law**, [*s. l.*], v. 20, n. 4, p. 339-357, 2014.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.185

A TRANSFERÊNCIA DE PROCESSOS E O COMPARTILHAMENTO DE PROVAS COMO TÉCNICAS PARA A OTIMIZAÇÃO DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

THE TRANSFER OF CRIMINAL PROCEEDINGS AND SHARING OF EVIDENCE AS TECHNIQUES FOR THE OPTIMIZATION OF THE COMBAT TO TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME

CARLA TERESA BONFADINI DE SÁ
Mestre e doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juíza federal – Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro – Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ex-defensora pública do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora da Comissão de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura Regional Federal – Emarf do Tribunal Regional Federal – TRF da 2ª Região.
https://orcid.org/0000-0002-2370-9747

RESUMO

O presente artigo almeja realizar uma análise do compartilhamento de provas e da transferência de processos penais entre os países enquanto ferramentas vocacionadas à otimização do combate ao crime organizado transnacional – um dos maiores desafios contemporâneos. Para tanto, analisar-se-á a disciplina da matéria em Convenções como as de Palermo e Mérida, bem como a jurisprudência brasileira acerca dessas técnicas. Será concedido destaque à aferição dos modos de equacionar o procedimento de compartilhamento de provas com as garantias do devido processo legal previstas na Constituição Brasileira, no embate entre a adoção da *lex fori* e *lex diligentiae*. Aborda-se-á, outrossim, a garantia da paridade de armas na produção de provas

no exterior. Quanto à transferência de processos, o desafio consistirá no modo de compatibilizar esse instrumento com a soberania dos estados e as duas características-chave da jurisdição: territorialidade e indelegabilidade.

Palavras-chave: cooperação; crime organizado transnacional; provas.

ABSTRACT

The present article aims to carry out an analysis of the sharing of evidence and transfer of criminal proceedings between countries as tools aimed at optimizing the fight against transnational organized crime, one of the greatest contemporary challenges. In order to do so, the discipline of the matter in Conventions such as those of Palermo and Mérida will be analyzed, as well as the Brazilian jurisprudence on these techniques. Emphasis will be given to the assessment of ways to equate the procedure for sharing evidence with the guarantees of due process provided for in the Brazilian Constitution, in the clash between the adoption of the *lex fori* and *lex diligentiae.* It will also address the guarantee of parity of arms in the production of evidence abroad. As for the transfer of processes, the challenge will be how to make this instrument compatible with the sovereignty of States and two key features of the jurisdiction: territoriality and non-delegation.

Keywords: cooperation; transnational organized crime; evidence.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Transferência de processos como ferramenta para a busca da “jurisdição mais adequada”. 3 Da cooperação jurídica internacional

para a produção de provas no exterior: os problemas concernentes ao compartilhamento de provas. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado, o desafio de combater a criminalidade cresce de forma exponencial, dada a sofisticação do *modus operandi* das organizações criminosas. Como resultado do aumento de circulação de bens e pessoas entre os diversos países, as organizações criminosas, nos mesmos moldes das sociedades empresárias multinacionais, estruturam-se para o cometimento de diversos crimes mediante a difusão, a distribuição da atividade delitiva em diferentes estados, de modo a maximizar o proveito do delito e, sobretudo, a dificultar a persecução penal.

De fato, as dificuldades oferecidas à persecução penal nos delitos transnacionais derivam dos óbices impostos pelas soberanias dos diferentes países e da diversidade legislativa, notadamente no que tange aos tipos penais e à produção e admissibilidade das provas.

Por essa razão, o combate à macrocriminalidade transnacional exige a conjugação de esforços das autoridades dos diversos países envolvidos para a apuração dos crimes, tanto sob a forma de atuação de equipes conjuntas de investigação[1] quanto pela cooperação por meio do uso de técnicas de compartilhamento de provas, bem como

[1] Acerca das equipes conjuntas de investigação, assevera Souza (2020, p. 146): "Nesse contexto, as Equipes Conjuntas de Investigação – ECIs foram desenvolvidas como modernos e promissores instrumentos de cooperação jurídica internacional para o enfrentamento do crime transnacional, especialmente naquelas suas modalidades mais graves (*v.g.*, tráfico de drogas, crime organizado e corrupção). Estruturadas com um modelo de atuação inovador, as ECIs reúnem autoridades de vários países para a realização integrada de uma mesma investigação criminal determinada, assegurando aos membros da equipe a realização de atuações transnacionais e contatos diretos para troca de elementos de informações (pedidos de diligências e resultados investigativos)".

a transferência de processos penais e procedimentos investigatórios entre os países, com o escopo de otimizar a instrução probatória e assegurar a punição do delito.

O tema se encontra na ordem do dia, tendo sido inserido no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), subitem 16.4[2], da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2019), destinado a estabelecer a meta de paz e justiça por meio da cooperação internacional no combate eficiente ao crime organizado.

Nessa perspectiva de atuação logística integrada, um marco na implementação do combate à criminalidade organizada transnacional foi a Convenção de Palermo, iniciativa da ONU voltada à sistematização das normas jurídicas referentes ao uso de técnicas especiais de investigação das graves infrações cometidas pelas organizações criminosas por meio de acordos, protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados.

Considerando que a produção probatória é o cerne do processo, imprescindível é a análise dos instrumentos de cooperação jurídica

[2] Os Objetivos da Agenda 2030 da ONU são um plano de ação cujo objetivo é o desenvolvimento sustentável em suas múltiplas formas por meio de metas a serem alcançadas até 2030. A Meta 16 busca promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. A Meta 16.4 da Agenda 2030 da ONU é a seguinte: "Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado". Conforme o *site* do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, há os seguintes indicadores: 16.4.1 – Valor total de entradas e saídas de fluxos financeiros ilícitos (em dólares americanos correntes); 16.4.2 – Proporção de armas apreendidas, encontradas ou entregues, cuja origem ou contexto ilícito tenha sido detectado ou estabelecido por uma autoridade competente, em linha com instrumentos internacionais (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2019).

internacional à disposição dos órgãos de persecução penal voltados ao desempenho da atividade instrutória.

Desse modo, o propósito do presente artigo é analisar o compartilhamento de provas e a transferência de processos entre os países, previstos na Convenção de Palermo e de Mérida, como ferramentas de otimização do combate ao crime organizado transnacional.

Para tanto, o plano de trabalho consistirá na averiguação da disciplina da matéria em Convenções como a de Palermo e a jurisprudência brasileira acerca dessas técnicas.

Não obstante, existem algumas dificuldades quanto ao compartilhamento de provas: há a tensão entre o direito à prova e as garantias processuais constitucionais do investigado/acusado, e, com relação à transferência de processos penais, existe a necessidade de compatibilização dessa ferramenta com a soberania dos estados, e a consequente territorialidade e indelegabilidade da jurisdição.

Com o intuito de enfrentar os problemas derivados da aplicação das referidas técnicas, serão apresentados, no segundo tópico, as características e o modo de utilização da transferência de processos criminais e de procedimentos investigatórios para a busca da jurisdição mais adequada – com vistas a implementar esse ideal de eficiência. Em seguida, no terceiro tópico, far-se-á uma incursão no tema referente ao compartilhamento de provas no âmbito penal e ao modo de equacionar a tensão entre os princípios processuais constitucionais e o direito à prova. No que tange à paridade de armas no processo, será também abordado o tema da possibilidade de produção de provas internacionais postuladas pela defesa no exterior, por intermédio da

cooperação jurídica internacional. Em arremate, no quarto tópico, serão apresentadas as conclusões.

2 TRANSFERÊNCIA DE PROCESSOS COMO FERRAMENTA PARA A BUSCA DA "JURISDIÇÃO MAIS ADEQUADA"

Conquanto a persecução penal esteja atrelada à jurisdição como manifestação da soberania estatal, exercida nos lindes de um território e de natureza indelegável, essa concepção rígida termina por inviabilizar a concretização do Direito Penal em casos mais complexos, como aqueles envolvendo os crimes transnacionais.

Afinal, os crimes transfronteiriços demandam o redimensionamento da noção de soberania, e, consequentemente, de jurisdição, a fim de que se busque a jurisdição mais adequada para o processamento e julgamento do processo – justamente a que garantir maior eficiência da prestação jurisdicional[3].

Com efeito, em alguns casos, as provas relevantes serão encontradas somente em um dos países com conexão para o processamento e julgamento do delito, ou seriam, de qualquer modo, mais bem colhidas em um determinado país.

No caso de jurisdição concorrente, revela-se necessário um acerto entre os estados para resolver esse conflito positivo de jurisdição, a fim de obstar a condenação de um acusado pelos mesmos crimes (*ne bis in idem*) e eliminar os malefícios à eficiência decorrentes da tramitação paralela de processos.

[3] Oportuna é a noção de soberania compartilhada exposta por Slaughter (2004).

Em outras situações, haverá a impossibilidade de extradição, a justificar a transferência do processo criminal ou do procedimento investigatório como único modo de assegurar a punição do acusado.

Enfim, adotar a concepção tradicional de jurisdição como emanada de uma noção de soberania engessada, que proscreve a transferência de processos a outros países, tornaria ineficiente a persecução penal e o sistema de justiça no que tange ao enfrentamento dos crimes organizados transnacionais.

Ressalte-se que o conceito de juiz natural vem sofrendo mutações ao longo dos anos, sendo certo que, na prática, se distancia da concepção original de impossibilidade de modificação da competência *ex post facto* por meio de delegação.

No afã de revisitar o referido princípio, dentro de uma visão dinâmica, Cabral (2021, p. 306) identificou o seu núcleo central na observância dos vetores da objetividade, da impessoalidade, da invariância das regras e das decisões sobre competência, além da previsibilidade e da controlabilidade do procedimento de atribuição ou da modificação de competência[4]. Portanto, a evolução ocorreu para além do núcleo de proteção do jurisdicionado contra o arbítrio estatal, de sorte a atender ao imperativo de eficiência, com base na busca da competência do juízo mais adequado.

Destarte, a modificação de competência (*rectius* jurisdição), por meio da delegação, não violaria o princípio do juiz natural, de acordo com esse conceito, pois a regra de transferência é prevista segundo

[4] Explica o autor "[...] procuramos identificar o seu núcleo essencial em torno de outros vetores – objetividade, impessoalidade, invariância das regras e decisões sobre competência – e ainda a previsibilidade e controlabilidade do procedimento de atribuição e modificação de competência" (CABRAL, 2021, p. 306).

critérios objetivos e impessoais em tratados multilaterais ou bilaterais, não ofendendo, outrossim, as garantias do direito de defesa do réu.

Aliás, um dos motivos ensejadores da transferência de processos é assegurar o melhor exercício dos direitos de defesa do réu no âmbito do processo penal. Nesse aspecto, como bem ressalta Lessa (2013, p. 167), a unificação dos processos reforçaria o exercício da ampla defesa ao reduzir os custos da defesa, permitindo ao réu refutar de modo mais eficiente todas as imputações realizadas.

No âmbito do Direito Internacional, pode-se falar, nessa vereda, em exercício da jurisdição dos estados em cooperação (MENDONÇA, 2021, p. 112), de modo racionalizado, derivado de uma soberania compartilhada (ABADE, 2013, p. 28), a viabilizar a eficiência da prestação jurisdicional.

Dessa forma, entende-se que o Estado com jurisdição originária estaria a gerir o exercício desse atributo da soberania ao transferir o exercício da persecução penal, para que o Estado com a competência adequada o faça[5] em seu nome, representando-o ao tutelar os interesses do Estado autor da transferência[6].

A despeito de não possuir um regramento interno geral acerca da transferência de procedimentos criminais, o Brasil é signatário de alguns tratados internacionais que versam sobre alguns crimes específicos, tais como a Convenção de Palermo (art. 21 do Decreto n. 5.015/2004) (BRASIL, 2004), quanto ao crime organizado transnacional; a Convenção de Viena (art. 4º, § 2º, do Decreto

[5] Nesse aspecto, conferir a concepção da transferência como ato de delegação em Ludwiczak (2013, p. 95).

[6] A transferência encerraria uma função de representação, tal como defende Alt-Maes (1992, p. 376-377).

n. 154/1991) (BRASIL, 1991), relativamente ao combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas; e a Convenção de Mérida (art. 47 do Decreto n. 5.687/2006) (BRASIL, 2006), no que tange ao combate à corrupção.

A Convenção de Palermo, em seu art. 21, prevê a possibilidade de cooperação com vistas à transferência de processo, procedimentos penais, contanto que estejam envolvidas as várias jurisdições e esteja presente a necessidade da centralização da instrução probatória para a boa administração da justiça (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004). O art. 47 da Convenção de Mérida (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2007), por sua vez, possui redação análoga.

Como é cediço, tais tratados, quando internalizados, adquirem *status* de lei ordinária federal, ostentando plena aplicabilidade no Brasil, embora fosse aconselhável uma disciplina interna procedimental mais detalhada do instituto da transferência de processos, com a enunciação dos requisitos.

O objetivo geral desse instrumento é assegurar a boa administração da justiça: almeja-se de modo específico alcançar a eficiência da coleta de provas, reprimir crimes transnacionais, obstar que um acusado seja condenado mais de uma vez pelos mesmos crimes, garantir o exercício adequado da ampla defesa, e, ainda, a eficácia da persecução nos casos em que esta seria inútil, em face da inviabilidade da extradição. Note-se que, nesse último caso, a transferência de processos é motivada pela recusa ou impossibilidade de extradição, como ocorre no caso de acusados e investigados nacionais, em que o propósito é obstar a falta de punição.

A natureza desse instrumento de cooperação jurídica internacional é a de um acordo entre estados, por meio das autoridades de persecução penal (MENDONÇA, 2021, p. 269), cujo escopo é a transferência da pretensão processual a outro país detentor de melhores condições para o processamento e julgamento da ação penal.

Assim, com a aceitação da transferência, o Estado requerente deve cessar a persecução, porquanto caberá ao Estado requerido a assunção do processo.

A assunção de procedimentos investigatórios e processos penais pelo Brasil encontra fundamento nos tratados celebrados e no preceituado no art. 7º, inciso II, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Alguns cuidados devem ser adotados, como a delimitação no ato concertado dos lindes da transferência do crime em questão, podendo haver disposições acerca do modo de colheita da prova em atenção às garantias do devido processo legal[7].

Por força do princípio acusatório, a cooperação jurídica para a transferência de processos na forma ativa deve ser requerida pelo Ministério Público à autoridade judicial, para que esta, mediante controle de legalidade, autorize a solicitação à autoridade central de cooperação internacional do seu Estado. Na forma passiva, as autoridades estrangeiras devem requerer ao Ministério Público a transferência dos processos.

Ressalte-se que, conquanto o Poder Executivo represente o Estado brasileiro no plano internacional, deve a iniciativa da

7 Perfilhando essa orientação, *vide* Mendonça (2021, p. 395).

transferência partir do *dominus litis*, no caso o Ministério Público, que apenas se dirige ao Poder Judiciário para o controle da legalidade do pedido de transferência de processos (MENDONÇA, 2021, p. 395).

E, pelo mesmo fundamento, não deveria caber ao Poder Judiciário tal iniciativa, não obstante o acordo acarretar uma transferência do exercício da jurisdição.

Na prática, os pedidos formulados pelo Ministério Público vêm sendo aceitos, como se depreende da decisão proferida no bojo da Ação Penal n. 863[8], autorizando a transferência de ações penais instauradas no exterior – França, Ilhas Jersey, Luxemburgo e Suíça – para o Brasil de acusado por crime de corrupção, com fulcro no preceituado no art. 7º, inciso II, alínea *a*, do Código Penal (BRASIL, 1940) e no art. 47 da Convenção de Mérida (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2007).

Indaga-se se o princípio da especialidade deve ser aplicado à transferência de processos. Nesse ponto, em decisão proferida no Inquérito Penal n. 4.146 (BRASIL, 2016), o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a possibilidade de transferência de procedimentos investigatórios provenientes da Suíça, afastando a alegação defensiva de falta de preenchimento do requisito da especialidade ante a ausência de limitações impostas pela autoridade

8 Ação Penal n. 863, relator Ministro Ricardo Lewandovski, proferida em 14 de maio de 2014 (BRASIL, 2017). Na decisão, foi deferida a pretensão formulada na petição apresentada pelo Ministério Público Federal autorizando a adoção para: (i) promover, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, do Ministério de Estado da Justiça, este na condição de Autoridade Central, a confirmação sobre a existência de procedimentos criminais em nome do investigado, bem como a realização da transferência dos procedimentos penais em trâmite na França, nas Ilhas Jersey, em Luxemburgo e na Suíça, instaurados contra o investigado e eventuais coautores ou partícipes, "a fim de que tais feitos tenham seguimento perante a Justiça brasileira"; e (ii) providenciar a repatriação, para o Brasil, "dos ativos bloqueados naqueles países, para que aqui fiquem bloqueados" até ulterior decisão judicial.

suíça. Em verdade, a defesa alegou que o réu não poderia ser denunciado pelo crime de evasão de divisas por inexistir a previsão de tal delito na Suíça.

Relativamente ao momento da transferência, considerando o caráter dinâmico da relação processual, em vista dos fatos que possam surgir no curso da ação, assiste razão a quem defende a possibilidade de transferência até o trânsito em julgado da decisão condenatória, quando se tratar da necessidade de instrução probatória (MENDONÇA, 2021, p. 112).

Não se desconhece, contudo, a transferência de pessoas condenadas com vistas à execução da pena e a execuções de sentença, as quais possuem como fundamento a efetividade da atividade executiva, caso em que seria admissível a transferência após o trânsito em julgado. Porém, trata-se de situação diversa da tratada no presente artigo.

De fato, como bem lembra Lessa (2013, p. 169), as convenções, como as de Palermo e a de Mérida, não operam a distinção entre processos judiciais e procedimentos penais, razão pela qual é possível admitir, com base em tais avenças internacionais multilaterais, a transferência das ações penais, e não somente de procedimentos investigatórios.

No Direito Estrangeiro, contudo, são encontrados exemplos de disciplina diversa, como na Itália, cujo Código de Processo Penal (ITALIA, 2020) prevê a possibilidade de transferência de procedimentos investigatórios somente até a propositura da ação penal.

Observa-se, por fim, que esse instrumento de cooperação jurídica internacional não é aproveitado em sua potencialidade em razão da falta de disciplina detalhada no Direito Interno e, sobretudo, em decorrência do desconhecimento pelos operadores do Direito (MENDONÇA, 2021, p. 395)[9].

Nessa diretriz, espera-se que esse instrumento seja mais utilizado pelos órgãos de persecução penal para atender a um ideal de eficiência na colheita da prova, com vistas à persecução penal com base na jurisdição mais adequada, de modo coordenado pelos países, e não somente nas hipóteses de inviabilidade de extradição.

A intensificação desse diálogo e da troca de informações permitiria uma análise conjuntural do crime organizado em suas múltiplas facetas, para o ajuste de uma estratégia coordenada de atuação, que pode representar, outrossim, uma repatriação mais célere de ativos quando se tratar de dano causado a um determinando país de modo específico, como ocorre nos casos de corrupção.

3 DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PARA A PRODUÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR: OS PROBLEMAS CONCERNENTES AO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS

No âmbito dos crimes organizados transfronteiriços, desponta a importância da produção probatória em países diferentes, a demandar o reforço da cooperação jurídica por meio de acordos multilaterais e bilaterais.

[9] O referido autor apresentou, na tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo – USP, o resultado de pesquisa empírica realizada no âmbito do Ministério Público Federal. Segundo essa pesquisa, a maioria dos membros da carreira desconhecia o funcionamento da transferência de processo penal e os procedimentos investigatórios como instrumento de cooperação jurídica internacional.

Os veículos utilizados para cooperação em matéria probatória são a carta rogatória, quando a medida postulada derivar de decisão judicial, e o auxílio direto[10], mais célere e desburocratizado, por prescindir do juízo de delibação.

O juízo de delibação enquanto filtro para o controle superficial em vista da aferição de requisitos formais e da compatibilidade com a ordem pública somente se justificaria para o controle das providências solicitadas por força de decisão judicial. No entanto, existe a possibilidade de ser prevista em tratado a dispensa do juízo de delibação[11] mesmo nesses casos.

Como bem acentua Aras (2019, p. 443), na prática, tais institutos teriam a mesma finalidade, inexistindo uma diferença substancial, especialmente na forma ativa, restando apenas algumas "dessemelhanças tópicas".

Justamente em decorrência da celeridade e da informalidade, assiste-se a uma intensificação do uso do auxílio direto entre as autoridades responsáveis pela persecução penal em diferentes países por meio de acordos multilaterais, como as Convenções de Palermo e de Mérida, bem como mediante tratados bilaterais, como os Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT.

[10] Além dos tratados, o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), inovando em relação ao anterior, apresenta a previsão do auxílio direto, em seus arts. 28 a 34, para pedido de medidas que não derivem de decisão judicial e, portanto, sem submissão ao juízo de delibação.

[11] Por meio de tratado, também pode ser prevista a dispensa do juízo de delibação para a eficácia de sentenças, como a regra do art. 20 do Protocolo de Las Leñas internalizado por meio do Decreto n. 6.891/2009, de eficácia extraterritorial de sentenças e laudos arbitrais nos estados signatários. Portanto, pode haver a previsão dessa dispensa em sede de decisões judiciais de produção de provas, por exemplo. Com isso, a diferença entre carta rogatória e auxílio direto torna-se ainda mais tênue (BRASIL, 2009).

O tema referente ao compartilhamento de provas, entretanto, traz à tona o desafio de equacionar a tensão entre o direito à prova, com vistas a viabilizar a persecução penal e as garantias processuais constitucionais do investigado ou acusado. Em acréscimo, existe ainda a tensão entre o direito à prova do acusado e a disciplina das regras do país encarregado de produzir a prova e prestar as informações.

Na realidade, o ponto nevrálgico do problema reside nas diferenças das regras referentes à coleta de provas nos diversos países que atuam em cooperação[12]. Cite-se, como exemplo, os casos de compartilhamento de provas produzidas no exterior, que, no Brasil, se submeteriam à reserva de jurisdição, tais como interceptações telefônicas e quebra do sigilo bancário.

No entanto, exigir uma simetria perfeita entre os ordenamentos jurídicos no âmbito da cooperação jurídica internacional redundaria na ineficácia da cooperação, com grave sacrifício ao princípio do acesso à justiça e ao dever de reprimir o crime organizado transnacional, assumido em tratados internacionais, porquanto fragilizado o direito à prova.

Isso porque impor a observância do Direito do país no qual o processo se desenvolve significa intervir nas regras internas do Estado que aceitou praticar um ato de cooperação.

Destarte, a adoção da *lex diligentiae* é informada primordialmente pelo respeito à soberania do Estado estrangeiro na adoção das regras de produção da prova e de confiança mútua. Não se deve olvidar, ainda, que a Constituição brasileira (BRASIL, 1988) encarta entre os fundamentos do Estado brasileiro a cooperação entre os povos

[12] A problemática é bem exposta por Ramos (2015, p. 685-703).

para o progresso da humanidade, base de todos os instrumentos de cooperação jurídica internacional.

Indaga-se qual seria o melhor critério para a escolha da lei de referência da prova penal: a lei do Estado no qual o processo original se desenvolve (*lex fori regit processum*) ou a lei do Estado estrangeiro no qual a diligência será realizada (*lex diligentiae*)?

Registre-se que a leitura das disposições das convenções da ONU não concede qualquer norte interpretativo para essa questão, ficando a cargo do Estado requerente definir as regras aplicáveis na aferição da admissibilidade das provas produzidas no exterior.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ evoluiu de uma postura mais refratária à admissibilidade das provas obtidas no exterior por meio de cooperação judiciária, em casos de falta de simetria com o sistema nacional, para uma posição de reconhecimento da *lex diligentiae.*

Como exemplo do posicionamento favorável à *lex fori processum,* pode-se mencionar a decisão adotada no julgamento da Suspensão de Segurança 2.382-SP (Superior Tribunal de Justiça – STJ) (BRASIL, 2011c), relativa a um pedido de quebra de sigilo bancário aos Estados Unidos da América – EUA, mediante auxílio direto.

Nessa esteira, houve a falta de reconhecimento da validade das provas, sob o fundamento de que a autoridade brasileira não poderia obter no exterior, pela via da colaboração jurídica internacional, o que lhe é vedado no exercício de competência própria, no respectivo país. Partiu-se da premissa de que deveria haver simetria quanto a essa garantia de proteção da privacidade.

Contudo, o entendimento que vem prevalecendo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é o de aplicação da *lex diligentiae*[13] na cooperação jurídica internacional, segundo o qual a Justiça brasileira pode usar provas obtidas no exterior em processos penais, desde que tenham sido obtidas legalmente, em conformidade com o ordenamento jurídico local e com base em acordo celebrado para a realização do auxílio direto.

Essa orientação se encontra fulcrada no preceituado no art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (BRASIL, 1942), o qual dispõe que, à prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro, aplica-se a lei vigente no referido país. Prestigia-se, desse modo, o princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais**.**

Compreende-se, pois, que o compartilhamento direto de dados bancários e a realização de interceptações telefônicas pelos órgãos investigativos por força da cooperação jurídica internacional não violariam a ordem pública, mesmo que, no Estado de origem, sejam obtidos sem prévia autorização judicial – se a reserva de jurisdição não é exigida pela legislação local, como no caso dos EUA.

A mesma orientação foi perfilhada no julgamento do Habeas Corpus n. 128.590-PR (BRASIL, 2011a) (Caso Rueda Bastos), tendo o STJ decidido que a oitiva de testemunha perante autoridade não

[13] Adotando esse entendimento de aplicação da *lex diligentiae*, conferir os arestos proferidos no julgamento do Agravo em Recurso Especial – AREsp n. 701.833/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 4 de maio de 2021, publicado no Diário da Justiça Eletrônico – DJe em 10 de maio de 2021, Habeas Corpus – HC n. 231.633, 5ª turma do STJ, Relator Ministro Jorge Mussi, publicado no DJe em 25 de novembro de 2014, Ação Penal – APn n. 856/DF, Corte Especial, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18 de outubro de 2017, Recurso Especial – REsp n. 1.610.124/PR, Agravo Regimental – AgRg no AgRg nos Embargos de Declaração – EDcl no AREsp n. 1243890/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª turma do STJ, publicado do DJe em 17 de setembro de 2018.

judicial (*deposition* estadunidense) não teria ofendido o devido processo legal, porquanto cumprida as regras do Estado incumbido da produção da prova (*lex diligentiae*). Em acréscimo, houve a concessão de oportunidade à defesa para apresentação de quesitos.

De acordo com a legislação de referido país, somente não seria admissível a prova produzida no estrangeiro se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, conforme a previsão do art. 17 da LINDB (BRASIL, 1942).

Nesse sentido, a ordem pública, compreendida como a "moral básica de uma nação" (DOLINGER; TIBÚRCIO, 2020, p. 446), composta pelos "princípios fundamentais jurídicos, econômicos, morais e sociais" de um país (BARROSO; TIBÚRCIO, 2013, p. 495), deve obstar a admissibilidade da prova produzida no exterior.

Dito isso, pode-se lançar a seguinte pergunta: os princípios reitores do devido processo legal de sede constitucional não estariam naturalmente inseridos no conceito de ordem pública, um paradigma, ao lado da soberania e dos bons costumes, que opera como um filtro axiológico da admissibilidade de provas produzidas no exterior?

Descartada a necessidade de uma perfeita simetria, ante a previsão da cooperação jurídica como um dos objetivos da República brasileira, pergunta-se: como seria possível analisar o nível de proteção equivalente outorgado pelos sistemas jurídicos estrangeiros?

Fato é que, aparentemente, inexiste no caso de sigilo bancário e telefônico o mesmo cuidado por parte das autoridades estrangeiras em face da falta de previsão da reserva de jurisdição, ainda que se admita a existência de um controle relativo à admissibilidade do

pedido de produção de prova, como ocorre nos EUA quanto à aferição da *probable cause* (nexo de causalidade).

A solução de exigir decisão judicial no Brasil para solicitar a quebra de sigilo tornaria a cooperação jurídica mais lenta ante a exigência, em princípio, de tramitação pelo uso de carta rogatória, por se tratar de decisão judicial[14].

No entanto, algumas diligências instrutórias inquestionavelmente violariam a ordem pública, tais como a oitiva de corréu como testemunha, a colheita de interrogatório sem assistência jurídica e a obtenção de confissão por meio de coação ou tortura.

Ante a indeterminação e a fluidez do conceito de ordem pública, faz-se imperiosa a sistematização de um conteúdo mínimo destinado ao controle adequado das provas provenientes do exterior por meio de instrumentos de cooperação jurídica internacional.

Esse seria um modo de temperar a teoria da *lex diligentiae* na aferição dos elementos probatórios. Com base na análise das decisões dos tribunais superiores, parece que nem todas as garantias constitucionais estariam incluídas no conceito de ordem pública como filtro axiológico do controle das provas produzidas no exterior.

Diante dessa celeuma, propõe Ramos (2021, p. 547-549), como solução para o controle das provas produzidas no exterior, a aplicação, no lugar da *lex fori* e da *lex diligentiae*, de um modelo universalista (ou da interpretação internacionalista) com o intuito de verificar o conteúdo e os limites dos direitos protegidos de acordo com parâmetros

[14] Consoante asseverado, poderá haver a previsão, por meio de tratado, dessa dispensa em sede de decisões judiciais de produção de provas, por exemplo.

internacionais, com base nas decisões de órgãos internacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, esse modelo universalista é o que mais se coaduna com os predicados da tolerância, da diversidade e da pluralidade, que caracterizam o Direito Internacional Privado (RAMOS, 2015, p. 699-700)[15].

Tal concepção é acompanhada por Bechara (2011, p. 59) e Müller (2016, p. 186), pontuando tais autores que deve ser aplicado um padrão normativo universal para o controle da validade e eficácia da prova produzida no exterior. No mesmo norte, Silva (2021, p. 219) propõe que haja a compilação de tais regras universais em uma lei geral de cooperação internacional para conceder uma orientação na redação de tratados internacionais.

Em verdade, esse modelo de construção de um padrão universal de princípios conferiria não só a tutela adequada dos direitos fundamentais como também garantiria maior segurança, reforçando a confiança nas relações de cooperação internacional. Nesse norte, a disciplina legislativa de um procedimento com tais parâmetros ou a sistematização em sede jurisprudencial pelos tribunais superiores seria de grande valia para tal desiderato.

Outro ponto polêmico é a tutela da paridade de armas na produção probatória no âmbito internacional.

[15] O referido autor descartou o uso da fórmula "primazia de norma probatória mais favorável ao indivíduo", dada a inviabilidade em um cenário de conflito. Ressalta a superioridade do modelo universalista pela coerência e consistência com a concepção internacionalista dos Direitos Humanos e pela existência de decisões internacionais que densificam os direitos envolvidos na produção probatória no exterior (RAMOS, 2015, p. 700).

Em alguns sistemas, como o adversarial estadunidense, observa-se que inexiste a previsão da possibilidade da cooperação para a produção de provas em favor da defesa. Ressalte-se, ainda, inexistir qualquer previsão no Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Brasil e os EUA (Decreto n. 3.810/2001) (BRASIL, 2001), motivo pelo qual a paridade de armas poderia ser vulnerada em decorrência da impossibilidade de produção de prova nos EUA postulada pela defesa.

Nessa diretriz, a solução encontrada em julgado no STJ[16] e na doutrina (MÜLLER, 2016, p. 137) é a de ser a providência requerida ao juiz para o encaminhamento como diligência determinada pelo juízo.

No entanto, tal solução não é perfeita, visto que as autoridades estadunidenses podem se recusar a produzir tal prova por concluírem que deriva de postulação da defesa.

Conclui-se, pois, que o ideal seria a previsão da possibilidade de produção de prova postulada pela defesa no bojo do MLAT, celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos.

4 CONCLUSÃO

Em um mundo em constante evolução, é imperiosa a adequação dos instrumentos de combate ao crime organizado aos novos contornos

[16] A este propósito, confira-se o Habeas Corpus n. 147.375/RJ42, no qual a concessão do *writ* foi negada sob o fundamento de que, não obstante a falta de previsão da produção probatória em favor da defesa no MLAT celebrado entre o Brasil e os EUA, o impetrante poderia solicitar ao juízo a produção da prova, e que este a solicitaria ao Estado requerido. Segue excerto do referido julgado: "2. Mesmo que os Estados Unidos da América não aceitem pedidos de prova requeridos pela defesa em face das peculiaridades do sistema da *common law* adotado, não há dúvidas de que inexistem impedimentos no direito pátrio a que o juiz solicite, por meio do acordo, as providências desejadas pelo acusado" (BRASIL, 2011b).

desse delito – dotado, na contemporaneidade, de uma dimensão transnacional.

Nessa toada, o combate ao crime organizado transnacional demanda a revisitação da noção de soberania estatal quanto ao exercício da jurisdição, de modo a reforçar o uso dos instrumentos de cooperação jurídica internacional.

Assim, a adoção de uma gestão judiciária internacional, compartilhada entre os países, é a que melhor atende ao ideal de eficiência da justiça penal relativamente ao crime organizado transnacional, sem se descurar da tutela dos direitos dos investigados e acusados.

Sob esse prisma, o uso de ferramentas como a transferência de processos e o compartilhamento de provas visa superar os óbices decorrentes da diversidade legislativa e da aplicação rígida das regras da jurisdição, assegurando uma produção probatória mais eficiente.

A soberania, interpretada sob as lentes da interdependência entre as nações com vistas ao combate ao crime organizado, é exercida de modo compartilhado.

A jurisdição, por sua vez, encontra-se alicerçada em uma noção de juiz natural mais flexível (CABRAL, 2021, p. 306), que permite a delegação, desde que preservado o núcleo essencial de objetividade, a invariância das regras, além da previsibilidade das normas de modificação da jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, em casos de pedido de transferência de processos e procedimentos penais, não tem criado óbices à aceitação

desse instrumento, afastando, inclusive, a especialidade, quando o país autor da transferência não impõe condições.

Nesse viés, existe uma enorme potencialidade do uso da transferência de processos como ferramenta para atender a um ideal de eficiência na colheita da prova, com vistas à persecução penal com base na jurisdição mais adequada: evita-se o *bis in idem* em caso de jurisdições concorrentes, além de otimizar a produção da prova no local em que essa atividade será mais proveitosa.

No entanto, esse instrumento é pouco utilizado na prática, merecendo ocupar um lugar de maior destaque no plano logístico da investigação do crime organizado transnacional.

Quanto ao compartilhamento de provas, o desafio é o encontro de um ponto de equilíbrio entre o direito à prova no âmbito da persecução e as garantias constitucionais, no embate entre a adoção da *lex fori* e da *lex diligentiae*.

A posição que vem prevalecendo no STJ de prestigiar a *lex diligentiae* é a que confere máxima efetividade à cooperação jurídica internacional, sem se descurar do exame da ordem pública.

Não obstante, seria recomendável a sistematização do núcleo de Direitos Humanos fundamentais para efeitos de cooperação, com base em decisões proferidas pelas cortes de Direitos Humanos.

Nessa toada, a elaboração de uma lei geral de cooperação jurídica internacional ou a sistematização de critérios nas decisões judiciais conferiria a segurança necessária ao controle da colheita de

prova realizada no exterior e um norte para a cooperação jurídica a ser cumprida pelo Brasil.

A produção de prova postulada pela defesa no âmbito da cooperação jurídica internacional encontra óbices em sistemas como o da Common Law*,* quando, igualmente, inexiste previsão nos acordos de assistência judiciária internacional em matéria penal (MLAT celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos).

A solução de determinar que a defesa postule ao juiz o encaminhamento como produção de prova do juízo não resolve de todo o problema, dada a probabilidade de recusa pelas autoridades estadunidenses. O ideal, portanto, seria a previsão dessa possibilidade no MLAT celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos.

Em suma, as perspectivas de aprimoramento dos instrumentos de cooperação jurídica internacional fomentam a esperança no combate eficiente do crime organizado transnacional, de sorte que as Convenções de Palermo e de Mérida não sejam reduzidas a meras "cartas de intenções", desprovidas de efetividade.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALLE, Saulo Stefanone. Produção probatória e cooperação jurídica internacional em matéria penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 425-452, jun. 2019.

ALT-MAES, Françoise. La délégation de compétence dans les conventions Européennes. *In*: BONNARD, Hervé (ed.). **Mélanges offerts à Georges Levasseur**: droit pénal, droit européen. Paris: Litec, juin 1992. p. 373-392.

ARAS, Vladimir. Direito probatório e cooperação penal internacional. *In*: SALGADO, Daniel Resende de; QUEIROZ, Ronaldo P. (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspordivm, 2019. p. 423-469.

BARROSO, Luis Roberto; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

BECHARA, Fabio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 154 de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, DF, Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 3.810, de 2 de maio de 2001**. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América [...]. Brasília, DF, Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 6.891, de 2 de julho de 2009**. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6891.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 128.590 – PR**. Habeas-corpus substitutivo de recurso especial [...]. Relator: Min. Gilson Dipp, 15 de fevereiro de 2011a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900269802&dt_publicacao=28/02/2011. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 147.375 – RJ**. Habeas corpus. Evasão de divisas (artigo 22 da lei 7.492/1986) [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 22 de novembro de 2011b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=11350&seq_documento=4621997&data_pesquisa=19/12/2011&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de segurança n. 2.382 – SP**. Suspensão de medida liminar em mandado de segurança. Cooperação internacional em matéria penal [...]. Relator: Min. Presidente do STJ, 2 de março de 2011c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001556676&dt_publicacao=23/09/2011. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Ação Penal n. 863 São Paulo**. Penal e processual penal. Ação penal originária. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de maio de 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369. Acesso em: 1º mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4.146 Distrito Federal**. Inquérito [...]. Relator: Min. Teori Zavascki, 22 de junho de 2016. Disponível: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11786520. Acesso em: 7 mar. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2003, Mérida. **Convenção** [...]. Brasília, DF: UNODC, 2007. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen Lemos. **Direito Internacional Privado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARDOCKI, Lech. Transfer of proceedings and transfer of prisioners as new forms of Interational Cooperation. *In*: ESER, Albin; LAGODNY, Otto. **Principles and procedures for a new transnational criminal law**. Freiburg In Breisgau: Max Planc Instituto, 1992.

GIACOMOLLI, Nereu José; DIETTRICH, Eduardo Dalla. Necessidade e Limites na Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Criminal: Ordem Pública e Especialidade. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, n 53, p. 99-129, abr./jun. 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; DIETRTRICH, Eduardo Dalla Rosa. Necessidade e limites da cooperação jurídica internacional: ordem pública e especialidade. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 257-282.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. [Brasília, DF]: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html. Acesso em: 2 mar. 2022.

ITALIA. **Codice di procedura penale**: parte seconda: libro undicesimo: rapporti giurisdizionali con autorita' straniere: titolo IV bis. Roma: Wolters Kluwer, 2020. Disponível em: https://www.altalex.com/documents/news/2017/10/30/trasferimento-dei-procedimenti-penali. Acesso em: 1 mar. 2022.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. **Persecução Penal e Cooperação Jurídica direta pelo Ministério Público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

LUDWICZAK, Maria. **La délégation internationale de la compétence pénale**. Genève: Schulthess, 2013. (Collection genevoise. Droit international). Disponível em: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83228. Acesso em: 2 mar. 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos*.* 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book.*

MÜLLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro***.* 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

NOVELLA, Galantini. Il divieto di doppio processo come diritto della persona. **Rivista italiana di dirito e procedura penale**, Milano, v. 24, p. 97-121, genn./mar. 1981.

NOVELLA, Galantini. Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella reforma dei rapporti giurisdizionali com autoritá straniere. **Rivista italiana di diritto e procedura penale***,* Milano, fasc. 2, apr./ giugno 2018.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; KOSAK, Ana Paula. A cooperação jurídica internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos e o direito à prova. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 123, n. 29, p. 271-291, jan./fev. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da lex fori e a lex diligentiae. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 684-703, jul./dez. 2015.

SILVA, Arício Vieira da. **A cooperação penal internacional e o compartilhamento de provas à luz da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica**: legalidade da prova obtida no exterior. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Escola de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9889. Acesso em: 2 fev. 2022.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and power in a networked world order. **Stanford Journal of International Law**, [*s. l.*], v. 40, n. 2, p. 283-327, June 2004. Disponível em: https://www.law upenn.edu/live/files/1647-slaughter-annemarie-sovereignty-and-power-in-a. Acesso em: 7 fev. 2022.

SOUZA, Isac Barcelos de. Equipes conjuntas de investigação e obtenção transnacional de elementos de informação. *In*: SALGADO, Daniel Resende de; KIRCHER, Luiz Felipe; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 145-164.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2000, Vienna. **Convention** [...]. New York: UNODC, 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.186

A UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL E AO TERRORISMO: LIMITES E PERSPECTIVAS

THE USE OF FACIAL RECOGNITION AS A INSTRUMENT TO FIGHT TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME AND TERRORISM: LIMITS AND PERSPECTIVES

FABIO NUNES DE MARTINO
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2000). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS (2020). Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (2021) e mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Atualmente é juiz federal – Seção Judiciária do Paraná.
https://orcid.org/0000-0003-1561-9976

RESUMO

Para enfrentar os desafios gerados pela constante atuação do crime organizado transnacional e das organizações terroristas, os estados se viram obrigados a utilizar novos mecanismos de investigação com o objetivo de tornar mais eficiente a atividade de prevenção e de repressão a esses delitos. Entre os mecanismos, encontra-se o reconhecimento facial automatizado. Partindo desse contexto, este artigo pretende fazer uma análise da utilização dessa tecnologia como ferramenta voltada ao apoio das agências de investigação na prevenção e na repressão da criminalidade organizada e do terrorismo internacional, incluindo uma abordagem sobre a existência de limites técnicos, práticos e jurídicos, bem como expondo as perspectivas para a compatibilização do uso dessa ferramenta de investigação com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Palavras-chave: reconhecimento facial; eficiência; limites; direitos fundamentais; cooperação judicial internacional.

ABSTRACT

In order to face the challenges generated by the constant activity of transnational organized crime and terrorist organizations, States were forced to use new investigative mechanisms with the objective of making the activity of preventing and repressing these crimes more efficient. Among these mechanisms is automated facial recognition. Based on this context, this article intends to analyze the use of this technology as a tool aimed at supporting investigative agencies in the prevention and repression of organized crime and international terrorism, including an approach to the existence of technical, practical and legal limits, as well as exposing the perspectives for making the use of this research tool compatible with the protection of the fundamental rights of individuals.

Keywords: facial recognition; efficiency; limits; fundamental rights; international judicial cooperation.

Recebido: 13-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A evolução do combate ao crime organizado transnacional e ao terrorismo operada através do aprimoramento da cooperação internacional e da implementação de novas tecnologias de investigação. 3 Identificação biométrica e reconhecimento facial: conceitos e possibilidades. 4 Limites técnicos ao uso do reconhecimento facial. 5 Limites práticos relacionados à utilização do reconhecimento facial. 6 Limitações jurídicas: o reconhecimento facial viola direitos

fundamentais? 7 Perspectivas e caminhos para o uso eficiente do reconhecimento facial. 8 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diante da evolução das práticas criminosas transnacionais e do terrorismo nas últimas décadas, os países se viram obrigados a aprimorar as estratégias de combate a essas organizações criminosas, incluindo a utilização de novas tecnologias de investigação e, também, o aperfeiçoamento da cooperação internacional entre as agências de persecução penal.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva analisar a utilização da tecnologia do reconhecimento facial automatizado como ferramenta voltada ao apoio das agências de investigação na prevenção e na repressão da criminalidade organizada e do terrorismo internacional, incluindo uma abordagem sobre a existência de limites técnicos, práticos e jurídicos, bem como as perspectivas para a compatibilização do uso dessa ferramenta de investigação com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Para alcançar esse objetivo, inicialmente será exposto um panorama sobre a evolução do combate ao crime organizado transnacional e do terrorismo através da implementação de novas técnicas de investigação e do aperfeiçoamento da cooperação internacional entre as nações.

Na sequência, serão aprofundados os conceitos e as possibilidades de utilização desse mecanismo de identificação biométrica na prevenção e repressão da criminalidade organizada.

Partindo dessa exposição geral sobre o funcionamento do reconhecimento facial voltado para o auxílio à segurança pública, o artigo buscará traçar limitações técnicas, práticas e jurídicas à implementação dessa tecnologia.

No que se refere aos limites técnicos, com base em pesquisas de campo e científicas, serão abordadas as dificuldades dessa ferramenta na correta identificação dos indivíduos, incluindo as limitações decorrentes da má qualidade da imagem captada e, também, os vieses raciais e de gênero que decorrem de falhas relacionadas à programação dos algoritmos ou mesmo ao seu treinamento falho.

No capítulo referente aos limites práticos, serão abordados os requisitos necessários para que essa tecnologia possa ser utilizada de forma eficiente no combate ao crime organizado transnacional e ao terrorismo. Esses requisitos abrangem, por um lado, a necessidade da existência de um banco de dados completo que contenha o maior número possível de padrões faciais arquivados e, também, que haja efetiva integração entre as agências de persecução penal de forma que as informações sejam compartilhadas sem maiores burocracias, mas com respeito à proteção dos dados sensíveis.

O terceiro bloco de limitações abordado pelo texto se refere às limitações jurídicas. Nesse bloco, serão ponderadas relevantes preocupações externadas por vários estudiosos do assunto no sentido de que o reconhecimento facial tem grande potencial de colocar em risco os direitos fundamentais dos cidadãos.

Em seguida, tendo sedimentado as principais críticas feitas com relação à tecnologia, será exposto um panorama atual sobre a utilização do reconhecimento facial automatizado para fins de segurança pública no Brasil e no mundo, incluindo o debate sobre o seu banimento ou

seu uso com limites estritos. Serão ainda delimitados caminhos para o melhor uso dessa relevante ferramenta para investigações criminais, incluindo a necessidade de aprimoramento técnico dos programas, a fixação de limites legais que possibilitem o controle na utilização da tecnologia e, também, a necessidade de aperfeiçoamento da legislação brasileira de proteção e transferência de dados na seara penal, de forma que eleve os *standards* de proteção de dados e, assim, compatibilize-se com legislações estrangeiras mais evoluídas sobre o assunto.

Por fim, a conclusão de forma sintética fará um apanhado das dificuldades e dos caminhos propostos pelo estudo, sempre com o objetivo de compatibilizar a utilização de novas tecnologias de investigação com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

2 A EVOLUÇÃO DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL E AO TERRORISMO OPERADA ATRAVÉS DO APRIMORAMENTO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E DA IMPLEMENTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS DE INVESTIGAÇÃO

A intensificação do fenômeno da globalização nas últimas décadas fez com que fossem derrubadas fronteiras geográficas, sociais, culturais, políticas e econômicas entre pessoas e instituições, modificando por completo as relações internacionais. Esse fenômeno, em grande parte, viu-se estimulado pelos avanços tecnológicos nas áreas das comunicações e da informática, bem como pela evolução dos meios de transporte de longa distância, fatores esses que conjuntamente permitiram o desaparecimento da distância e do tempo em diversas áreas da atividade humana (ZAVASCKI, 2010, p. 9).

Dentro dessa nova realidade mundial, Valente (2013, p. 75) defende que toda essa mudança fez com que os cidadãos deixassem de se sentir vinculados espacialmente a uma sociedade específica, para que cada vez mais passassem a se sentir como integrantes de um todo – ou, em outras palavras, "o viver de cada cidadão é, cada vez mais, um viver como cidadão do mundo".

Esse novo formato do globo também transformou a dinâmica dos crimes que deixaram de ser apenas locais para se transformarem em regionais ou mesmo internacionais (VALENTE, 2013, p. 76) e passassem a afetar bens jurídicos transindividuais, dentre os quais se incluem o meio ambiente, a segurança pública, o sistema financeiro e a ordem econômica (ANDREATO, 2016, p. 147).

Até os crimes mais simples acabam ganhando um contorno internacional. Para isso basta que se imagine que um crime ocorrido no Brasil e que seja praticado por brasileiros contra brasileiros pode exigir para a sua resolução que as autoridades de persecução penal brasileiras acessem dados que estejam localizados no exterior (VIOLA; HERINGER; CARVALHO, 2021, p. 2), o que demonstra que atualmente os dados pessoais transitam naturalmente por todo o mundo sem maiores limitações pela divisão territorial existente.

Observa-se que todas essas mudanças que ocorreram em escala global, e foram benéficas em diversos campos da sociedade, também favoreceram o crime organizado, que se aproveitou da globalização para expandir os seus negócios, que deixaram de ser regionais para alcançarem uma escala mundial (SAADI, 2016, p. 141).

A globalização também modificou a dinâmica do crime de terrorismo que inicialmente se vinculava a movimentos clandestinos locais com o objetivo de libertação nacional e passaram a ser

internacionalizados, afetando por muitas vezes a paz e a segurança das nações (SOUZA, 2016, p. 164). Inclusive, esse fenômeno passou a ser alvo de maiores preocupações dos estados a partir de atentados contra a vida de pessoas indeterminadas, tendo o seu ápice com o atentado das Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001 (VALENTE, 2013, p. 85).

Toda essa expansão da criminalidade organizada e do terrorismo internacional exigiu que os estados fossem obrigados a aperfeiçoar as formas de cooperação e, também, que novas medidas investigativas passassem a ser utilizadas com o objetivo de enfrentar o grande desafio.

No que diz respeito ao aperfeiçoamento da cooperação internacional, verifica-se que, em resposta a essa nova criminalidade que surgiu a partir da globalização mundial, tornou-se necessária a implementação de acordos internacionais de auxílio mútuo em matéria penal em substituição às tradicionais formas de cooperação que utilizam das vias diplomáticas e das autoridades centrais. Assim, a cooperação direta entre os estados se mostrou um relevante instrumento de aproximação entre os diversos órgãos de persecução penal (LESSA, 2016, p. 117).

Diariamente, novos acordos, bilaterais ou multilaterais, disciplinando a cooperação jurídica internacional em matéria penal, são celebrados, o que diminui a utilização das cartas rogatórias e agiliza a efetivação da cooperação entre os países (ANDREATO, 2016, p. 149).

Ao tratar do combate ao terrorismo internacional, Valente (2013, p. 76-78, 90) defende que a cooperação multilateral ou bilateral é fundamental para prevenir atos terroristas ou para identificar os seus autores, desde que respeitada toda a legislação vigente. O autor ainda

sustenta que mais do que uma cooperação judicial entre as nações, deveriam ser criados espaços supranacionais em que se pudesse dar uma resposta tanto no âmbito do Direito Penal Material como no âmbito do Processo Penal.

Diante desse cenário, atualmente existem duas formas principais de cooperação entre as nações: através da inteligência policial e da cooperação jurídica internacional. As cooperações realizadas pelos estados mediante a inteligência policial podem se dar por intermédio das polícias[1], dos ministérios públicos ou mesmo por unidades de inteligência financeira. Já as medidas que demandam análise pelo Poder Judiciário devem se utilizar dos mecanismos da cooperação jurídica internacional (SAADI, 2016, p. 142-143).

Diante de uma realidade permeada por uma descomunal quantidade de dados disponíveis, torna-se muito importante a atividade de inteligência dos estados, visto que é necessário o processamento desses dados para que sejam possíveis as tomadas de decisão, especialmente aquelas preditivas que permitam uma atuação antecipada por parte do Estado (ALVES, 2018, p. 1-6).

Dentro da cooperação jurídica internacional, houve uma evolução com o passar dos anos em que se buscou formas menos burocratizadas de cooperação, especialmente retirando-se qualquer participação política desse processo que, nesse novo formato, privilegia a cooperação direta entre os órgãos de persecução penal dos estados envolvidos.

[1] Por exemplo, através da Interpol ou das adidâncias existentes em diversos países.

Zavascki (2010, p. 10) bem dimensiona a questão:

> Nesta área, a agilidade das condutas ilícitas e a eficácia transnacional de seus resultados se mostravam diretamente proporcionais à ineficiência e à insuficiência dos antigos e tradicionais mecanismos de cooperação utilizados entre os estados, visando combatê-las, consistentes em instrumentos formais e burocratizados, em geral intermediados por órgãos do Judiciário de cada país. Por isso mesmo, inúmeros acordos e tratados celebrados em tempos recentes, em âmbito bilateral e multilateral, dos quais o Brasil também é signatário, buscaram instituir um novo padrão de cooperação, mediante criação de instrumentos mais compatíveis com as exigências dos novos tempos. Construiu-se, assim, um sistema de cooperação jurídica em que os instrumentos tradicionais, notadamente o das cartas rogatórias, passaram a conviver com formas mais modernas, instituídas por fontes normativas de Direito Público Internacional. (ZAVASCKI, 2010, p.10).

Assim, a adoção por parte das nações de mecanismos que possibilitassem uma cooperação mútua mais desburocratizada surgiu da necessidade de criação de um sistema que permitisse que os órgãos de persecução penal estabelecessem comunicação eficiente, troca de informações, compartilhamento de provas e execução de medidas preventivas, investigatórias, instrutórias ou acautelatórias (ZAVASCKI, 2010, p. 12).

Apesar de ser evidente que um dos valores buscados pela cooperação internacional seja a eficiência da persecução penal, não se pode esquecer que essa busca não pode de forma alguma deixar de lado os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, deve-se abandonar aquela ideia inicial de que os acordos de cooperação deveriam ser vistos exclusivamente sobre um olhar bidimensional,

na medida em que visavam unicamente os interesses dos estados envolvidos. Atualmente, exige-se que esses acordos sejam vistos a partir de uma dimensão tridimensional em que, além dos interesses dos estados, devem ser tutelados os direitos fundamentais garantidos aos indivíduos (GRINOVER, 1995, p. 43-44).

Compartilhando sobre a mesma preocupação, Valente (2013, p. 87), ao analisar a cooperação judiciária europeia e internacional em matéria penal, pontua que a proteção efetiva dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos constituem limites intransponíveis[2].

A reação dos estados para enfrentar esse novo fenômeno da criminalidade transnacional não parou apenas no aprimoramento da cooperação internacional para fins penais, evoluindo também no campo dos novos meios de investigação que se fizeram necessários para que as atividades de prevenção e instrução processuais fossem mais efetivas.

Assim, o avanço do crime organizado transnacional e do terrorismo também obrigou os estados a buscarem meios de obtenção de prova especializados que fossem capazes de proporcionar investigações mais eficientes, tais como interceptações telefônicas e ambientais, infiltrações policiais, videovigilância e rastreio digital (VALENTE, 2017, p. 474-475).

Além de todas essas medidas, é inegável que, com o avanço tecnológico, multiplicaram-se as possibilidades para uma investigação criminal, seja pelo fato de hoje em dia existir uma imensa quantidade de dados pessoais coletados nas atividades cotidianas das pessoas,

[2] Seguindo a mesma linha, Cervini (2013, p. 70), ao analisar o protocolo de assistência penal no âmbito do Mercosul, defende que o acordo sempre seja interpretado com a necessidade de integral respeito aos direitos fundamentais do homem.

seja pelo fato de que qualquer conduta delituosa acaba de alguma forma deixando uma pegada digital e isso abre possibilidade para a atuação dos órgãos de persecução (FERREIRA, 2021, p. 117-119).

Esse contexto exige que a tecnologia seja de fato empregada nas investigações criminais, especialmente através do legítimo tratamento de dados pessoais coletados dos indivíduos com a finalidade de prevenir ameaças geradas pela criminalidade organizada e pelo terrorismo (ARAS, 2020, p. 25).

Dessa forma, o uso de dados pessoais se mostra atualmente em crescente evolução, não apenas para auxiliar na colheita de provas no âmbito do processo penal, mas principalmente na utilização preventiva de todos esses dados para auxiliar na atuação dos órgãos de persecução penal. Esses dados muitas vezes são colhidos de forma massiva e processados por sistemas de inteligência artificial que buscam categorizar grupos e indivíduos com propensão à criminalidade. Entre esses novos usos, podem ser citados a polícia preditiva, as diversas tecnologias de vigilância e o processamento de dados com o objetivo de investigar crimes específicos (FERREIRA, 2021, p. 130).

A polícia preditiva se destaca entre esses usos objetivando prever áreas de criminalidade ou pessoas com alguma predisposição aos crimes a partir de dados históricos processados por algoritmos. Para auxiliar nesse processo são associadas diversas tecnologias, como o reconhecimento facial e o uso de drones e de sensores de ambiente (AZEVEDO; DUTRA, 2021, p. 254).

Por todo o exposto, verifica-se a evolução dos instrumentos de investigação e de cooperação entre os estados com a finalidade de enfrentar a nova realidade da criminalidade transnacional que se consolidou em um mundo globalizado.

Na sequência, será aprofundado o estudo sobre um desses novos instrumentos surgidos para auxiliar a persecução penal: o reconhecimento facial. Serão abordados conceitos gerais e aportes teóricos necessários para a compreensão desse novo mecanismo, incluindo a sua importância como uma eficiente ferramenta para a prevenção e para a investigação de crimes e, ainda, serão expostas as suas principais limitações no contexto mundial atual.

3 IDENTIFICAÇÃO BIOMÉTRICA E RECONHECIMENTO FACIAL: CONCEITOS E POSSIBILIDADES

A biometria pode ser conceituada como um mecanismo de reconhecimento das pessoas através dos traços morfológicos ou comportamentais (JAIN; PANKANTI, 2008, p. 78). Dentre os métodos que utilizam padrões morfológicos ou fisiológicos, podem ser citados, por exemplo, aqueles que usam impressões digitais, características da íris ou geometria da mão. Já os métodos que utilizam o comportamento humano abrangem, por exemplo, análise dos padrões da fala e a forma de assinatura do indivíduo[3] (MATA, 2020, p. 124).

Para o correto funcionamento de um sistema biométrico, exige-se que as características sejam individualizáveis em cada pessoa, além de ser necessário que os traços analisados não sofram mudanças significativas ao longo dos anos (JAIN; PANKANTI, 2008, p. 79).

Além disso, deve-se compreender que todos esses métodos não são infalíveis, sendo fundados predominantemente em análises

[3] Atualmente, existem diversas tecnologias voltadas à identificação biométrica, sendo que os principais métodos foram classificados pela Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial em três grupos: 1) sistemas de impressão digital; 2) sistemas de identificação de íris, DNA e face; e 3) sistemas de reconhecimento de voz (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010, p. 61).

probabilísticas e, também, é necessário que sejam corretamente utilizados de acordo com a finalidade pretendida, não existindo um único método que seja adequado para todas as necessidades (JAIN; PANKANTI, 2008, p. 78-81).

Atualmente, os métodos de identificação biométrica são utilizados de forma automatizada, através de sistemas computacionais que capturam e codificam as características morfológicas ou comportamentais dos indivíduos (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010, p. 60).

Uma das formas de identificação biométrica que vem sendo desenvolvida e utilizada atualmente é o reconhecimento facial. Essa modalidade, embora tenha se originado na década de 1960, passou por grande evolução após os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos (NUNES *et al*, 2016, p. 123).

Em termos gerais, essa técnica se utiliza da captação da imagem dos rostos dos indivíduos e, na sequência, um *software* auxiliado por algoritmos realiza o mapeamento matemático dessas imagens e os compara com padrões armazenados em bancos de dados (BIG BROTHER WATCH, 2018, p. 6). No mapeamento dos traços faciais de cada indivíduo, são considerados cerca de 80 pontos nodais, sendo que as relações existentes sobre esses pontos geram uma geometria espacial única, que é armazenada em forma de dados (MENA, 2018).

Em geral, os sistemas de reconhecimento facial seguem etapas durante o processo de reconhecimento. Inicialmente, ocorre a detecção do rosto, o qual é seguido pela extração e conversão em dados, para finalmente ocorrer a comparação com os bancos de dados existentes (KLARE *et al*, 2012, p. 3).

Essa tecnologia pode ser usada tanto para a verificação como para a identificação das pessoas. Os sistemas que objetivam a verificação basicamente comparam os dados capturados com os dados daquele mesmo indivíduo que estejam armazenados em um banco de dados. Os sistemas de identificação são um pouco mais elaborados, pois não partem de um indivíduo específico para comparar com os dados captados de uma face. Nesse sistema, são comparadas as informações extraídas do rosto de um indivíduo com informações de diversos indivíduos existentes em um banco de dados (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010, p. 61).

Tanto a identificação como a verificação têm um grande potencial de auxílio na área da segurança pública, abarcando o policiamento preventivo, as investigações criminais e o combate ao terrorismo. A potencialidade desse novo instrumento tecnológico na persecução penal somente se desenvolveu graças à recente expansão das capacidades de coleta, armazenamento e processamento de dados, ao aumento dos dispositivos de captação de imagens e ao aprimoramento dos algoritmos de inteligência artificial[4] (BUOLAMWINI *et al*, 2020, p. 7).

Desta forma, verifica-se que o reconhecimento facial possui características que são valiosas para a atuação na segurança pública e na prevenção do terrorismo, especialmente pelos avanços tecnológicos que permitem uma enorme e constante captação de imagens com boa qualidade através de câmeras de vigilância espalhadas por todo o mundo. Além desse ambiente favorável à colheita de dados, também deve ser mencionado que essa forma de identificação biométrica permite que as autoridades públicas realizem um controle a distância

[4] Tanto a evolução da tecnologia de captação de imagens por máquinas digitais como a evolução da internet possibilitaram a formação de imensos bancos de dados de imagens que foram fundamentais para o treinamento dos algoritmos de reconhecimento facial e, consequentemente, para o desenvolvimento dessa tecnologia (LESLIE, 2020, p. 12).

sem que os indivíduos tenham ciência da realização do monitoramento (NUNES *et al*, 2016, p. 114).

Nesse ponto, o reconhecimento facial possui características positivas para a identificação biométrica, incluindo a universalidade, a aceitabilidade e, principalmente, a coletabilidade, pois não exige a cooperação do indivíduo para a obtenção dos dados[5] (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2014, p. 44-46).

Expostos os contornos gerais do reconhecimento facial e a sua importância para a atividade persecutória, verificar-se-á nos próximos capítulos as limitações técnicas, práticas e jurídicas para a aplicação dessa tecnologia na persecução penal.

4 LIMITES TÉCNICOS AO USO DO RECONHECIMENTO FACIAL

Embora os programas de reconhecimento facial tenham evoluído muito nos últimos anos[6], estudos demonstram que essa tecnologia ainda comete muitas falhas quando utilizada em tempo real para identificar um indivíduo entre muitos.

Por exemplo, pesquisa realizada no País de Gales constatou um índice de 91% de correspondências equivocadas dentro de um total de 2.685 correspondências realizadas pelo sistema. A situação se mostrou

[5] Diferente, por exemplo, da utilização de impressão digital, que exige que a colheita se dê de forma física e com a anuência do indivíduo (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010, p. 61).

[6] Nesse sentido, pode ser citado estudo elaborado pelo Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia dos Estados Unidos – Nist, que realizou uma simulação para verificar a utilização do reconhecimento facial no controle de passageiros de 567 voos simulados, tendo obtido uma eficácia de 99,5% no reconhecimento facial positivo, em que se compara se uma determinada pessoa está presente em um banco de dados (GROTHER *et al*, 2021, p. 3-5).

ainda mais grave na atuação da Polícia Metropolitana do Reino Unido, na qual foi observado um índice de 98% de correspondências erradas (BIG BROTHER WATCH, 2018, p. 29).

Esses números são muito preocupantes se pensarmos que na área da segurança pública e da prevenção do terrorismo se necessita exatamente que os sistemas de reconhecimento facial sejam programados para identificar um indivíduo entre muitos em tempo real.

Ao se analisar um panorama geral sobre os estudos relacionados aos programas de reconhecimento facial, verifica-se que as principais causas de erros do sistema decorrem da má qualidade da imagem captada, estando normalmente relacionadas à iluminação da imagem, ao ângulo obtido ou a eventuais expressões contidas na face[7] (KLARE *et al*, 2012, p. 1).

Em geral, os sistemas de reconhecimento facial são extremamente precisos quando utilizados em condições favoráveis. Assim, quando a captação da imagem é frontal, com uma boa iluminação e com a expressão da face neutra, a acurácia dos sistemas é maior, o que não ocorre quando a imagem da face é captada com alterações na pose, na iluminação ou quando a pessoa está utilizando acessórios faciais ou tem barba (JAIN; PANKANTI, 2008, p. 80).

Embora venham sendo desenvolvidos programas voltados a aprimorar a detecção e o reconhecimento das faces e, consequentemente, que possam superar todas essas dificuldades (SATO *et al*, 2005, p. 28-31), as limitações no uso dessa tecnologia ainda são relevantes. Nesse sentido, estudo capitaneado por Klontz e

[7] Por exemplo, se a imagem captada tiver um sorriso ou estiver com os olhos fechados, isso gerará dificuldades na atuação dos sistemas de reconhecimento facial (MATA, 2020, p. 131).

Jain (2013, p. 91-94) analisou fotografias de suspeitos do atentado de Boston ocorrido em 2013 e verificou que a baixa qualidade das fotos extraídas de filmagens e a existência de óculos na face dos suspeitos dificultam a eficácia do processo de identificação.

Outro ponto que gera inúmeras dificuldades ao funcionamento dos programas de reconhecimento facial diz respeito às decisões enviesadas geradas pela programação dos algoritmos.

Os sistemas de reconhecimento facial automatizados se utilizam de algoritmos para o seu correto funcionamento. E são usados algoritmos inteligentes capazes de criar algoritmos e, consequentemente, escrever seus próprios programas – o que se convencionou denominar como *machine learning* (MENDES; MATTIUZZO, 2019, p. 44). Em outras palavras, a técnica de *machine learning* utiliza algoritmos para coletar e interpretar dados. Mas para que isso funcione, é necessário que processe um grande volume de dados que permitam o aprendizado do algoritmo (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, p. 639).

Embora os algoritmos partam de uma importante premissa de buscar decisões mais objetivas que fujam do subjetivismo e da arbitrariedade (QUATTROCOLO, 2019, p. 1528), nem sempre isso acontece, seja por falhas na própria programação ou mesmo no treinamento dos algoritmos (MENDES; MATTIUZZO, 2019, p. 51-54).

No âmbito do reconhecimento facial, estudos verificaram que, em muitas ocasiões, os sistemas foram programados a partir de pressupostos técnicos que privilegiavam a pele clara, como ocorreu na evolução da tecnologia das fotografias (LESLIE, 2020, p. 6, 14). Assim, a falha na própria programação dos algoritmos é capaz de gerar erros no sistema de reconhecimento facial, especialmente aqueles relacionados

ao reconhecimento de pessoas negras[8] e de mulheres (BUOLAMWINI; GEBRU, 2018, p. 11).

Nesse sentido, uma pesquisa liderada por Buolamwini e Gebru (2018, p. 11) analisou diversos algoritmos de reconhecimento facial e constatou que a precisão dos sistemas são piores em relação às mulheres e aos negros. Os números são preocupantes e revelam, por exemplo, uma diferença de até 20,6% de erros no reconhecimento de mulheres em relação aos homens e de até 19,2% de erros no reconhecimento de pessoas negras em relação a pessoas brancas.

Além de falhas na programação dos algoritmos, muitas vezes os vieses verificados nos sistemas decorrem de falhas nos treinamentos dos algoritmos. Assim, o aprimoramento dos sistemas de reconhecimento facial depende de efetivo treinamento que se dá através do processamento de milhões de imagens de rostos (GATES, 2014, p. 12). Ocorre que, no treinamento dos programas de reconhecimento facial, muitas vezes são usados bancos de dados que representam de forma preponderante grupos sociais e raciais dominantes, deixando uma menor participação para grupos marginalizados, o que gera, por consequência, uma piora na qualidade do sistema (LESLIE, 2020, p. 13-17).

Para comprovar esse fator de ineficiência dos sistemas, foi realizada pesquisa pelo Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia dos Estados Unidos – Nist, que verificou a maior ocorrência de erros do sistema em relação a negros, asiáticos, mulheres, crianças e idosos. Entre as conclusões da pesquisa, chama a atenção a

[8] Caso que se tornou rumoroso nos Estados Unidos ocorreu após a prisão de Robert Julian Borchak Williams em Detroit, em janeiro de 2020. A prisão de Williams, que é negro, decorreu de um alerta equivocado do sistema de reconhecimento facial da polícia (ANDERSON, 2020). No Brasil, também foi verificado problema similar com uma prisão sendo realizada em razão de falha no sistema de reconhecimento facial conforme noticiado pela imprensa (WERNECK, 2019).

constatação de que a localização do desenvolvedor do algoritmo e a consequente alimentação dos dados demográficos influenciavam de forma significativa o desempenho do programa (GROTHER; NGAN; HANAOKA, 2019, p. 10).

Por todo o exposto, verifica-se que, embora tenha ocorrido uma grande evolução nos programas de reconhecimento facial automatizado, ainda existem relevantes limites técnicos que, muitas vezes, podem ocasionar identificações erradas e causar sérios prejuízos aos indivíduos.

5 LIMITES PRÁTICOS RELACIONADOS À UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL

Para que os sistemas de reconhecimento facial tenham efetividade na utilização na área da segurança pública ou mesmo na prevenção da criminalidade organizada transnacional ou do terrorismo, é necessário que existam bancos de dados completos e integrados entre os órgãos de inteligência e de persecução penal dos diversos países.

Num primeiro ponto, para que os sistemas sejam efetivos, exige-se que os bancos de dados sejam completos e contenham os padrões faciais do maior número de pessoas possível. Sem esse banco de dados completo fica prejudicada a lógica do sistema, pois não existirão padrões para a realização das comparações "de um para muitos". Uma amostra dessa necessidade pode ser constatada pela análise do atentado de 11 de setembro de 2001 no qual, na época, apenas dois terroristas eram conhecidos do sistema de segurança norte-americano, sendo que apenas um deles possuía foto no sistema (NUNES *et al*, 2016, p. 124).

Além da existência de bancos de dados completos, para que o sistema de reconhecimento facial automatizado seja efetivo na prevenção delitiva e na instrução criminal é necessário que esses bancos de dados sejam integrados entre as diversas forças de segurança das nações. Sem esse real compartilhamento de informações, a aplicabilidade da tecnologia ficaria restrita à criminalidade local. E, como foi visto nos capítulos anteriores, atualmente a criminalidade organizada e o terrorismo deixaram de atuar de forma local e passaram a atuar de forma integrada por todo o mundo.

Essa criminalidade supranacional atua sem fronteiras e em escala mundial, o que exige que os estados criem instrumentos jurídicos que sejam aptos a efetivar um combate que também não seja restringido por fronteiras físicas (LESSA, 2016, p. 117).

Assim, mostra-se fundamental que acordos sejam firmados entre os países e que as legislações nacionais sigam *standards* mínimos de proteção dos direitos individuais.

Nesse aspecto, o reconhecimento facial, por se utilizar de dados biométricos sensíveis dos indivíduos, deve ter a sua implementação pautada pela atuação do Estado de acordo com a lei e com a proteção dos direitos fundamentais asseguradas por tratados internacionais e pelas constituições nacionais.

Sobre a importância da aplicação das leis de proteção de dados pessoais também à atuação de persecução penal, são importantes as explicações de Aras:

> Nesse sentido, as normas de proteção de dados pessoais devem aplicar-se também ao Estado quando coleta, manipula e difunde dados

> pessoais de investigados, suspeitos, réus, vítimas, testemunhas, peritos, autoridades e funcionários que atuam na persecução criminal e de terceiros eventualmente alcançados por medidas de apuração. Investigações criminais e medidas de segurança pública são atividades estatais que interferem rotineiramente na vida dos cidadãos, tornando-se relevante a perspectiva da privacidade. Por outro lado, é preciso regular adequadamente a transferência internacional de dados para atividades empresariais e para a cooperação internacional nos campos policial e judicial, temática essencial num mundo hiperconectado. Como em tudo na vida, a virtude está no plano médio. Tais proteções não devem inviabilizar os métodos operacionais do Estado na elucidação de crimes. Cada vez mais dependemos de meios tecnológicos de investigação para a descoberta de crimes, especialmente para a determinação de autoria. (ARAS, 2020, p. 25).

Assim, é importante que os países tenham legislações modernas que prevejam todas essas proteções aos indivíduos e que, ao mesmo tempo, garantam a segurança jurídica aos operadores do sistema. Nesse ponto, a existência de legislações nacionais que respeitem os *standards* mínimos previstos em tratados internacionais se mostra fundamental para permitir uma efetiva e segura integração entre os órgãos de persecução dos diversos países.

6 LIMITAÇÕES JURÍDICAS: O RECONHECIMENTO FACIAL VIOLA DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Como foi visto ao longo do texto, a utilização de sistemas de reconhecimento facial se relaciona com a extração de dados biométricos dos indivíduos, atuando, portanto, com a coleta de

informações sensíveis dos cidadãos[9]. No caso do reconhecimento facial, a preocupação com a proteção de dados é ainda maior pelo fato de essa extração de informações se dar sem a ciência e sem o consentimento do indivíduo.

Dessa forma, uma primeira preocupação existente se relaciona com a proteção de dados pessoais[10]. Embora no Brasil ainda não exista uma legislação específica que trate da proteção de dados pessoais para a utilização na segurança pública e na instrução criminal, os princípios gerais da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) devem ser invocados sempre que se trate da coleta de dados sensíveis, como é o caso da tecnologia do reconhecimento facial. Assim, qualquer projeto que opte por utilizar essa tecnologia no Brasil deve respeitar os princípios da adequação, da necessidade, da qualidade dos dados, da segurança, da prevenção de danos e da não discriminação (MALDONADO; BLUM, 2020, p. 75).

Para uma melhor compreensão da importância do assunto, é importante perceber que a proteção de dados dos indivíduos está intimamente relacionada aos direitos da personalidade. Nesse sentido, Mendes (2020, p. 1-15) traça a evolução dos julgamentos proferidos pelo Tribunal Constitucional Alemão, que culminou com a decisão sobre o censo ocorrida em 1983. De acordo com a autora, naquela época, o tribunal alemão considerou que as inovações tecnológicas no processamento dos dados pessoais exigem uma evolução na interpretação dos direitos fundamentais. Assim, com base na proteção

[9] Cabe referir que nem todo processamento de imagens envolve o de dados sensíveis, o que apenas ocorre naqueles casos em que o processamento se dá por um meio técnico que permita a identificação ou a autenticação individualizada de uma pessoa (CONSELHO DA EUROPA, 2021, p. 3).

[10] Em data recente, a Emenda Constitucional n. 115, de 2022, incluiu expressamente no art. 5º, LXXIX, a proteção de dados pessoais como um direito fundamental nos seguintes termos: "É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais". (BRASIL, 2022).

da personalidade dos indivíduos, a corte alemã verificou que não bastava mais uma proteção sobre a natureza das informações que seriam coletadas das pessoas, mas agora interessava também a forma como essas informações seriam processadas e os riscos que aquele processamento traria para os direitos da personalidade. Daí, surge o direito à autodeterminação informativa que influenciou tantos ordenamentos estrangeiros e que, inclusive, está incorporado na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Verifica-se uma evolução sobre a proteção da privacidade que inicialmente se resumia a uma dimensão negativa, na qual terceiros não poderiam invadir espaços privados, e atualmente possui uma dimensão positiva que abrange a necessária atuação positiva que proteja também a maneira como os dados vão circular de forma que o indivíduo não perca o controle sobre as suas próprias informações (MORAES; QUEIROZ, 2019, p. 118).

Dessa forma, observa-se que os danos que podem ser causados com o acesso aos dados pessoais não se resumem à sua coleta, mas também podem gerar sérias consequências após o seu processamento – como o que ocorre com empresas privadas, que se utilizam dos dados para pautarem suas ações de *marketing*[11], ou mesmo pelas forças de segurança que podem utilizar da coleta massiva de dados para detectar crimes e suspeitos (FROOMKIN, 2000, p. 1469-1471).

Essa coleta massiva de dados pode se dar através de diversos mecanismos, como a utilização de câmeras de vigilância, a localização de telefones celulares, veículos e de aplicativos, o reconhecimento de voz, entre outros (FROOMKIN, 2000, p. 1475-1481), sendo a utilização

[11] Sobre o capitalismo de vigilância e a força dessas empresas na atualidade cabe a leitura da obra de Zuboff (2020).

do reconhecimento facial automatizado um desses mecanismos que possibilitam a coleta massiva de dados pessoais – o que permite que o Estado tenha ciência de cada passo dado por seus cidadãos[12].

Dentro desse contexto, o reconhecimento facial sofre críticas por ser um dos instrumentos que auxiliam na implementação de sistemas de vigilância massiva das pessoas. Sobre a vigilância em massa, Milaj e Bonnici (2014, p. 419-423) argumentam que, atualmente, dever-se-ia falar em uma sociedade pré-crime, e não em uma sociedade pós-crime, pois as pessoas são previamente investigadas mesmo que não tenham nenhuma relação com atividades delituosas. Partindo dessa visão, os autores defendem que programas de vigilância em massa violariam o princípio da presunção da inocência. Essa conclusão decorre de uma interpretação mais ampla desse princípio, o que abrange a proteção contra qualquer ato que possa gerar uma investigação contra uma pessoa.

Dessa realidade de vigilância de massa, extrai-se uma relevante preocupação com a invasão das esferas individuais das pessoas que, ao terem ciência de que seus passos estão cada vez mais monitorados pelo Estado, acabam deixando de fazer ou de ser o que gostariam. É o que a doutrina denomina como *chilling effect* e que nada mais é do que uma consequência de uma sociedade fundada em uma cultura de suspeita em que prepondera o medo e a desconfiança (MILAJ; BONNICI, 2014, p. 420).

Nesse ponto, a utilização do reconhecimento facial pode ser danosa para o desenvolvimento da personalidade das pessoas, incluindo o direito de expressão. Por exemplo, quando utilizado em

[12] Nesse sentido, observa-se que, em alguns países, o sistema de controle que utiliza o reconhecimento facial como uma das suas ferramentas chegou ao ponto de possibilitar o controle das pessoas por *scores* (ZYLBERMAN, 2020).

espaços públicos, pode inibir um protesto, limitando consequentemente a participação cívica e democrática dos cidadãos (LEMOS *et al*, 2021, p. 5).

Cabe referir, ainda, que a preocupação com a privacidade e com a autodeterminação informativa não se restringe à esfera de cada indivíduo, mas sim de toda a sociedade que pressupõe a liberdade para que todos façam as suas escolhas (FERREIRA, 2021, p. 134).

No que toca ao reconhecimento facial, todas essas preocupações são extremamente pertinentes, pois a utilização dessa ferramenta possui o potencial de colocar em risco direitos fundamentais dos cidadãos, incluindo a privacidade, as liberdades de expressão e a associação e a presunção de inocência (LEMOS *et al*, 2021, p. 1).

Por todos esses motivos, é relevante que o tema seja devidamente discutido pela sociedade e que se busquem soluções que permitam o aproveitamento das novas tecnologias sem qualquer violação de direitos fundamentais.

7 PERSPECTIVAS E CAMINHOS PARA O USO EFICIENTE DO RECONHECIMENTO FACIAL

Os sistemas de reconhecimento facial automatizados são aplicados em grande parte dos países[13], especialmente nas áreas de segurança pública e privada, movimentando atualmente um montante aproximado de 3,8 bilhões de dólares (FACIAL..., 2020).

No Brasil, verifica-se a utilização da tecnologia, especialmente na área do transporte e da segurança pública (INSTITUTO IGARAPÉ, c2022), observando-se que até 2019 se averigua pelo menos 13 projetos de sistemas de reconhecimento facial voltados à segurança pública (FRANCISCO; HUREL; RIELLI, 2020, p. 2).

Essas primeiras iniciativas foram se expandindo, sendo a tecnologia incluída como uma das medidas adotadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública para o combate da criminalidade violenta[14], além de dar apoio a novos sistemas de identificação utilizados pela Polícia Federal brasileira[15].

Embora essa nova tecnologia venha sendo utilizada no Brasil e no mundo, existem inúmeras resistências a sua expansão, especialmente com as preocupações, elencadas ao longo do texto, com a proteção dos direitos fundamentais, incluindo a privacidade, as diversas liberdades e os dados sensíveis. Também existem preocupações com a vigilância em

[13] Mapa demonstra que a tecnologia está sendo aplicada em grande parte dos países do globo (THE FACIAL..., 2020).

[14] Nesse sentido, o art. 4º, § 1º, III, *b*, da Portaria n. 793/2019 dispõe sobre o "fomento à implantação de sistemas de videomonitoramento com soluções de reconhecimento facial, por Optical Character Recognition – OCR, uso de inteligência artificial ou outros" (BRASIL, 2019b).

[15] Atualmente, a Polícia Federal brasileira implementou um sistema de identificação biométrica denominado Solução Automatizada de Identificação Biométrica – Abis, que abrange tanto a impressão digital como o reconhecimento facial (BRASIL, 2021).

massa e seus nefastos efeitos em uma sociedade e, também, com o alto índice de erros dos sistemas de reconhecimento facial, principalmente aqueles que atingem classes historicamente marginalizadas.

Esse movimento contrário ao uso da tecnologia fez com que o reconhecimento facial automatizado fosse proibido em um aeroporto da Bélgica (BELGIAN..., 2019) e em alguns estados norte-americanos (FRANCISCO; HUREL; RIELLI, 2020, p. 9-10). No âmbito judicial, a Corte de Apelação de Cardiff, no País de Gales, decidiu que a polícia local violou direitos humanos ao utilizar os sistemas de reconhecimento facial em desacordo com a lei (ROYAL COURTS OF JUSTICE, 2020).

Por outro lado, existe forte apoio pela utilização da tecnologia, especialmente por se mostrar uma relevante ferramenta de combate e prevenção ao crime organizado e ao terrorismo internacional[16].

Nesse sentido, importante decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Big Brother Watch e outros *vs.* Reino Unido, tratou do tema da vigilância em massa. Embora não tenha se referido expressamente à tecnologia do reconhecimento facial, a corte europeia declarou, por maioria, que programas de vigilância em massa são admissíveis desde que respeitem a regulamentação e a imposição de salvaguarda pelos países (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2021)[17], inclusive superando a posição em sentido diverso da corte no caso Szábo e Viss *vs* Hungria (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016)[18].

[16] Não se pode esquecer que esse apoio é fortalecido pelas grandes empresas de tecnologia, que são as principais desenvolvedoras e fornecedoras dos programas de reconhecimento facial.

[17] O caso se originou de três diferentes pedidos que decorreram das revelações feitas por Edward Snowden sobre programas de vigilância eletrônica realizados pelos serviços de informações dos Estados Unidos e do Reino Unido.

[18] Caso em que a Corte Europeia censurou a prática de interceptações genéricas em uma área em que ocorra um crime.

Fixadas essas premissas, que de alguma forma resumem o atual estado do debate mundial sobre o uso do reconhecimento facial na área da segurança pública, a partir desse momento se buscará expor os principais pontos levantados ao longo do texto para que, na sequência, se possa posicionar sobre esse tema tão relevante.

De início, deve-se pontuar que a tecnologia do reconhecimento facial se desenvolveu muito nos últimos anos, sendo uma ferramenta imprescindível para a utilização em investigações relacionadas ao crime organizado transnacional e ao terrorismo. O atual ambiente em que vivemos, com imenso monitoramento por vídeo, permite que o reconhecimento facial seja extremamente eficiente na localização e identificação instantânea de criminosos e terroristas, o que pode ser muito útil tanto na prevenção de crimes como na investigação desses delitos.

Essa possibilidade quase instantânea de localizar suspeitos e criminosos em tempo real, sem que tenham ciência, é uma ferramenta inigualável em termos de eficiência e permite que a tecnologia seja utilizada em conjunto com outros meios de investigação para o enfrentamento dessas organizações criminosas que estão cada vez mais profissionalizadas.

Ocorre que a tecnologia do reconhecimento facial ainda necessita de diversos aprimoramentos técnicos para evitar a ocorrência de falsos negativos, que atrapalham as investigações e, principalmente, de falsos positivos, que podem causar danos irreversíveis para os cidadãos que sejam incorretamente identificados.

Além disso, os programas devem evoluir para que não ocorram vieses raciais e de gênero que, como foi visto ao longo do trabalho,

aumentam demasiadamente a possibilidade de identificações erradas em relação a mulheres e pessoas da raça negra.

Nesse sentido, cabe mencionar as recomendações constantes na Convenção 108 do Conselho da Europa (CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA, 2021), que traz diversas diretrizes voltadas ao aprimoramento do reconhecimento facial. Entre essas diretrizes, que são voltadas aos legisladores, desenvolvedores e aplicadores da tecnologia, estão aquelas em que se busca um aprimoramento técnico da tecnologia.

Embora a correção desses defeitos técnicos dos sistemas de reconhecimento facial seja urgente, para que tal ferramenta seja efetiva no combate ao crime transnacional também é necessário que haja uma aproximação entre os países de forma que bancos de dados possam ser compartilhados e, com isso, possam de fato ser aptos a auxiliar em investigações internacionais.

Por outro lado, o reconhecimento facial gera uma série de preocupações relacionadas à proteção de dados sensíveis e à violação de direitos fundamentais dos indivíduos. Para evitar e minorar qualquer violação de direitos, é muito importante que a utilização desse meio tecnológico se dê de forma cautelosa e seja pautada por limitações legais ou regulamentares que estabeleçam diretrizes e limitações ao uso da tecnologia e, também, que coíbam eventuais excessos por parte dos órgãos de persecução penal.

Por exemplo, no Reino Unido, a regulamentação se dá através da utilização de vários documentos recomendatórios, enquanto na França, além de uma lei específica, exige-se autorização dos

órgãos competentes após prévio estudo sobre os possíveis impactos (FRANCISCO; HUREL; RIELLI, 2020, p. 6-12).

No Brasil, ainda não existe uma lei geral que trate sobre o reconhecimento facial[19], assim como não existe uma lei que trate da proteção pessoal de dados para fins específicos de uso na segurança pública, o que gera um vácuo legislativo que, por um lado, cria um ambiente de insegurança jurídica para os investigadores e, também, deixa um perigoso espaço para a ocorrência de violações de direitos fundamentais dos indivíduos.

Talvez a vigência de uma lei de proteção de dados para a segurança pública possa definir um caminho mais seguro na regulamentação desse tipo de tecnologia. Nesse sentido, em 2020 foi apresentado um anteprojeto de lei dispondo sobre uma lei geral de proteção de dados para a segurança pública e a persecução penal (BRASIL, 2019a). O referido anteprojeto de lei, embora não tenha se referido expressamente sobre as tecnologias de reconhecimento facial, tratou genericamente das tecnologias de monitoramento elencando pelo menos dois requisitos necessários para a sua implementação: autorização legal prévia e específica (art. 42); e que haja conexão com uma investigação específica autorizada por lei e por decisão judicial (art. 43) (LEMOS *et al*, 2021, p. 4).

Além da importância de uma legislação específica sobre o reconhecimento facial em um contexto de criminalidade organizada transnacional e de grupos terroristas internacionais, mostra-se relevante que existam caminhos de comunicação e troca de informação entre os diversos países. Esses caminhos normalmente se materializam mediante tratados internacionais e de acordos bilaterais entre as nações.

[19] O Distrito Federal foi a primeira unidade da Federação a dispor sobre uma legislação específica a respeito do reconhecimento facial (DISTRITO FEDERAL, 2020).

Também nesse aspecto, o Brasil está atrasado em relação aos demais países, pois ainda não possui uma legislação de proteção de dados específica para a segurança pública nos moldes da Diretiva n. 680/2016 (UNIÃO EUROPEIA, 2016), que está em vigor na Europa. Nesse sentido, Aras (2020, p. 26-29) defende que o Brasil busque uma simetria com a legislação europeia para que não fiquem prejudicadas as cooperações internacionais a serem realizadas pelo Brasil. Refere ainda o autor que a falta dessa legislação vem prejudicando o compartilhamento de dados referentes a cidadãos residentes na União Europeia.

Assim, exige-se a criação de uma lei que trate sobre a proteção e a transferência de dados pessoais em matéria penal, sendo essa exigência fundamental para que sejam resguardados os direitos fundamentais dos indivíduos e, também, para que o Estado possa cumprir o seu papel de prevenção e repressão delitiva[20] (VIOLA; HERINGER; CARVALHO, 2021, p. 5).

Para tentar suprir essa carência, o projeto da Lei Geral de Proteção de Dados para a segurança pública e a persecução penal prevê disciplina similar àquela prevista pela Diretiva n. 680/2016, a qual permite a troca de dados entre os países por três vias: primeiramente, com base em uma decisão de adequação; não sendo possível a primeira

[20] Nesse sentido, deve ser citado o teor de parte da exposição de motivos do anteprojeto da Lei Geral de Proteção de Dados na esfera da segurança pública que bem sintetiza essa ideia: "Nesse contexto, a elaboração de uma legislação específica fundamenta-se na necessidade prática de que os órgãos responsáveis por atividades de segurança pública e de investigação/repressão criminais detenham segurança jurídica para exercer suas funções com maior eficiência e eficácia – como pela participação em mecanismos de cooperação internacional –, porém sempre de forma compatível com as garantias processuais e os direitos fundamentais dos titulares de dados envolvidos. Trata-se, portanto, de projeto que oferece balizas e parâmetros para operações de tratamento de dados pessoais no âmbito de atividades de segurança pública e de persecução criminal, equilibrando tanto a proteção do titular contra mau uso e abusos como acesso de autoridades a todo potencial de ferramentas e plataformas modernas para segurança pública e investigações." (BRASIL, 2019a).

via, a transferência pode se dar por meio da exigência de garantias adequadas de proteção de dados; e, subsidiariamente, admite-se uma terceira via em que as transferências de dados ocorram por meio de acordos firmados diretamente pelos países (VIOLA; HERINGER; CARVALHO, 2021, p. 7-9).

A integração entre os países também no nível legislativo com a fixação de *standards* mínimos de proteção de dados é muito importante para permitir uma eficiente cooperação, além de garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados com a efetiva proteção dos dados pessoais.

8 CONCLUSÃO

O uso da tecnologia vem permitindo um considerável progresso nas estratégias de investigação adotadas por diversos países, especialmente para o enfrentamento de uma criminalidade internacional que cada vez mais está profissionalizada.

Dentro dessa realidade, a utilização dos sistemas de reconhecimento facial automatizados possui um grande potencial na busca por uma investigação mais eficiente que seja capaz de prevenir e de coibir práticas delitivas tão sofisticadas.

Ocorre que a busca pela eficiência a qualquer custo não pode ser justificativa para o uso descontrolado dessa ferramenta investigativa. Existem limites que devem ser respeitados sob pena de frontal violação de direitos fundamentais dos cidadãos.

Partindo dessa ideia, essa ferramenta deve ser utilizada com cautela, pois, como foi relatado ao longo do estudo, ainda possui

limitações técnicas que podem levar a identificações incorretas e consequentemente trazer prejuízos concretos para os indivíduos.

Além dos possíveis erros, o reconhecimento facial não pode ser utilizado sem limites, o que colocaria em risco os direitos fundamentais das pessoas e abriria caminho para a concretização de abusos por parte das agências de investigação.

Para evitar esses danos, o trabalho sugeriu que a tecnologia do reconhecimento facial e a transferência de dados entre os países devam ser devidamente regulados com o objetivo de trazer segurança jurídica tanto para os operadores dos sistemas como para os cidadãos que terão seus direitos protegidos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Sistemas aplicados à segurança pública**. Brasília, DF: ABDI, jun. 2010. (Cadernos Temáticos, Tecnologias de Informação e Comunicação, 3). Disponível em: https://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/536/1/Caderno%20Tem%c3%a1tico%20TIC%20-%203%20%28Vers%c3%a3o%20Final%29-%20Sistemas%20Aplicados%20a%20Seguran%c3%a7a%20Publica.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

ALVES, Paulo Magno de Melo Rodrigues. O impacto de Big Data na atividade de inteligência. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília, DF, n. 13, p. 1-20, dez. 2018.

ANDERSON, Elisha. Controversial detroit facial recognition got him arrested for a crime he didn´t commit. **Detroit Free Press**, Detroit, 11 July 2020. Disponível em: https://www.freep.com/story/news/local/michigan/detroit/2020/07/10/facial-recognition-detroit-michael-oliver-robert-williams/5392166002/. Acesso em: 3 mar. 2022.

ANDREATO, Danilo. Criminalidade transnacional, persecução penal global. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília, DF: MPF, 2016. (Coleção MPF Internacional, 2). p. 147-154. Disponível em: https://memorial.mpf.mp.br/es/vitrine-virtual/publicacoes/temas-de-cooperacao-internacional-2a-edicao-revista-e-ampliada. Acesso em: 2 mar. 2022.

ARAS, Vladmir. A título de introdução: segurança pública e investigações criminais na era da proteção de dados. *In*: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA; BRASIL. Ministério Público Federal. 3. Câmara de Coordenação e Revisão. **Proteção de dados pessoais e investigação criminal**. Brasília, DF: ANPR, 2020. p. 14-31.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; DUTRA, Luíza Correa de Magalhães. Inteligência artificial, big data e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 183, p. 247-268, set. 2021.

BELGIAN police stop facial recognition at Zaventem airoport. **Tellerreport**, [*s. l.*], Sept. 2019.

BIG BROTHER WATCH. **Face off**: the lawless growth of facial recognition in UK policing. [*S. l.*]: BBW, May 2018. Disponível em: https://bigbrotherwatch.org.uk/wp-content/uploads/2018/05/Face-Off-final-digital-1.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetocomissaoprotecaodadossegurancapersecucaoFINAL.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 13.709, de 18 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13709&ano=2018&ato=293QzZ61UeZpWT79e. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Comunicação Social da Polícia Federal. **Polícia Federal implementa nova solução automatizada de identificação biométrica**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 6 jul. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/policia-federal-implementa-nova-solucao-automatizada-de-identificacao-biometrica. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria n. 793, de 24 de outubro de 2019. Regulamenta o incentivo financeiro das ações do Eixo Enfrentamento à Criminalidade Violenta, no âmbito da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e do Sistema Único de Segurança Pública [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 208, p. 55, 25 out. 2019b. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-793-de-24-de-outubro-de-2019-223853575. Acesso em: 11 mar. 2022.

BUOLAMWINI, Joy *et al*. **Facial recognition technologies**: a primer. [*S. l.*]: Algorithmic Justice League: MacArthur Foundation, 29 May 2020. Disponível em: https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b7/5ed1002058516c11edc66a14_FRTsPrimerMay2020.pdf. Acesso em: 5 mar. 2022.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender shades: intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. *In*: CONFERENCE ON FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY, 2018, New York City. **Proceedings** [...]. New York City: FAT, 2018. p. 1-15. Disponível em: https://dam-prod.media.mit.edu/x/2018/02/06/Gender%20Shades%20Intersectional%20Accuracy%20Disparities.pdf. Acesso em: 5 mar. 2022.

CERVINI, Raúl. La confidencialidad de las medidas cautelares em la cooperación judicial penal internacional: su relación com el ejercicio efectivo de la magistratura de la defensa, em particular, a la luz del protocolo del Mercosur. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 60-72, jan./jun. 2013.

CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA, 108., 2021, [*s. l.*]. **Guidelines on Facial Recognition**. [Europa]: Council of Europe, 2021. Disponível em: https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3. Acesso em: 12 mar. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Lei n. 6.712, de 10 de novembro de 2020. Dispõe sobre o uso de tecnologia de reconhecimento facial – TRF na segurança pública e dá outras providências. **Diário Oficial do Distrito**

Federal: Brasília, DF, ano 49, n. 213, 11 nov. 2020. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/relacoes-institucionais/arquivos/lei-no-6-712-de-10-de-novembro-de-2020.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. **Case of Szabó and Vissy vs Hungary**: (Application no. 37138/14). Strasbourg: ECHR, 12 Jan. 2016. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-160020%22]}. Acesso em: 11 mar. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. **Case of Big Brother Watch and others vs The United Kingdom**: (Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15). Strasbourg: ECHR, 25 May 2021. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22case%20big%20brother%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-210077%22]}. Acesso em: 11 mar. 2022.

FACIAL recognition market worth $8,5 billion by 2025. [*S. l.*]: MarketsandMarkets, Dec. 2020. Disponível em: https://www.marketsandmarkets.com/PressReleases/facial-recognition.asp. Acesso em: 10 mar. 2022.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. "Arbitrium ex machina": panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 107, n. 995, p. 635-655, set. 2018.

FERREIRA, André da Rocha. Tratamento de dados pessoais em investigações criminais: o direito fundamental à autodeterminação informativa como limite constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 185, p. 115-159, nov. 2021.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; HUREL, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé; [São Paulo]: Data Privacy Brasil Research, jun. 2020. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2020/06/2020-06-09-Regula%C3%A7%C3%A3o-do-reconhecimento -facial-no-setor-p%C3%BAblico.pdf. Acesso em: 9 mar. 2022.

FROOMKIN, A. Michael. The death of privacy? **Stanford Law Review**, [Stanford], v. 52, p. 1461-1543, May 2000. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715617. Acesso em: 8 mar. 2022.

GATES, Kelly. Can computers be racist? **Juniata Voices**, [Huntingdon], v. 15, p. 5-17, 11 Sept. 2014. Disponível em: https://www.juniata.edu/offices/juniata-voices/media/volume-15/vol15-Gates.pdf. Acesso em: 5 mar. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, p. 40-83, jan./mar. 1995.

GROTHER, Patrick *et al*. **Face recognition vendor test (FRVT)**: part 7: identification for paperless travel and immigration. [Gaithersburg]: NISTIR; [Washington, DC]: U.S. Department of Commerce, July 2021. Disponível em: https://tsapps.nist.gov/publication/get_pdf.cfm?pub_id=932484. Acesso em: 10 mar. 2022.

GROTHER, Patrick; NGAN, Mei; HANAOKA, Kayee. **Face recognition vendor test (FRVT)**: part 3: demographic effects. [Gaithersburg]: NISTIR; [Washington, DC]: U.S. Department of Commerce, Dec. 2019. Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/GOVPUB-C13-5a5c1d28d99c5a718d50bdbbae85cbb9/pdf/GOVPUB-C13-5a5c1d28d99c5a718d50bdbbae85cbb9.pdf. Acesso em: 5 mar. 2022.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Reconhecimento facial no Brasil**. [Rio de Janeiro]: Instituto Igarapé, c2022. Disponível em: https://igarape.org.br/infografico-reconhecimento-facial-no-brasil/. Acesso em: 2 mar. 2022.

JAIN, Anil K.; PANKANTI, Sharath. Beyond fingerprinting: security systems based on anatomical and behavioral characteristics may offer the best defense against identity theft. **Scientific American**, [*s. l.*], v. 299, n. 3, p. 78-81, Sept. 2008. Disponível em: http://biometrics.cse.msu.edu/Publications/GeneralBiometrics/JainPankanti_Beyond%20Fingerprinting_SCAM08.pdf. Acesso em: 3 mar. 2022.

KLARE, Brendan F. *et al*. Face recognition performance: role of demographic information. **IEEE Transactions on Information Forensics and Security**, [*s. l.*], v. 7, n. 6, p. 1789-1801, Dec. 2012. Disponível em: https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/ADA556941.pdf. Acesso em: 4 mar. 2022.

KLONTZ, Joshua C.; JAIN, Anil K. A case study of automated face recognition: the Boston Marathon bombings suspects. **Computer**, [*s. l.*], v. 46, n. 11, p. 91-94, Nov. 2013. Disponível em: http://biometrics.cse.msu.edu/Publications/Face/KlontzJain_IEEEComputerNov2013.pdf. Acesso em: 4 mar. 2022.

LEMOS, Alessandra *et al*. **Comentários ao Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a Segurança Pública**: tecnologia de reconhecimento facial. [Rio de Janeiro]: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, mar. 2021. Disponível em: https://itsrio.org/pt/publicacoes/comentarios-ao-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-para-a-seguranca-publica/. Acesso em: 8 mar. 2022.

LESLIE, David. **Understanding bias in facial recognition technologies**: an explainer. [Londres]: The Alan Turing Institute, 2020. Disponível em: https://www.turing.ac.uk/sites/default/files/2020-10/understanding_bias_in_facial_recognition_technology.pdf. Acesso em: 3 mar. 2022.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. Notas sobre a evolução da cooperação internacional em matéria penal pelo Ministério Público Federal. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília, DF: MPF, 2016. (Coleção MPF Internacional, 2). p. 117-124. Disponível em: https://memorial.mpf.mp.br/es/vitrine-virtual/publicacoes/temas-de-cooperacao-internacional-2a-edicao-revista-e-ampliada. Acesso em: 2 mar. 2022.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (org.). **LGPD**: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

MARKETSANDMARKETS. **Facial recognition market worth $8,5 billion by 2025**. [*S. l.*]: MarketsandMarkets, Dec. 2020. Disponível em: https://www.marketsandmarkets.com/PressReleases/facial-recognition.asp. Acesso em: 10 mar. 2022.

MATA, Federico Bueno de. Biometría e investigación criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, p. 121-134, set./dez. 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54200. Acesso em: 3 mar. 2022.

MENA, Isabela. **Verbete draft**: o que é reconhecimento facial. [*S. l.*]: Projeto Draft, 30 maio 2018. Disponível em: https://www.projetodraft.com/verbete-draft-o-que-e-reconhecimento-facial/. Acesso em: 3 mar. 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, nov./dez. 2019. Assunto Especial – Doutrina, p. 39-64. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766. Acesso em: 7 mar. 2022.

MILAJ, Jonida; BONNICI, Jeanne Pia Mifsud. Unwitting subjects of surveillance and the presumption of innocence. **Computer Law & Security Review**, [*s. l.*], v. 30, n. 4, p. 419-428, Aug. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. *In*: PROTEÇÃO de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, out. 2019. p. 113-135. (Cadernos Adenauer, 3).

NUNES, Fernanda Todesco *et al*. Um estudo sobre técnicas de biometria baseadas em padrões faciais e sua utilização na segurança pública. *In:* SPANHOL, Fernando José; LUNARDI, Giovani Mendonça;

SOUZA, Márcio Vieira de (org.). **Tecnologias da informação e comunicação na segurança pública e direitos humanos**. São Paulo: Blucher, 2016. (Coleção mídia, educação, inovação e conhecimento, v. 2). p. 113-131.

QUATTROCOLO, Serena. An introduction to AI and criminal justice in Europe. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1519-1554, set./dez. 2019. Disponível em: http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/290/193. Acesso em: 8 mar. 2022.

ROYAL COURTS OF JUSTICE. Court of Appeal (Civil Division). **[2020] EWCA Civ 1058**. London: Royal Courts of Justice, 11 Aug. 2020. Disponível em: https://www.statewatch.org/media/1285/uk-court-of-appeal-bridges-v-swp-facial-rec-judgment-11-8-20.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

SAADI, Ricardo Andrade. O crime organizado e a cooperação internacional. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília, DF: MPF, 2016. (Coleção MPF Internacional, 2). p. 141-146. Disponível em: https://memorial.mpf.mp.br/es/vitrine-virtual/publicacoes/temas-de-cooperacao-internacional-2a-edicao-revista-e-ampliada. Acesso em: 2 mar. 2022.

SATO, Atsushi *et al*. Advances in face detection and recognition technologies. **NEC Journal of Advanced technology**, [*s. l.*], v. 2, n. 1, Winter 2005. Detection and Recognition Technologies, p. 28-34. Disponível em: https://www.nec.com/en/global/techrep/journal/g05/n01/pdf/a028.pdf. Acesso em: 6 mar. 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Terrorismo e cooperação penal internacional: desafios ao direito de extradição. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília, DF: MPF, 2016. (Coleção MPF Internacional, 2). p. 163-176. Disponível em: https://memorial.mpf.mp.br/es/vitrine-virtual/publicacoes/temas-de-cooperacao-internacional-2a-edicao-revista-e-ampliada. Acesso em: 2 mar. 2022.

THE FACIAL recognition world map: smile, you're on camera. [*S. l.*]: Surfshark, mar. 2020. Disponível em: https://surfshark.com/facial-recognition-map. Acesso em: 5 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**: Bruxelas, n. L119, p. 89-131, 4 maio 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&rid=1. Acesso em: 11 mar. 2022.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Centro de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico. Laboratório de Tecnologias da Tomada de Decisão. **RT das 6 (seis) biometrias prováveis de utilização no RIC**. Brasília, DF: UnB, 2014. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/acesso-a-informacao/governanca/pdfs/biometria-e-controle/20140610-mj-ric-rt-das-6-seis-biometrias-provaveis-de-utilizacao-no-ric.pdf. Acesso em: 5 mar. 2022.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo. **Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 73-92, jan./jun. 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Editorial dossiê "Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias". **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017.

VIOLA, Mario; HERINGER, Leonardo; CARVALHO, Celina. **O anteprojeto da LGBT penal e as regras sobre transferência internacional de dados pessoais**. [Rio de Janeiro]: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, ago. 2021. Disponível em: https://itsrio.org/pt/publicacoes/o-anteprojeto-da-lgpd-penal-e-as-regras-sobre-transferencia-internacional-de-dados-pessoais/. Acesso em: 9 mar. 2022.

WERNECK, Antônio. Reconhecimento facial falha em segundo dia, e mulher inocente é confundida com criminosa já presa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 11 jul. 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/reconhecimento-facial-falha-em-segundo-dia-mulher-inocente-confundida-com-criminosa-ja-presa-23798913. Acesso em: 3 mar. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de exequatur. **Revista de processo**, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 9-24, maio 2010.

ZUBOFF, Shosana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um future humano na nova fronteira do poder. Tradução de George Schelsinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

ZYLBERMAN, Joris. China chega à fase final de sistema de avaliação de cidadãos e preocupa ocidente. **UOL**, [*S. l.*], 2 jan. 2020. Notícias. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2020/01/02/china-chega-a-fase-final-de-sistema-de-avaliacao-de-cidadaos-e-preocupa-ocidente.htm. Acesso em: 4 mar. 2022.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.187

LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO DAS FINANÇAS DESCENTRALIZADAS – DEFI E SUA PREVENÇÃO À LUZ DAS RECOMENDAÇÕES DO GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO – GAFI

MONEY LAUNDERING IN DECENTRALIZED FINANCE – DEFI AND ITS PREVENTION ACCORDING TO THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF GUIDANCE

MATHEUS LOLLI PAZETO
Juiz federal substituto da 4ª Vara Federal de Criciúma/SC. Pós-graduando em Direito dos Criptoativos e Blockchain pela Escola da Magistratura Federal do Paraná – Esmafe/PR. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.
https://orcid.org/0000-0002-0127-1633

RESUMO

O artigo trata da atividade ilícita de lavagem de dinheiro no âmbito das finanças descentralizadas, conhecida no universo de criptoativos por DeFi. Inicialmente, é feita uma explicação sobre o ambiente dos criptoativos, descrevendo a tecnologia Blockchain e sua operabilidade, que serve de base para o fornecimento de inúmeros serviços de forma segura, privada e descentralizada, incluindo os típicos do ecossistema financeiro tradicional. Na sequência, o artigo descreve o crime de lavagem de dinheiro e contextualiza sua ocorrência no âmbito dos criptoativos, apresentando os fatores de risco e os desafios para as autoridades estatais, notadamente na comparação entre a negociação

de criptoativos por meio de entidades intermediadoras centralizadas e em finanças descentralizadas – DeFi. Por fim, é abordado o tema da prevenção à lavagem de dinheiro na visão do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – Gafi, com enfoque nas atualizações das recomendações desse organismo internacional acerca dos fatores de risco trazidos pelos criptoativos, incluindo a mais recente, na qual foi abordada a questão dos protocolos DeFi.

Palavras-chave: criptoativos; DeFi; lavagem de dinheiro; Gafi.

ABSTRACT

The article deals with the illicit activity of money laundering in decentralized finance, known in the cryptoasset universe as DeFi. Initially, an explanation of the cryptoassets environment is made, describing the blockchain technology and its operability, which works as an underlying technology for numerous services in a secure, private and decentralized way, including those typical of the traditional financial ecosystem. Subsequently, the article describes the crime of money laundering and contextualizes its occurrence in the scope of cryptoassets, presenting the risk factors and challenges for state authorities, notably in the comparison between the trading of cryptoassets through centralized intermediary entities and in decentralized finance – DeFi. Finally, the issue of money laundering prevention is addressed in the view of the Financial Action Task Force – Fatf, with a focus on the updated guidance of this international organization on the risk factors brought by cryptoassets, including the most recent one, which addressed the issue of DeFi protocols.

Keywords: cryptoassets; DeFi; money laundering; FATF.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Blockchain, criptoativos e DeFi. 3 O crime de lavagem de dinheiro em finanças descentralizadas – DeFi. 4 Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – Gafi sobre lavagem de dinheiro em criptoativos: uma aproximação às finanças descentralizadas – DeFi. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A recente tecnologia Blockchain possibilitou maior descentralização no registro, na confiabilidade e no armazenamento de informações. Por suas características inerentes, como o alcance global, a maior privacidade, a irreversibilidade e a rastreabilidade das transações e a imutabilidade dos registros, o sistema denominado Blockchain tem ganhado cada vez mais força no ecossistema financeiro mundial, com a criação e a circulação dos mais diversos criptoativos.

Em 2021, a imprensa noticiou que o valor de mercado dos criptoativos chegou à significativa marca de três trilhões de dólares, sendo um terço disso atribuído apenas ao *bitcoin*, a criptomoeda mais difundida[1]. Boa parte desse capital tem circulado nos mais diversos protocolos de finanças descentralizadas, ou simplesmente DeFi.

É tradicional a afirmação de que "onde há dinheiro, há oportunidades". Da mesma forma, tamanha concentração de capital não escapa ao crime organizado, o que tem propiciado, nesse

[1] Nesse sentido, veja-se notícia veiculada no portal digital IstoÉ Dinheiro, em 8 de novembro de 2021 (MERCADO..., 2021).

ecossistema, o surgimento de crimes financeiros, dentre os quais a lavagem de dinheiro.

O presente artigo propõe-se a explicitar em que consistem as chamadas finanças descentralizadas – DeFi, como o crime de lavagem de dinheiro pode se desenvolver nesses protocolos, e como o tema tem sido abordado pelos agentes responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro, notadamente no âmbito do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – Gafi.

2 BLOCKCHAIN, CRIPTOATIVOS E DEFI

Desde o surgimento da computação e, mais tarde, da internet, o modo como as pessoas se relacionam, realizam suas atividades diárias e fazem negócios está cada vez mais ligado ao universo digital. Por consequência, a tecnologia em torno desse novo paradigma está em constante e acelerado desenvolvimento.

Conforme Don Tapscott e Alex Tapscott (2016, p. 3-4), a tecnologia não cria prosperidade sem, em contrapartida, assolar a privacidade. Com isso em mente, desde 1981, inventores buscavam resolver, por meio de criptografia, os problemas de privacidade, de segurança e de inclusão causados pela internet. Todavia, não importava o quanto reestruturavam o processo, sempre havia vazamentos por conta do envolvimento de terceiros. Como exemplo, descrevem as dificuldades existentes por trás da utilização de cartão de crédito na internet, em que usuários precisam divulgar muitos dados pessoais; ou das taxas por transação, que são muito altas para pequenos pagamentos; ou dos vendedores no comércio eletrônico, que não se importam com a privacidade e a segurança dos dados.

Em 2008, por meio de mensagem encaminhada para uma lista de interessados em criptografia, um sujeito, então identificado pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto[2], deu publicidade a um artigo em que descrevia um sistema de dinheiro eletrônico ponto a ponto, por ele intitulado Bitcoin[3].

Nas palavras de Nakamoto:

> O comércio na internet tem dependido quase exclusivamente de instituições financeiras que servem como terceiros confiáveis para processar pagamentos eletrônicos. Enquanto o sistema funciona bem para a maioria das operações, ainda sofre com as deficiências inerentes ao modelo baseado em confiança.
> [...]
> O que é necessário é um sistema de pagamento eletrônico baseado em prova criptográfica, em vez da confiança, permitindo a quaisquer duas partes dispostas a transacionar diretamente uma com a outra sem a necessidade de um terceiro confiável. (NAKAMOTO, [20--], p. 1).

Assim, Satoshi Nakamoto pretendia criar um sistema de pagamentos ou de transferência de valores sem a necessidade de utilizar, de forma centralizada, um terceiro intermediário, com a finalidade de se excluir os problemas decorrentes dessa atribuição de confiança.

---

2 A verdadeira identidade de Satoshi Nakamoto é ainda desconhecida, podendo ser atribuída a um indivíduo ou, até mesmo, a um grupo – com diversas especulações. Nesse sentido, ver matéria do portal digital InfoMoney (QUEM É..., c2022).

3 Sobre a convenção em torno da utilização da palavra *bitcoin*, Uhdre (2021, p. 32) alerta que "podemos estar diante de uma 'moeda' digital e virtual – *bitcoin*, grafado com letra minúscula –, e/ou diante de um protocolo tecnológico desenvolvido sobre a camada da internet – Bitcoin, gravado em letra maiúscula".

A palavra *blockchain* não é mencionada em momento algum no referido artigo. Por sua vez, a partir desse sistema de pagamento eletrônico ponto a ponto – criado por Satoshi Nakamoto –, relatam Don Tapscott e Alex Tapscott (2016, p. 5) que se originaram diversos sistemas de registro distribuído, baseado em criptografia, hoje denominados Blockchain – dentre os quais o Bitcoin segue o maior e o mais conhecido.

Uhdre (2021, p. 33) assim descreve o funcionamento do protocolo Bitcoin, citação que ora se faz necessária a fim de que, a partir do entendimento da aplicação gênese, possa-se entender a tecnologia Blockchain:

> Atualmente, quando fazemos uma transferência de valores para outrem, de nossa conta no Banco <A> para outra conta no Banco <B>, por exemplo, cada uma das instituições tem de contabilizar a transação. O Banco <A>, ao verificar que o remetente tem saldo em sua conta, registrará a saída dos valores transferidos, e o Banco <B>, a entrada desses mesmos valores na respectiva conta destinatária. Tal controle tem por objetivo assegurar que os valores utilizados são únicos, isto é, de que foram gastos apenas uma vez.
>
> O protocolo Bitcoin substitui o papel desses intermediários, atribuindo-o à tecnologia. Para tanto, propõe a descentralização da arquitetura de rede, de modo a se ter vários computadores conectados de forma distribuída ao redor do globo. Ainda, distribui-se o registro dos dados, de forma que cada um desses computadores detenha a compatibilidade atualizada das operações realizadas. Retomando o exemplo anterior, é como se todos os computadores (também chamados de nós, *nodes* ou *ledger*) da rede, por terem o registro de todas as operações até então realizadas, pudessem fazer a verificação da existência

> de saldo na "conta" do emitente. Da mesma forma, ao se concretizar a transferência de valores, cada um dos pontos (computadores) da rede atualizaria quase simultaneamente o registro, contabilizando a operação recém-realizada. (UHDRE, 2021, p. 33, grifo nosso).

Verifica-se que, a partir do sistema Blockchain, busca-se que o registro de transações ou ocorrências seja perfectibilizado de forma descentralizada, a partir de qualquer ponto conectado à rede – porém com a segurança e a privacidade advindas do uso de criptografia e contando com a imutabilidade e a publicidade dos registros –, visto que é possível a verificação das informações em todos os demais pontos conectados à rede cujo consenso formado pelos integrantes da rede impede alguma alteração.

Portanto, uma definição possível para o Blockchain seria um sistema cujas tecnologias envolvidas permitam um registro contínuo de blocos de transações, conectados de forma criptográfica, protegido por um algoritmo de consenso e armazenado em cada um dos computadores ligados a uma rede ponto a ponto.

Os usos para o *blockchain* são muitos e não se esgotam no protocolo Bitcoin.

Uhdre (2021, p. 49) afirma que, desde o surgimento do Bitcoin, houve um grande desenvolvimento do tema, podendo-se falar em até quatro gerações de *blockchain*.

Segundo a autora, "Blockchain 1.0 seria a '*blockchain* gênese' cujo uso está atrelado unicamente à realização de transações com as criptomoedas" (UHDRE, 2021, p. 49).

Sobre a segunda geração, assim discorre Uhdre (2021, p. 50-51):

> A segunda geração de *blockchains* (Blockchain 2.0) tem por marco o lançamento, em 2013, da plataforma Ethereum. Essa nova geração incorporou um conjunto de recursos novos e promissores que possibilitaram a ampliação das vantagens do *blockchain* para outros campos além das criptomoedas (trocas). A Ethereum, assim como a Hyperledger, vem como a promessa de ser a verdadeira plataforma de infraestrutura, sob a qual inúmeros projetos e/ou aplicabilidades poderiam ser erigidas (os chamados Dapps). Essa nova geração de *blockchain* tem por objetivo, portanto, possibilitar uma gama mais ampla de cenários de aplicação do *blockchain*, de modo que esse "livro razão distribuído" registre, confirme e transfira outros ativos – ou suas representações digitais –, tais como contratos, propriedades, votos etc.
>
> É aqui que os chamados "*smart contracts*", ou "contratos inteligentes", ganham cena.
> [...]
> No contexto do Blockchain (2.0), *smart contracts* geralmente significam código de *computador armazenado em um blockchain, e que pode ser acessado por uma ou mais partes*. Ademais, *esses programas costumam ser autoexecutáveis e usam propriedades de blockchain, como resistência à violação, processamento descentralizado e outros*. [...] Assim, esses "contratos inteligentes" podem ser usados para codificar e automatizar processos de negócios, que podem então ser compartilhados e executados entre várias partes, oferecendo maior confiança e confiabilidade no processo, o que redunda, muitas vezes, em ganhos significativos de eficácia e eficiência. (UHDRE, 2021, p. 50-51, grifo nosso).

A geração 3.0 é tratada por Uhdre (2021, p. 53) como uma extensão da tecnologia para mais aspectos da vida social, que não

somente o financeiro, cujo mercado esteve até então no centro da tecnologia Blockchain, e na sua gênese está o Bitcoin.

Enfim, acerca do Blockchain 4.0, a autora menciona que:

> [...] tem como uma das características a inclusão de inteligência artificial como parte da plataforma em funções relacionadas a tomadas de decisões e a atuações nos sistemas, reduzindo ainda mais a necessidade de gestão humana. (UHDRE, 2021, p. 54).

Como visto, para além da ferramenta de pagamento e de transferência de valores, o sistema Blockchain ampliou suas possibilidades de uso, em especial a partir do surgimento das plataformas de contratos inteligentes, como a Ethereum.

A Ethereum se descreve, em seu próprio *website*, como uma tecnologia construída a partir da inovação trazida pelo Bitcoin, mas com a diferença de ser programável, de modo que, além de funcionar como forma de pagamento e de transferência de valores, também é uma plataforma para serviços financeiros, jogos virtuais e aplicativos em geral (ETHEREUM, 2022).

É importante destacar que, não obstante a plataforma Ethereum ser a maior e mais difundida[4], existem muitas plataformas de contratos inteligentes[5], cada uma em funcionamento na sua própria rede *blockchain*. E, em cada uma dessas plataformas, há a utilização de

[4] A esse respeito, destaca-se como exemplo a matéria do portal de notícias Exame, que discorre sobre o funcionamento da plataforma Ethereum e destaca sua classificação como a segunda maior rede *blockchain* (ENTENDA..., 2021).

[5] Outros exemplos de plataformas de contratos inteligentes, ou redes *blockchain*, são a Solana (SOLANA, [20--]), a Terra (TERRA, [20--]) e a Avalanche (AVALANCHE MULTIVERSE, [20--]).

um ou mais criptoativos, os quais podem ser transacionados para os mais diversos usos. Estima-se que, em março de 2022, existam mais de 18.000 espécies de criptoativos em circulação, conforme levantamento do *website* CoinMarketCap, que rastreia em tempo real os dados desse mercado (COINMARKETCAP, c2022).

Portanto, a utilidade da tecnologia Blockchain vai além do registro de pagamentos descentralizados, valendo-se dos contratos inteligentes para a ampliação de seus usos, com o objetivo de levar aos indivíduos uma alternativa às demandas de serviços, porém com privacidade, segurança e sem a dependência de uma entidade centralizada.

É nesse cenário que surgiu a chamada DeFi, abreviação de *decentralized finance*, isto é, finanças descentralizadas.

A partir da possibilidade de utilização das plataformas de contratos inteligentes para serviços financeiros, tem-se criado protocolos que oferecem, sem a necessidade de intermediação de uma entidade centralizada, serviços típicos do ecossistema financeiro, como empréstimos, troca de ativos, ofertas de liquidez e compra e venda de derivativos.

Alex Anderson conceitua DeFi como a ideia de construir instrumentos financeiros tradicionais em uma plataforma baseada na tecnologia Blockchain de forma a, essencialmente, eliminar a necessidade de um intermediário no sistema financeiro e, por consequência, criar um ambiente livre de regulação e de controle governamental (ANDERSON, 2020).

Em comparação às finanças tradicionais, defende-se que a DeFi é mais aberta e transparente, de modo que qualquer indivíduo com habilidades em programação pode desenvolver um produto para oferta de serviços financeiros, eliminando as barreiras de entrada. Além disso, a DeFi não estaria sujeita à burocracia e à regulação do sistema bancário e financeiro, o que permitiria o livre desenvolvimento de projetos envolvendo criptoativos (STABLY, 2019).

Um dos tipos de protocolo mais difundidos em DeFi diz respeito às corretoras descentralizadas, também chamadas de DEX, uma abreviação para *decentralized exchange*[6]. Por meio da DEX, um indivíduo pode efetuar a troca de criptoativos bastando fornecer seu endereço criptografado na plataforma de contratos inteligentes (também conhecido como carteira ou *wallet*) à corretora descentralizada. Trata-se de uma alternativa às corretoras centralizadas, conhecidas por CEX (abreviação de *centralized exchange*, ou apenas *exchange*), em que, para se ter acesso ao mercado de criptoativos – uma vez que será a corretora quem se responsabilizará pela compra e custódia do criptoativo –, o interessado deve fazer um cadastro, fornecendo seus dados pessoais e, ainda, enviar moeda soberana (real, dólar, euro etc.) à corretora, por meio de transferência bancária ou cartão de crédito – tudo em termos semelhantes ao que ocorre no sistema financeiro tradicional.

Outra espécie de protocolo em DeFi é o de gerenciamento de empréstimos ou de provimento de liquidez[7], em que o indivíduo pode disponibilizar seus criptoativos para que haja liquidez nas corretoras

[6] Exemplos de DEX são a Uniswap (UNISWAP PROTOCOL, [20--]), a TerraSwap (TERRASWAP, c2022) e a TraderJoe (TRADER JOE, c2022), que estão estabelecidas, respectivamente, nas plataformas de contratos inteligentes Ethereum, Terra e Avalanche.

[7] Exemplos bem conhecidos são os protocolos Aave (AAVE LIQUIDITY PROTOCOL, [20--]) e Yearn (YEARN, [20--]), ambos na plataforma Ethereum.

descentralizadas, ou ainda para utilização de terceiros, mediante remuneração.

Além desses, pode-se citar, em DeFi, os protocolos de compra e venda de derivativos, de pagamento, de seguradoras – todos em funcionamento em redes *blockchain*.

Cada vez mais, a DeFi tem ganhado adeptos e valor de mercado[8]. Esse acúmulo de patrimônio em protocolos descentralizados também traz riscos semelhantes àqueles presentes nas finanças tradicionais, como os ilícitos financeiros, cujo enfoque será objeto do capítulo seguinte.

3 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO EM FINANÇAS DESCENTRALIZADAS – DEFI

A lavagem de dinheiro, também chamada de lavagem de capitais, pode ser definida como "o método pelo qual um indivíduo ou uma organização criminosa processa os ganhos financeiros obtidos com atividades ilegais, buscando trazer a sua aparência para obtidos licitamente" (MENDRONI, 2018, p. 20).

Desde a celebração da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, firmada em Viena em 1988, criou-se no cenário mundial uma direção no sentido da criminalização da lavagem de dinheiro.

8 Levantamento de *website* DeFi Llama, especializado no tema, aponta para mais de 194 bilhões de dólares investidos em DeFi na data de 8 de março de 2022 (DEFI LLAMA, 2022).

Dispõe o texto da convenção, no art. 3º, que cada parte signatária adotará medidas para a criminalização da conversão ou a transferência de bens com o objetivo de ocultar ou encobrir sua origem ilícita, bem como a ocultação ou o encobrimento da natureza, da origem, da localização, do destino, da movimentação ou da propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de tráfico ilícito de entorpecentes (BRASIL, 1991).

A partir de então, passou a ser mais comum, no ordenamento jurídico dos países, a criminalização da lavagem de capitais, passando-se por três gerações.

Lima (2015, p. 288-289) descreve as gerações de legislações sobre criminalização da lavagem de dinheiro:

> Logo após a Convenção de Viena, as primeiras leis que incriminaram a lavagem de capitais traziam apenas o tráfico ilícito de drogas como crime antecedente, razão pela qual ficaram conhecidas como *legislações de primeira geração*.
> Nos países que adotaram essa sistemática, constatou-se que a lavagem de capitais também estava sendo utilizada para dissimular a origem de valores obtidos com a prática de outras infrações penais além do tráfico de drogas. Em virtude da relevância de se coibir a movimentação financeira do produto financeiro de outros delitos, também considerados graves, houve, então, uma ampliação do rol dos crimes antecedentes (*numerus clausus*), dando origem, assim, às *legislações de segunda geração*.
> [...]
> Finalmente, as *legislações de terceira geração*, como a espanhola, consideram que qualquer crime grave pode figurar como delito antecedente da lavagem de capitais. Na Argentina, por exemplo, qualquer delito também pode figurar como infração precedente. (LIMA, 2015, p. 288-289, grifo nosso).

Dessa forma, seja qual for a geração da legislação, verifica-se que há um caráter acessório no crime de lavagem de capitais, uma vez que, para sua ocorrência, é necessária a existência de uma infração penal antecedente.

Conforme explicam Callegari e Weber (2017, p. 2): "O delito de lavagem de dinheiro ataca frontalmente o sistema econômico-financeiro de um país, afetando a estrutura negocial ao introduzir bens ilicitamente adquiridos e ao quebrar a regra da livre e justa concorrência".

Portanto, primordialmente, o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro é a ordem socioeconômica.

De outro norte, alerta Mendroni (2018, p. 98) que a administração da justiça é tutelada pelo crime de lavagem de dinheiro, visto que, com a criminalização do processamento de ganhos ilícitos, há um reforço na defesa dos crimes antecedentes que geraram a riqueza indevida, os quais, por vezes, não recebem a devida resposta do sistema judicial.

O crime de lavagem de dinheiro costumeiramente ocorre em três fases ou etapas: colocação, dissimulação e integração.

Lima (2015, p. 290-291) bem define suas etapas:

> a) Colocação (*placement*): consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores de modo a evitar qualquer ligação entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente. Diversas técnicas são utilizadas nesta fase, tais como o fracionamento de grandes quantias em pequenos valores, que escapam do controle administrativo

imposto às instituições financeiras (art. 10, inciso II c/c art. 11, inciso II, *a*, da Lei n. 9.613/1998) – procedimento esse conhecido como *smurfing*, em alusão aos pequenos personagens da ficção na cor azul –, a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie, as remessas ao exterior através de mulas, as transferências eletrônicas para paraísos fiscais, a troca por moeda estrangeira etc. A colocação é o estágio primário da lavagem e, portanto, o mais vulnerável à sua detecção, razão pela qual devem as autoridades centrar o foco dos maiores esforços de sua investigação nessa fase da lavagem;

b) Dissimulação ou mascaramento (*layering*): nessa fase, são realizados diversos negócios ou movimentações financeiras a fim de impedir o rastreamento e encobrir a origem ilícita dos valores. De modo a dificultar a reconstrução da trilha do papel (*paper trail*) pelas autoridades estatais, os valores inseridos no mercado financeiro na etapa anterior são pulverizados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no Brasil e em outros países, muitos dos quais caracterizados como paraísos fiscais, que dificultam o rastreamento dos bens. São exemplos de dissimulação: transferências eletrônicas e envio do dinheiro convertido em moeda estrangeira para o exterior via cabo;

c) Integração (*integration*): com a aparência lícita, os bens são formalmente incorporados ao sistema econômico, geralmente por meio de investimentos no mercado mobiliário ou imobiliário, de transações de importação/exportação com preços superfaturados (ou subfaturados), ou de aquisição de bens em geral (*v.g.*, obras de arte, ouro, joias, embarcações, veículos automotores). Em alguns casos, os recursos monetários, depois de lavados, são reinvestidos nas mesmas atividades delituosas das quais se originaram, perpetuando-se, assim, o ciclo vicioso.

Apesar da consagrada divisão do crime de lavagem de dinheiro em etapas, poderá ocorrer o crime ainda que se percorra apenas uma das fases indicadas, desde que haja o processamento de capital oriundo de atividade criminosa com o objetivo de lhe imputar caráter de licitude.

Importante ressaltar que o crime de lavagem de capitais pode ocorrer de inúmeras formas. "Apesar de ser mais comum a utilização do sistema bancário e financeiro para a prática da lavagem de capitais, esta pode ser levada a efeito em outras áreas de movimentação de valores e riquezas" (LIMA, 2015, p. 288).

Com o surgimento de novas tecnologias no sistema financeiro, bancário e de pagamentos, novas possibilidades de ocorrência do crime de lavagem de capitais têm sido percebidas, inclusive por meio de criptoativos.

Algumas características inerentes aos criptoativos, por serem registrados no âmbito de redes *blockchain*, podem estimular seu uso para a prática do crime de lavagem de dinheiro. São elas: a privacidade, a irreversibilidade dos eventos e a abrangência global.

Fala-se em privacidade uma vez que a conexão do interessado na negociação de criptoativos à rede *blockchain* se dá por meio de endereços criptografados, não havendo a necessidade de fornecimento de dados pessoais como nome, endereço, data de nascimento, identificação no cadastro dos órgãos fiscais, número de telefone etc.

Nesse sentido, Estellita (2020, p. 426) explica como funciona a conexão à rede *bitcoin*, por meio da qual se pode entender o funcionamento da maioria das redes *blockchain*:

> Tem disponibilidade sobre os *bitcoins* quem possuir a chave privada que lhe permite gastar os *bitcoins* associados a um endereço específico. Esse endereço específico é o produto de uma dupla operação normalmente feita pelas *wallets* (aplicativos a isso destinados): com a chave privada, gera-se uma chave pública que, então, gera o endereço.
> Enquanto a chave privada é aleatória, tanto a chave pública quanto os endereços são gerados aplicando-se à chave privada uma função *hash*: chave privada > chave pública > endereço. Essa função *hash* é unidirecional, ou seja, ela facilmente gera uma chave pública, e dela um endereço, mas é praticamente impossível percorrer o caminho de volta: em outras palavras, é praticamente impossível derivar uma chave pública de um endereço, e uma chave privada de uma chave pública. Isso quer dizer que a exposição do endereço – que é fornecido aos demais usuários do sistema para que a ele remetam *bitcoins* e que funciona como os dados de uma conta bancária (agência e número da conta) – nunca expõe o detentor da chave privada. (ESTELLITA, 2020, p. 426).

Assim, basta que um interessado gere um ou mais endereços na rede *blockchain* e, a partir dele, estará apto a receber transferências ou fazer pagamentos com sua chave privada, sem precisar informar os dados que o identifiquem diretamente – o que poderia servir de incentivo ao uso ilícito dos criptoativos.

Ocorre que, numa rede *blockchain*, como mencionado anteriormente, todas as transações são registradas de forma descentralizada e distribuída, em uma grande cadeia de blocos pública. Ainda que não se saiba o indivíduo por trás de um endereço da rede, todas as movimentações feitas por ele são passíveis de consulta e de rastreamento por qualquer interessado, conforme a tradicional técnica investigativa de seguir o dinheiro (*follow the money*). Nesse

sentido, embora a rede *blockchain* possa garantir ao usuário alguma privacidade, também pode servir de elemento probatório de todas as suas transações. Por isso, pode-se falar que há privacidade, porém não em sua forma mais absoluta.

Acerca da irreversibilidade dos eventos, foi mencionado que os registros em uma rede *blockchain* são imutáveis pelo fato de estarem organizados em uma cadeia de blocos e presentes em cada um dos pontos conectados à rede. Assim, uma vez realizado o pagamento ou a transferência, sejam eles decorrentes de uma atividade lícita ou ilícita, essa transação será registrada no bloco, passará a constar em cada dispositivo conectado à rede *blockchain*, e sua alteração encontrará barreira no algoritmo de consenso.

Como alerta Bueno (2020, p. 117), essa característica atinge diretamente a execução dos instrumentos de confisco e bloqueio de valores, visto que a titularidade dos criptoativos só pode ser alterada mediante uso da chave privada, não havendo a possibilidade de estorno da transação – o que impede sua constrição.

Nesse sentido, ante a impossibilidade de reversão da transação, poder-se-ia pensar em um ambiente mais favorável a transferências de cunho ilícito.

Enfim, sobre o alcance global, vale ressaltar que, para transacionar diretamente um criptoativo, basta que alguém se conecte, de qualquer parte do mundo, por meio da internet, à rede *blockchain* pela qual pretende realizar a transação e, assim, de forma quase imediata, transferir o ativo de um ponto a outro.

Não obstante as características expostas acima, que poderiam favorecer o uso de criptoativos para lavagem de capitais, faz-se necessário tecer algumas considerações extras.

No início do uso da tecnologia Blockchain, o que remete aos primeiros anos da rede *bitcoin*, as compras, as vendas e as trocas envolvendo criptoativos, primordialmente *bitcoin*, eram realizadas diretamente entre os indivíduos conectados à rede *blockchain*, na chamada transação ponto a ponto (*peer-to-peer* ou P2P).

Os fatores de risco, como privacidade e irreversibilidade das transações, dizem respeito a essa modalidade de compra e venda.

Por sua vez, como foi mencionado anteriormente, o número de criptoativos e o seu valor de mercado dispararam nos últimos anos, com aumento significativo do número de adeptos.

Embora ainda se realizem muitas transações ponto a ponto, atualmente a maioria dos interessados em negociar criptoativos o fazem por meio de corretoras responsáveis pela intermediação (chamadas, como visto no capítulo anterior, de Centralized Exchanges – CEX, ou simplesmente *exchanges*)[9].

Isso acontece, principalmente, pela praticidade, visto que as corretoras centralizadas fazem a custódia do ativo, fornecem uma precificação em tempo real, aceitam o recebimento de moeda de curso legal (por transferência bancária ou uso de cartão de crédito) e dispensam o interessado de lidar com tecnologias ou plataformas

[9] Segundo matéria escrita por Khatri (2021) no portal The Block, corretoras centralizadas de criptoativos reportaram um volume de negociação superior a 14 trilhões de dólares em 2021.

fora de seu domínio técnico, uma vez que lhe é oferecida experiência similar à de muitos bancos ou corretoras de ativos mobiliários.

Ocorre que, ao se utilizar de um intermediador, aumentam-se as chances de os órgãos de persecução penal alcançarem o agente que esteja tentando processar o dinheiro obtido ilicitamente. Isso porque, dos possíveis fatores de estímulo ao uso dos criptoativos como meio de lavagem de dinheiro, o uso de uma corretora exclui quase totalmente a privacidade e a irreversibilidade das transações.

Vale dizer que é nesse ponto que ocorre a maior entrada de moeda soberana no ecossistema dos criptoativos, o que, em termos de lavagem de dinheiro, seria considerada a etapa de colocação.

Salvo casos em que a corretora também está mal-intencionada, o que pode ocorrer com algumas domiciliadas em países sem legislação antilavagem de dinheiro, esses intermediadores precisam cumprir alguns requisitos exigidos pelos reguladores de onde estão constituídos.

Os principais requisitos são: a estruturação de um setor de *compliance*, destinado a identificar transações suspeitas, e a adoção de políticas de conhecimento aprofundado sobre o cliente que utiliza de seus serviços (política denominada pelo termo KYC, abreviação de *know your costumer*).

Conforme descreve Santos (2019):

> [...] o objetivo principal do *compliance* nas empresas que trabalham com moedas eletrônicas é transmitir uma segurança aos órgãos regulatórios para prevenir futuras incursões do crime organizado nessa nova ferramenta de economia digital.

Portanto, ao contrário das transferências realizadas em ambiente descentralizado, em que não há uma entidade responsável, ao negociar por meio de uma CEX o agente terá suas transações analisadas pela própria corretora, a qual poderá reportar às autoridades responsáveis pelo combate ao crime de lavagem de dinheiro eventuais movimentações que considere suspeitas.

Sobre o KYC, Gomes (2020, p. 461) descreve seu funcionamento:

> Trata-se de importante ferramenta de captação de informações básicas de clientes, traçando um perfil de risco, cujo objetivo é prevenir que o cliente se utilize da estrutura das instituições para o cometimento de atividades ilícitas.
>
> Nas *exchanges* de criptoativos, o controle é ainda maior. Isso se dá porque ainda são exigidas, além das informações cadastrais, documentos que corroboram tais informações e a denominada "prova de vida", uma foto do cliente na modalidade *selfie* segurando um documento.

Dessa forma, um agente que pretenda movimentar, em uma CEX, criptoativo adquirido com dinheiro decorrente de crime, com o objetivo de lavagem do capital, não o fará de forma anônima, uma vez

que seus dados estarão à disposição das autoridades penais – caso haja requisição à corretora.

Ademais, como é a corretora centralizada quem faz a custódia do criptoativo em nome do cliente, resta afastada a característica da irreversibilidade das transações, uma vez que a corretora poderá atender a ordens de bloqueio, sequestro ou confisco emitidas por parte das autoridades de persecução penal, de maneira similar ao que ocorre com as instituições financeiras.

Portanto, uma vez que corretoras centralizadas devem adotar métodos de *compliance* e de prevenção à lavagem de dinheiro, além de que o uso do modelo de transferência ponto a ponto possui forte rastreabilidade, cresceu o uso de DeFi para a prática de lavagem de dinheiro.

Segundo informações da Chainalysis, uma empresa especializada em análise de dados em *blockchain*, em 2021, protocolos DeFi receberam cerca de 900 milhões de dólares de fundos obtidos ilicitamente, com a finalidade de lavagem de dinheiro. Isso representou um incremento de 1,964% em relação a 2020, ou seja, quase 20 vezes (CHAINALYSIS, 2022).

No âmbito de DeFi, três tipos de protocolos têm sido mais comumente usados para lavagem de dinheiro: as corretoras descentralizadas – DEX, os protocolos de *mixer* descentralizados e os protocolos de ponte entre redes *blockchain* (*cross-chain bridges*).

Conforme explicado, por meio de uma DEX um indivíduo pode efetuar a troca de criptoativos, bastando que forneça seu endereço criptografado na plataforma de contratos inteligentes à corretora

descentralizada para o recebimento de um criptoativo e para a utilização de sua chave privada para envio de outros.

O objetivo, portanto, é assegurar maior privacidade, de modo que o agente possa trocar seus criptoativos por outros, sem que essa transação passe por entidades que adotam políticas de *compliance* e KYC.

Os *mixers* são protocolos utilizados para interromper a cadeia de transferência registrada nas redes *blockchain*, misturando os valores transferidos por um indivíduo com aqueles transferidos por outro, de modo a dificultar o rastreio sequencial dos criptoativos. Os primeiros *mixers* eram operados de forma centralizada, o que obrigava o indivíduo a transferir seus fundos para que alguém prestasse esse serviço, aumentando consideravelmente não só risco de golpe financeiro como também de ter seus dados coletados em algum momento por autoridades antilavagem de dinheiro. Todavia, atualmente, existem *mixers* descentralizados, aplicativos baseados em contratos inteligentes que oferecem o serviço sem a necessidade de transferência de custódia, aumentando a privacidade.

É necessário destacar que o uso de um *mixer*, por si só, não configura uma atividade ilícita. Trata-se de um protocolo destinado a quem é obstinado por privacidade, visto que, em termos de *blockchain*, a cadeia de transferência é pública e passível de rastreamento. Porém, caso se faça uso de um protocolo *mixer* para ocultar a destinação de dinheiro resultante de crime, certamente estará configurada a lavagem de dinheiro.

As *cross-chain bridges* são protocolos que permitem a transferência de um criptoativo que está em uma rede *blockchain* para outra, por exemplo, da rede *bitcoin* para a rede *ethereum*. Trata-se,

também, de um protocolo de uso costumeiro e lícito no ecossistema de criptoativos, visto que as negociações podem depender da alternância de redes. Todavia, é possível que se faça uso de uma *cross-chain bridge* para transferir criptoativos obtidos ilicitamente de uma rede *blockchain* para outra com a finalidade de dificultar a recuperação por parte dos órgãos de persecução penal – o que configuraria ato de lavagem de capitais.

Portanto, verifica-se que a possibilidade de desenvolvimento de aplicativos descentralizados de DeFi nas plataformas de contratos inteligentes tem trazido novos desafios à prevenção da lavagem de dinheiro, uma vez que as medidas adotadas para entidades centralizadas e, por consequência, sujeitas à regulação não têm a mesma aplicabilidade nesses protocolos.

Importante destacar que, apesar de as técnicas utilizadas por criminosos para a lavagem de dinheiro estarem sempre em desenvolvimento, não é impossível sua mitigação. Como afirma Don Tapscott e Alex Tapscott (2016, p. 276), o fato de criminosos fazerem uso de criptoativos para suas práticas diz mais sobre as falhas no controle, na regulação, na divulgação e na educação sobre o tema a propriamente suas características inerentes.

Por conseguinte, o capítulo subsequente buscará esclarecer como o tema do combate à lavagem de dinheiro em criptoativos, incluindo o DeFi, tem sido abordado pelo principal ator internacional neste tema.

4 RECOMENDAÇÕES DO GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO – GAFI SOBRE LAVAGEM DE DINHEIRO EM CRIPTOATIVOS: UMA APROXIMAÇÃO ÀS FINANÇAS DESCENTRALIZADAS – DEFI

O crime de lavagem de dinheiro, por seus atributos ínsitos, que envolvem ações de ocultação e de dissimulação, tende a ocorrer em setores à margem do controle estatal, de modo a dificultar a persecução penal.

Justamente por isso, o combate a esse crime deve angariar recursos nos mais diversos setores da sociedade, passando não só pelos órgãos de persecução penal, pelos reguladores, pelas equipes de inteligência e pelo monitoramento dos órgãos fiscais, como também pelas próprias empresas privadas que atuam nos ramos bancário, financeiro, de mercado de capitais, imobiliário etc. por meio de seus setores de *compliance*.

No mercado de criptoativos, não é diferente, tendo em vista que, por se tratar de tecnologia recente, a comunhão de esforços na prevenção à lavagem de dinheiro ganha em relevância.

De todo modo, importante consignar que, segundo dados de uma empresa de assessoria especializada na análise de dados em *blockchain*, devido ao incremento na adoção de medidas de segurança pelos negociantes de criptoativos, pelos reguladores e pelas instituições financeiras, as transações ilícitas em 2021 representavam uma pequena porcentagem dos negócios em geral, sendo que menos de 1% das transações com *bitcoin* envolviam atividades ilícitas, enquanto em 2012 esse número chegava a 35% (ELLIPTIC, 2021).

Apesar disso, considerados os demais dados aqui apresentados, no sentido de que o valor de mercado dos criptoativos e de transações apenas em *exchanges* centralizadas alcança a casa dos trilhões de dólares, 1% do montante negociado representa uma quantia expressiva em números absolutos.

Por isso, a lavagem de dinheiro no âmbito dos criptoativos não fica à margem das recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – Gafi.

O Gafi, chamado internacionalmente de Financial Action Task Force – FATF:

> [...] foi criado em 1989 pelos sete países mais ricos do mundo no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE com a finalidade de examinar, desenvolver e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro. (LIMA, 2015, p. 290).

Trata-se de uma entidade intergovernamental, cuja função é:

> [...] definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes. Em colaboração com outros atores internacionais, o Gafi também trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional do uso indevido. (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2012).

Em 1990, o Gafi estabeleceu 40 recomendações "como uma iniciativa para combater o uso indevido dos sistemas financeiros por pessoas que queriam lavar o dinheiro proveniente do tráfico de drogas" (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2012).

Desde então, as recomendações vêm recebendo atualizações, tratando de novas ameaças ou fatores de risco em termos de lavagem de dinheiro. Também foram incluídas recomendações em termos de combate ao financiamento do terrorismo.

Conforme explica Corrêa (2013, p. 37):

> As recomendações buscam ter aplicação universal, com a necessária flexibilidade para serem adotadas por diferentes sistemas nacionais legais e financeiros, com distintas tradições jurídicas e níveis de sofisticação. Assim, se, por um lado, buscam ser bastante abrangentes, por outro, não há a preocupação de detalhar em demasia seus dispositivos. São princípios para a ação dos estados nos campos legislativo, regulatório, institucional e administrativo.

Portanto, trata-se de recomendações a serem adotadas pelos estados em suas esferas de poder a fim de construir um arcabouço jurídico preventivo à ocorrência do crime de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo.

Em 2015, o Gafi tratou de forma mais concentrada sobre criptoativos, em que adaptou suas tradicionais 40 recomendações à nova realidade. O organismo internacional tratou do que foi por ele chamado de moedas virtuais (Virtual Currency – VC) e serviços e produtos de pagamento com moedas virtuais (Virtual Currency Payment Products and Services – VCPPS).

Conforme o documento lançado à época, o objetivo era explicar a aplicação da abordagem baseada em risco em termos de VC, bem como ajudar autoridades nacionais a entender e, potencialmente, a desenvolver respostas regulatórias endereçadas a VCPPS (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2015).

Dentre as recomendações, encontram-se medidas destinadas a efetuar estudos sobre a forma de regulação das VCs, exigir registro ou licença dos VCPPS, implementar uma supervisão eficaz, fornecer uma série de sanções dissuasivas e facilitar a cooperação internacional (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2015).

Conforme discorre Bueno (2020, p. 77):

> As aludidas recomendações têm clara preocupação em impedir a utilização dos serviços de criptoativos como ferramentas de lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo. Assim como no âmbito da União Europeia, há especial atenção aos serviços de conversão dos criptoativos em moedas soberanas dos estados, normalmente dispostos pelas corretoras virtuais (*exchanges*), sendo incentivada a regulação da matéria, no âmbito de cada Estado, para a adoção de medidas que permitam o controle das pessoas e dos valores envolvidos nessas operações.
> Motivo pelo qual o Gafi dedica especial atenção às corretoras virtuais de criptoativos (*exchanges*), em razão de funcionarem como ligação entre os criptoativos e as moedas soberanas, sendo assim, ponto fulcral para o enfrentamento da criminalidade voltada a práticas de lavagem de dinheiro, a adoção de políticas que permitam identificar e registrar as operações e os usuários nela envolvidos.

Dessa forma, resta claro que o Gafi se preocupou, em sua adaptação das recomendações aos criptoativos, em orientar os estados a fortalecer a regulação e o controle sobre as corretoras centralizadas por considerá-los pontos fundamentais no combate à lavagem de dinheiro com uso de criptoativos – uma vez que é por meio deste que costuma ocorrer a conversão entre ativo digital e moeda de curso legal.

Em 2019, o Gafi atualizou mais uma vez suas recomendações. Nesse documento, passou a tratar sobre os criptoativos sob outra nomenclatura: ativos virtuais (Virtual Asset – VA) e fornecedores de serviços em ativos virtuais (Virtual Asset Service Provider – Vasp). Além disso, incluiu os protocolos descentralizados entre os possíveis Vasps e que deveriam, por consequência, submeter-se à regulação estatal sobre medidas de prevenção à lavagem de dinheiro (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2019).

Enfim, em outubro de 2021, o Gafi atualizou novamente suas recomendações em termos de criptoativos. Pela primeira vez, foi utilizado o termo DeFi cuja definição atribuída é a de aplicativos descentralizados que oferecem serviços financeiros, como os oferecidos pelos Vasps. Porém, segundo o Gafi, os protocolos DeFi não se enquadrariam como Vasp nos seus parâmetros, uma vez que seriam *softwares* ou tecnologias basilares cuja aplicação é múltipla (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2021).

De outro norte, o documento alerta que criadores, proprietários e operadores, ou algum outro indivíduo que mantenha controle ou influência suficiente nos protocolos DeFi, mesmo que pareça descentralizado, podem se enquadrar na definição do Gafi de um Vasp (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2021).

Assim, em termos de DeFi, o Gafi trata os protocolos como uma tecnologia-base, sem recomendar medidas diretamente sobre os protocolos. Porém, direciona suas orientações para a identificação de alguém que possa estar por trás dos protocolos descentralizados, a fim de que esse indivíduo ou instituição se submeta às exigências de prevenção à lavagem de dinheiro.

Com isso, sem perder de vista o aprimoramento das recomendações sobre corretoras centralizadas, denota-se que o Gafi passou a ter um olhar mais próximo sobre os protocolos DeFi, em decorrência do aumento de seu uso para a prática de lavagem de dinheiro. Todavia, ainda não há uma recomendação clara sobre como os estados devem proceder em relação a esses protocolos, apenas sobre eventuais indivíduos que o controlem – por vezes de difícil descoberta –, o que ainda demanda um aperfeiçoamento no futuro.

5 CONCLUSÃO

A partir da criação da rede *bitcoin*, ganhou escala o uso da tecnologia Blockchain, que possibilita um registro contínuo de blocos de transações conectados de forma criptográfica, protegido por um algoritmo de consenso e armazenado em cada um dos computadores ligados a uma rede ponto a ponto.

Atualmente, existem inúmeros criptoativos além do *bitcoin*, e o uso do sistema *blockchain* passou a ser aplicado também para produtos e serviços financeiros com o objetivo de eliminar a necessidade de um intermediário e, por consequência, criar um ambiente livre de regulação – mas com a segurança e a privacidade proporcionadas pelo sistema *blockchain*. Surgiu, assim, a chamada finanças descentralizadas, ou DeFi.

Com o crescente valor das transações com criptoativos, e o maior uso dos protocolos DeFi, também se verificaram maiores riscos – que antes eram reservados ao ecossistema financeiro tradicional –, como o uso da tecnologia Blockchain, devido a suas inerentes características de privacidade; a irreversibilidade dos eventos; e a abrangência global para a lavagem de dinheiro obtido ilicitamente.

As autoridades estatais e os organismos internacionais, como o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo, começaram a estruturar seu arcabouço jurídico para a prevenção da lavagem de capitais com criptoativos. A adoção de políticas de *compliance* e *know your costumer* tem sido exigida das corretoras centralizadas, uma vez que elas têm sido a maior ponte entre o sistema financeiro tradicional e o ecossistema de criptoativos.

Em relação aos protocolos DeFi, todavia, ainda são bastante incipientes as manifestações do Gafi, limitando-se a recomendar que as autoridades estatais verifiquem se há indivíduos ou entidades por trás dos protocolos DeFi, a fim de exigir desses responsáveis a estruturação das medidas antilavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

AAVE LIQUIDITY PROTOCOL. [*S. l.*]: Aave, [20--]. Disponível em: https://aave.com/. Acesso em: 8 mar. 2022.

ANDERSON, Alex. **DeFi – decentralized finance**: a comprehensive guide. [*S. l.: s. n.*], 2020. *E-book*.

AVALANCHE MULTIVERSE. [*S. l.*]: Avalanche, [20--]. Disponível em: https://www.avax.network/. Acesso em: 7 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991**. Promulga a convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.

BUENO, Thiago Augusto. **Bitcoin e crimes de lavagem de dinheiro**. Campo Grande: Contemplar, 2020.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CHAINALYSIS. **DeFi takes on bigger role in money laundering but small group of centralized services still dominate**. [*S. l.*]: Chainalysis, 26 Jan. 2022. Disponível em: https://blog.chainalysis.com/reports/2022-crypto-crime-report-preview-cryptocurrency-money-laundering/. Acesso em: 12 mar. 2022.

COINMARKETCAP. [*S. l.*], Coinmarketcap, c2022. Disponível em: https://coinmarketcap.com/. Acesso em: 7 mar. 2022.

CORRÊA, Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (Gafi)**: organizações internacionais e crime transnacional. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. (Coleção teses de CAE).

DEFI LLAMA. [*S. l.*]: DeFi Llama, 2022. Disponível em: https://defillama.com/. Acesso em: 8 mar. 2022.

ELLIPTIC. **Cryptocurrency money laundering risks and how to avoid them**. London: Elliptic, 26 Feb. 2021. Disponível em: https://www.elliptic.co/blog/cryptocurrency-money-laundering-risks-and-how-to-avoid-them. Acesso em: 8 mar. 2022.

ENTENDA como funciona a Ethereum, o segundo maior blockchain do mundo. **Exame**, [*s. l.*], 6 set. 2021. Future of Money. Disponível em: https://exame.com/future-of-money/entenda-como-funciona-a-ethereum-o-segundo-maior-blockchain-do-mundo/. Acesso em: 7 mar. 2022.

ESTELLITA, Helena. Bitcoin e lavagem de dinheiro: uma aproximação. *In*: COSTA, Isac Silveira da; PRADO, Viviane Muller; GRUPENMACHER, Giovana Treiger (org.). **Cryptolaw**: inovação, direito e desenvolvimento. São Paulo: Almedina, 2020. p. 424-443.

ETHEREUM. **What is Ethereum?** The foundation for our digital future. [*S. l.*]: Ethereum, 2022. Disponível em: https://ethereum.org/en/what-is-ethereum/. Acesso em: 7 mar. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Guidance for a risk-based approach**: virtual assets and virtual asset service providers. Paris: FATF, June 2019. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Guidance for a risk-based approach**: virtual currencies. Paris: FATF, June 2015. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação**: as recomendações do Gafi. Tradução por Deborah Salles. [*S. l.*]: FATF, fev. 2012. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Updated guidance for a risk-based approach**: virtual assets and virtual asset service providers.

Paris: FATF, Oct. 2021. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Updated-Guidance-VA-VASP.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

GOMES, Victor Henrique Martins. Know Your Transaction (KYT): como as exchanges controlam as transações com criptoativos. *In*: COSTA, Isac Silveira da; PRADO, Viviane Muller; GRUPENMACHER, Giovana Treiger (org.). **Cryptolaw**: inovação, direito e desenvolvimento. São Paulo: Almedina, 2020. p. 458-474.

KHATRI, Yogita. **Centralized crypto exchanges saw over $14 trillion in trading volume this year**. [*S. l.*]: The Block, 24 Dec. 2021. Disponível em: https://www.theblockcrypto.com/linked/128526/centralized-crypto-exchanges-14-trillion-trading-volume-2021. Acesso em: 12 mar. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MERCADO de criptomoedas supera US$ 3 trilhões. **IstoÉ Dinheiro**, [*s. l.*], 8 nov. 2021. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/mercado-de-criptomoedas-supera-us-3-trilhoes/. Acesso em: 22 fev. 2022.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin**: um sistema de dinheiro eletrônico *peer-to-peer*. Tradução de Rodrigo Silva Pinto. [*S. l.*]: Bitcoin, [20--]. Disponível em: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_pt_br.pdf. Acesso em: 22 fev. 2022.

QUEM É Satoshi Nakamoto? conheça algumas teorias sobre a identidade do criador do Bitcoin. [*S. l.*]: InfoMoney, c2022. Disponível em: https://www.infomoney.com.br/perfil/satoshi-nakamoto/. Acesso em: 22 fev. 2022.

SANTOS, Augusto. **Compliance**: aliada contra a lavagem de dinheiro com uso de criptomoedas. [*S. l.*]: It Forum, 3 jul. 2019. Disponível em: https://itforum.com.br/colunas/compliance-aliada-contra-a-lavagem-de-dinheiro-com-uso-de-criptomoedas/. Acesso em: 12 mar. 2022.

SOLANA. [*S. l.*]: Solana, [20--]. Disponível em: https://solana.com/. Acesso em: 7 mar. 2022.

STABLY. **Decentralized finance vs. traditional finance**: what you need to know. Seattle: Stably, 19 Sept. 2019. Disponível em: https://medium.com/stably-blog/decentralized-finance-vs-traditional-finance-what-you-need-to-know-3b57aed7a0c2. Acesso em: 8 mar. 2022.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution**: how the technology behind bitcoin and other cryptocurrencies is changing the world. [*S. l.*]: Portfolio, 2016.

TERRA. [*S. l.*]: Terra, [20--]. Disponível em: https://www.terra.money/. Acesso em: 7 mar. 2022.

TERRASWAP. [*S. l.*]: Delight Labs, c2022. Disponível em: https://terraswap.io/. Acesso em: 8 mar. 2022.

TRADER JOE. [*S. l.*]: Trader Joe XYZ, c2022. Disponível em: https://traderjoexyz.com/home#/. Acesso em: 8 mar. 2022.

UHDRE, Dayana de Carvalho. **Blockchain, tokens e criptomoedas**: análise jurídica. São Paulo: Almedina, 2021.

UNISWAP PROTOCOL. [*S. l.*]: UNISWAP, [20--]. Disponível em: https://uniswap.org/. Acesso em: 8 mar. 2022.

YEARN. [*S. l.*]: Yearn, [20--]. Disponível em: https://yearn.finance/#/portfolio. Acesso em: 8 mar. 2022.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.188

CRIPTOATIVOS: CRIPTOGRAFIA DO ANONIMATO E TENTATIVAS DE REGULAÇÃO

CRYPTOASSETS: ANONYMITY CRYPTOGRAPHY AND REGULATION ATTEMPTS

MARCOS VINICIUS LIPIENSKI
Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (2015 – atual). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2008). Atualmente é juiz federal – Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
https://orcid.org/0000-0002-3144-745X

RESUMO

O objetivo do artigo é, em primeiro lugar, apresentar um panorama das principais tecnologias criptográficas responsáveis notadamente por criar um ambiente de ocultamento no uso de criptoativos, de forma a dificultar o rastreio para o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Depois, buscamos identificar os principais marcos regulatórios concebidos para os criptoativos. Iniciamos essa pesquisa com as diretrizes Gafi/FATF de utilidade; em seguida, estudamos o esquema normativo geral da União Europeia para, depois, tratar do caso específico da Itália. Antes de chegarmos à conclusão, tratamos também das iniciativas regulatórias brasileiras, com destaque para comparação entre essas experiências. A conclusão aborda a necessidade de equilíbrio entre a regulação para suprimir a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo e a criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento de tecnologias úteis às pessoas nas mais diversas áreas.

Palavras-chave: criptoativos; ocultamento; Gafi/FATF; regulação.

ABSTRACT

The article's objective is, in the first place, to present a panorama of the main cryptographic technologies notably responsable for creating na environment of concealment in the use of cryptoassets, in a way that hinders tracking for fighting money laundering and terrorism financing. Later, we seek to identify the main cryptoassets' conceived regulatory frameworks. We begin this research with GAFI/FATF's useful guidances; then, we study the Europe Union's general normative body to assess Italy's specific case. Before we come to a conclusion, we also analize brazilian's regulatory iniciatives, with emphasis in the comparison between these experiences. The conclusion address the necessity of balance amidst regulation to supress money laundering and terrorism financing and the cration of a favorable environment to the development of useful techonolgies to the people in many diverse areas.

Keywords: cryptoassets; concealment; Gafi/FATF; regulation.

Recebido: 10-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Conceitos gerais e recursos criptográficos aplicados ao *bitcoin* e às criptomoedas em geral. 3 A regulação dos criptoativos na Europa. 4 Exemplo concreto: a regulação na Itália. 5 A regulação dos criptoativos no Brasil. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A forma relativamente rápida e descentralizada de realização de transações de criptoativos, aliada ao emprego das mais variadas

formas de criptografia, os tornam atrativos para uso na lavagem de dinheiro.

Em razão da pouca familiaridade do mundo jurídico com a criptografia, o artigo inicia com um capítulo destinado a uma descrição de diversos protocolos aplicados a algumas espécies de moedas virtuais e suas funções, notadamente quando contribuem para a ocultação de informações sobre pessoas e valores envolvidos.

Depois, o próximo capítulo trata do progressivo aumento de preocupação e regulação de criptoativos na Europa, principalmente após a ocorrência de atentados terroristas no norte, ao que se segue um relato de como a Itália (historicamente um centro tradicional de combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro), especificamente, lida com a internalização das medidas regulatórias formuladas pela União Europeia.

Uma vez apresentadas as bases do panorama regulatório de criptoativos, bem como a experiência italiana, o capítulo seguinte dedica-se a discorrer sobre a evolução do uso dos criptoativos no Brasil, mediante análise comparativa entre as ainda incipientes propostas legislativas nacionais sobre o tema e aquilo desenvolvido na Europa em acordo com recomendações do Gafi/FATF.

2 CONCEITOS GERAIS E RECURSOS CRIPTOGRÁFICOS APLICADOS AO BITCOIN E ÀS CRIPTOMOEDAS EM GERAL

O *bitcoin* tem a sua origem identificada na publicação, no âmbito de um fórum de criptógrafos Cypherpunk, de um artigo denominado Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System, de autoria de Satoshi Nakamoto. Seguiu-se, meses depois, a primeira transação e

a disponibilização pública do aplicativo denominado Bitcoin v.0.1 (TEIXEIRA; BOCHI, 2019).

O *bitcoin* fundamenta-se na vontade de criar um sistema eletrônico de transações no qual um terceiro não se faz necessário (*peer-to-peer*), de forma que o seu custo não sofre o acréscimo em razão dessa participação. O sistema de Blockchain, por outro lado, oferece o suporte para evitar transações duplas mediante a utilização de um registro público validado por meio do Proof of Work[1] (ajustável de acordo com o avanço da potência de processamento da mineração), que torna computacionalmente impraticável a atividade de *hackers*, enquanto não detiverem o domínio quase absoluto sobre todo o poder computacional existente:

> We have proposed a system for electronic transactions without relying on trust. We started with the usual framework of coins made from digital signatures, which provides strong control of ownership, but is incomplete without a way to prevent double-spending. To solve this, we proposed a peer-to-peer network using proof-of-work to record a public history of transactions that quickly becomes computationally impractical for an attacker to change if honestnodescontrol a

[1] Sobre Proof of Work: "A ideia toda surgiu em 1993, quando Cynthia Dwork e Moni Naor publicaram um artigo científico sobre funções vinculadas à memória para combater o *spam*. No artigo, eles estavam tentando introduzir um novo método de combate aos *e-mails* de *spam*, que são enviados usando a energia do computador para cada *e-mail* (ou transação). O Proof of Work é uma função difícil de calcular, mas fácil de verificar. A função possui uma mensagem, um endereço de destinatário e alguns outros parâmetros. Neste trabalho, Dwork e Naor chamavam de função de precificação. Os computadores de hoje podem enviar milhões de mensagens de *spam* todos os dias, o que cria um grande problema. No entanto, se os computadores precisarem gastar 10 segundos em cada mensagem, eles poderão enviar apenas 8 mil *spams* por dia. Em 1999, no artigo Proofs of work and bread pudding protocols (Provas de trabalho e protocolos de pudim de pão) publicado por Markus Jakobsson e Ari Juels, o termo 'Proof of work' foi introduzido e a notação é criada. Seu objetivo era caracterizar a notação de uma prova de trabalho (PoW), um protocolo no qual um provador demonstra a um verificador que ele gastou um certo nível de esforço computacional em um intervalo de tempo específico." (BASTIANI, 2019).

> majority of CPU power. The network is robust in its unstructured simplicity. Nodeswork all at once with little coordination. They do not need to be identified, since messages are not routed to any particular place and only need to be delivered on a best effort basis. Nodes can leave and rejoin the network at will, accepting the proof-of-work chain as proof of what happened while they were gone. They vote with their CPU power, expressing their acceptance of valid blocks by working on extending them and rejecting invalid blocks by refusing to work on them. Any needed rules and incentives can be enforced with this consensus mechanism. (NAKAMOTO, 2008, p. 8).

Tecnologias como o Blockchain são denominadas Distributed Ledger Technologies – DLT, redes *peer-to-peer* que permitem que diversos indivíduos mantenham uma cópia idêntica de um mesmo registro, independentemente de uma autoridade central que verifique, execute e grave transações (WHAT ARE..., c2022).

Apesar de haver publicidade acerca das transações, o que inclusive é elemento essencial para viabilizar tanto o Proof of Work como para dispensar uma instituição financeira intermediária, ainda existe um nível considerável de privacidade garantida. A relação entre publicidade e privacidade, no contexto do *bitcoin*, é possível mediante o sistema de chaves privadas e chaves públicas. Enquanto a chave privada seria o equivalente de uma senha para realizar transações, a chave pública aproximar-se-ia de um endereço na rede *bitcoin*, para onde alguém interessado deveria encaminhar a moeda virtual em caso de interesse de transacionar (como se fosse o *e-mail* de um usuário).

Tanto a chave privada quanto a pública são compostas por 78 dígitos aleatórios, e a cada chave privada corresponde uma única chave pública. Ocorre que, apesar de trabalhoso, é possível identificar e decodificar a chave privada a partir da análise do volume de

transações referentes a uma chave pública específica. Para conferir maior segurança a essa construção, passou-se a utilizar endereços públicos, gerados a partir das chaves públicas, por meio de uma complexa função matemática, e gerar uma camada extra de segurança (CHAVE, 2018).

As características principais do *bitcoin* podem ser resumidas em três, de acordo com a breve exposição: descentralização, pseudoanonimidade e globalidade. A descentralização diz respeito à dispensa de uma autoridade central para possibilitar transações; a pseudoanonimidade se refere à relativa ausência de identificação da pessoa que comercializa a moeda virtual, notadamente em comparação com a utilização de instituições financeiras tradicionais; por fim, a globalidade atine à possibilidade de realização de transações independentemente de fronteiras políticas ou geográficas (ASSIS, 2020).

Existem, hoje, diversas criptomoedas, mas o *bitcoin* responde pelo maior valor. Em novembro de 2021, o mercado de capitalização de criptomoedas excedia pela primeira vez 3 trilhões de dólares, dos quais cerca de 1.3 trilhões correspondiam ao *bitcoin* (BINDSEIL; PAPSDORF; SCHAAF, 2022). As demais moedas variam basicamente de acordo com a aplicação e privacidade para as quais foram direcionadas.

O *ether* é a moeda da denominada *blockchain* de segunda geração, Ethereum. Segunda geração porque, enquanto *bitcoin* é considerada de primeira geração, de construção relativamente simples e com linguagem voltada primariamente para transações, o Ethereum foi concebido como uma plataforma computadorizada descentralizada que roda seus *smart contracts* simultaneamente em inúmeros computadores pelo mundo. Esses *smart contracts*, por sua vez, são aplicativos mais variados possíveis que rodam no ambiente Ethereum

e são ativados mediante transações financeiras. Esses aplicativos são disponibilizados na *blockchain* para qualquer outro usuário e não podem ser deletados a não ser mediante instrução específica de seu criador. As transações no Ethereum são públicas, apesar de não registrarem o nome real dos usuários, no estilo do *bitcoin* (WHAT IS..., 2021).

A tecnologia *blockchain* é dividida em três gerações. A primeira, ou Blockchain 1.0, refere-se à plataforma tecnológica e à moeda virtual; a segunda (Blockchain 2.0) diz respeito aos diversos aplicativos econômicos e financeiros que existem para além de simples transações financeiras; por último, a Blockchain 3.0 trata de aplicações diversas que não envolvem transações financeiras, como arte, saúde etc., com destaque para a governança de *smart cities* (EFANOV; ROSCHIN, 2018).

A par de moedas virtuais que seguem o padrão público (pseudoanônimo) do *bitcoin*, surgiram diversas outras que trazem em si mecanismos para conferir maior grau de anonimidade, as denominadas *privacy coins*.

Dentre as *privacy coins*, destacam-se monero e zcash, em razão de seu volume no mercado.

Monero é a moeda virtual cujo padrão é unicamente privado, em razão da utilização de *stealth adresses* e *ring signatures*. *Stealth adresses* fazem com que o transmissor de moeda utilize um endereço de uso único para cada transação que realizar, de modo a dificultar o rastreamento e a identificação do destinatário e os valores envolvidos (FRANKENFIELD, 2022). Por outro lado, *ring signatures* funcionam de forma que um usuário envie uma mensagem e o destinatário saiba que a assinatura venha de um grupo, porém não revele a identidade

do usuário assinante.[2] Ainda, *ring confidential transactions*, ou RingCT, ajudam a ocultar o valor das transações (SETH, 2021).

A moeda *zcash* originou-se de uma proposta de alteração do *bitcoin* para que houvesse a adoção de um recurso de privacidade que acabou rejeitado pela comunidade. Por isso, ela possui alguns elementos comuns com o *bitcoin*, como a utilização do mecanismo de consenso Proof of Work, enquanto inova em outros pontos, como por exemplo no algoritmo Equihash em substituição ao SHA-256 (ISMAR, 2021). O *zcash* pode funcionar de forma pública como também permite a habilitação de uma transação protegida mediante protocolo com criptografia *zero-knowledge proof* (especificamente, zk-SNARK, ou zero-knowledge Succint Non-Nteractive Argument of Knowledge, uma espécie que pode ser realizada em milissegundos). Essa tecnologia é interessantíssima, permite convencer um verificador não somente de que o número existe, mas como também o conhece, sem revelar qualquer informação sobre esse número (WHAT ARE..., c2021). Em outras palavras, mais genéricas (porque a tecnologia, ainda em estágios iniciais de desenvolvimento, engloba possibilidades mais vastas de aplicação), permite que uma informação seja validada sem necessidade de expor dados que a demonstrem (ALAMEDA, 2020).

A criptomoeda *grin*, por sua vez, vale-se do protocolo Mimblewimble (nome inspirado em uma magia do universo de Harry Potter cuja finalidade é silenciar a vítima acerca de determinado assunto). Baseado em criptografia de curva elíptica, que confere uma camada extra de proteção às operações, o protocolo ainda combina

[2] Curiosamente, o artigo citado trata da utilização de *ring signaures* em aplicativos de comunicação remota entre médicos e pacientes, de forma a apresentar uma solução de segurança para os dados médicos do usuário do sistema, o que demonstra um dos possíveis empregos benéficos da tecnologia de sigilo apresentada. Bem por isso, o combate aos crimes não pode impedir radicalmente o avanço do estado da arte para não impedir o progresso tecnológico em prol dos cidadãos.

outros protocolos criptográficos como Confidential Transactions – CTs, CoinJoin, Dandelion e Cut-Through (esse último visa acelerar a análise e confirmação da transação na *blockchain*).

Confidential Transactions são protocolos de *zero knowlegde*, explicados logo acima.

CoinJoin é um processo no qual duas ou mais pessoas combinam suas transações de forma a dificultar a identificação do seu produto. Para ser realizado, depende que a transação contenha assinaturas de diversas pessoas, ou seja, receba *inputs* de diversas pessoas, e como resultado, *output* de mesmo valor, porém com a titularidade ofuscada em razão do processamento conjunto (PARMAN, 2021).[3]

O protocolo Dandelion é uma solução pensada para conferir uma camada extra de proteção às pessoas de uma transação dentro do método utilizado pelo *bitcoin*. Nesse método tradicional, quando um *node* (computador que está na rede *bitcoin*) envia uma transação à rede

[3] "Suponha que Maria queira transferir 1 BTC do endereço A para o endereço B. Enquanto Juan deseja transferir 1 BTC do endereço C para o endereço D. Para tornar esta transação privada, os dois decidem usar CoinJoin para fins de combinação de suas transferências em uma única transação que tem duas entradas (A e C) e duas saídas (B e D). O que o CoinJoin faz é pegar as entradas de Maria e João, combiná-las na mesma transação e, a partir delas, misturar essas moedas para gerar as transações que irão para o seu destino. Se a operação exigir o reembolso de uma troca, a transação CoinJoin também irá criar essa transação e a enviará para um endereço de troca sob o controle da pessoa a quem essas moedas pertencem. A operação de pagamento CoinJoin somente será realizada quando Maria e João assinarem criptograficamente as suas respectivas transações.
No entanto, o truque que o CoinJoin mostra todo o seu poder na *blockchain*. Normalmente, as transações de Maria e João mostravam um padrão claro de envio de moedas. Ou seja, as moedas vão do seu endereço para o endereço de destino. Porém, no CoinJoin, podemos ver uma única transação na qual várias entradas são unidas e há várias saídas.
Isto torna mais difícil para terceiros determinar qual destinatário recebeu qual saída. Mesmo o destinatário da transação não pode determinar de qual endereço os fundos recebidos são provenientes, porque os UTXOs não estão diretamente relacionados a um endereço em si, mas a uma transação de várias entradas, todas elas independentes" (O QUE..., c2022).

bitcoin, ela se propaga para outros *nodes* conectados a ele, conhecidos como *peers*. Essa mensagem é propagada em uma reação em cadeia, no que é conhecido como protocolo de fofoca (*gossip protocol*) do *bitcoin*. Depois, há a difusão, momento no qual cada um desses *nodes* transmite transações com atrasos exponenciais e independentes como forma de anonimizar aquela primeira transação (CURRAN, 2018).

Ocorre que o protocolo utilizado pelo *bitcoin* se mostrou vulnerável à detecção do verdadeiro usuário, daí a pesquisa que originou o Dandelion. Esse protocolo possui duas fases, denominadas *stem* e *fluff*. Durante a primeira fase, anônima, em vez de anunciar a transação para todos os *peers* conectados, transmite-se a mensagem para um único *peer* mediante algoritmo aleatório, e assim sucessivamente. Ainda de forma aleatória, um dos *peers* inicia a fase *fluff*, na qual a transação é comunicada à maioria dos *nodes* da rede, de forma que um observador externo somente conseguirá rastreá-la até um dos *nodes* que receberam a mensagem original na primeira fase (HARPER, 2018).

Para encerrar esse capítulo, devemos tratar do advento da computação quântica, que traz consigo capacidade de cálculo absurdamente maior. Desde o momento da ordem até a inscrição na *blockchain* (no caso do *bitcoin*), existe uma janela de oportunidade para que a transação seja manipulada, pode demorar de dez minutos a um dia. Ocorre que a estimativa de capacidade de processamento para permitir essa invasão é estimada em cerca de 317 milhões de *qubits* (unidade de processamento do computador quântico) para realizar essa operação em uma hora, e provavelmente seis vezes mais para realizá-la em dez minutos. Em perspectiva, o maior computador quântico hoje existente possui 127 *qubits*, o que indica que não é uma hipótese provável por um longo tempo. Ainda, há pesquisas em andamento para garantir a segurança de criptoativos, como aquelas realizadas pelo US National Institute of Standards and Technology e pela Ethereum Foundation, o que pode dificultar a quebra da criptografia mesmo para computadores quânticos.

3 A REGULAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS NA EUROPA

As características das moedas virtuais que ocultam identidades e transações estimulam o seu emprego no contexto de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e financiamento do terrorismo. É bem representativa dessa situação o caso Silk Road, um mercado *on-line* criado em 2011, na *dark web*, cujas transações se davam somente mediante *bitcoin* e possuía, em seu auge, cerca de 70% de produtos relacionados a drogas.

A página Silk Road, cujo nome foi inspirado na denominada Rota da Seda, utilizada no comércio da seda entre Oriente e Europa em épocas remotas, operava na *dark web* e dedicava-se quase exclusivamente ao comércio de drogas ilícitas, a ponto de receber a alcunha de Amazon das drogas.

A página foi fechada em 2013 depois de uma operação conjunta entre o FBI, DEA, IRS e Customs. Foram apreendidos mais de 144 mil *bitcoins*, um valor total estimado, à época, de 34 milhões de dólares, bem como presos diversos usuários, incluído o fundador, que foi condenado à prisão perpétua sem possibilidade de fiança em 2015 por crimes ligados à distribuição de drogas, inclusive pela internet, e conspiração para violar leis de narcóticos (FRANKENFIELD, 2022; MULLIN, 2015).

Em razão da crescente preocupação com a disseminação de moedas virtuais e seu potencial para acobertar lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, em junho de 2014 o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – Gafi/FATF emitiu o seu primeiro informe a respeito de moedas virtuais, no qual constaram definições terminológicas e uma breve análise de riscos potenciais da utilização da tecnologia, como

a pseudoanonimidade e o alcance global, além da distribuição de estruturas de operação em diversos países lenientes no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2014).

Em junho de 2015, o Gafi/FATF publicou o documento intitulado, em tradução livre, de Diretrizes para uma abordagem baseada em risco para moedas virtuais, com foco em casas de câmbio (*exchangers*) de moedas virtuais conversíveis, visto que são um ponto de interseção entre elas e moeda *fiat* (moeda em curso legal nos países) (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2015). Nele, constam diversas recomendações, tais como a obrigação de casas de câmbio de moedas virtuais de atuarem com a devida diligência ao realizar conversões entre moeda *fiat* e virtual mediante a identificação dos usuários e pesquisa sobre seu histórico de transações e a comunicação de transações suspeitas de vínculo com lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Em junho de 2019, novo documento foi editado. Concebido como aprimoramento das diretrizes de 2015, ele buscou se atualizar diante de novas tecnologias e aprimorar explicações e exemplos de regulamentação, bem como indicar eventuais dificuldades que os países podem enfrentar na tentativa de regulação da matéria (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2019). Houve diversas propostas, dentre as quais destacam-se a obrigação de provedores de serviços de bens virtuais de se registrarem perante autoridades nacionais de sua jurisdição de criação e fiscalização por um órgão estatal que goze de prerrogativas de sanção e que coopere internacionalmente com outros países.

Essa diretriz foi atualizada em 2021, após dois relatórios anuais de acompanhamento, para clarificar, de forma abrangente, as definições de ativos virtuais e provedores de serviço de ativos virtuais; exemplificar como os padrões Gafi podem ser aplicados

a *stablecoins* (moedas virtuais com valor atrelado a alguma moeda fiat); prover direcionamento para riscos e ferramentas para que países possam tratar adequadamente as transações *peer-to*-peer, que não passam por provedores de serviço; proporcionar guia atualizado para licenciamento e registro de provedores de serviço de ativos virtuais; possibilitar maior guia para implementação da regra de viagem (mecanismos para prevenção de lavagem de dinheiro correlatos à transferência internacional de valores, notadamente registro de informações completas sobre as pessoas e o objeto da transação, que devem ser aplicados inclusive nas transações nacionais, caso ocorram mediante ativos virtuais); incluir princípios de compartilhamento de informação e cooperação entre entidades de supervisão de provedores de serviço de moedas virtuais. Apresenta, ainda, significativos relatos de implementação de regulação por diversos países (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2021).

Na linha dos trabalhos do Gafi, o parlamento da União Europeia editou a Diretiva n. 849/2015/EU (alterada pela Diretiva n. 843/2018/UE), em junho de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Em sua exposição de motivos, aborda expressamente a necessidade de sujeição de ativos virtuais às obrigações de devida diligência quanto ao cliente, guarda e notificação de operações suspeitas aplicáveis às instituições financeiras relacionadas à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Em seu corpo adota, entre outras medidas, a avaliação baseada em risco idealizada pelo Gafi.

Após ataques terroristas que atingiram o norte da Europa em 2015, o Conselho da União Europeia e o Conselho Europeu solicitaram reforços na normativa relacionada à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo para alcançar moedas virtuais, principalmente por meio

de *exchanges* (INGRAO, 2019). A concretização, na União Europeia, de regulamentação de ativos virtuais nesse contexto de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo veio na Diretiva n. 843/2018/UE (UNIÃO EUROPEIA, 2018), de junho de 2018, que efetivamente ampliou a Diretiva n. 849/2015/UE (UNIÃO EUROPEIA, 2015) para alcançar também *exchanges* e serviços de carteiras virtuais (*wallets*). Ela também definiu a moeda virtual como representação digital de valor não emitida, nem garantida por um banco central nem por uma autoridade pública, não necessariamente associada a uma moeda estabelecida legalmente, que não possui a natureza jurídica de moeda ou dinheiro, porém aceita por pessoas físicas ou jurídicas como meio de câmbio e que se pode transferir, armazenar ou negociar por meios eletrônicos.

Em fevereiro de 2022, o Banco Central Europeu atendeu a pedidos do Parlamento e do Conselho Europeu para se manifestar a respeito de uma proposta de regulação na prevenção do uso do sistema financeiro para lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e uma proposta para uma diretriz acerca de mecanismos a serem adotados por estados-membros para a prevenção do uso do sistema financeiro para lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. O documento publicado, CON/2022/5, elogia a mudança de terminologia adotada pelas diretrizes 2015 e 2018 da União Europeia para substituir o termo moedas virtuais para criptoativos, numa aproximação da definição do Gafi (uma representação digital de valor que pode ser digitalmente comercializada ou transferida, e pode ser usada para pagamento ou para investimento. Criptoativos não incluem representações digitais de moedas *fiat* ou outros ativos financeiros que são tratados em outras recomendações do Gafi) (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2022).

4 EXEMPLO CONCRETO: A REGULAÇÃO NA ITÁLIA

A Itália introduziu, em seu ordenamento, legislação para atender às diretrizes da União Europeia: primeiro, o Decreto Legislativo n. 90, de maio de 2017, em atenção à Diretriz n. 849/2015/UE, e depois o Decreto Legislativo n. 125, de outubro de 2019, que corresponde a atualizações acerca da Diretriz n. 843/2018/UE.

Tais decretos legislativos previram a submissão às normas de prevenção de lavagem de dinheiro aplicáveis a instituições financeiras, também de prestadores de serviços relativos à utilização de moedas virtuais e de prestadores de serviços de carteiras digitais (*wallets*).

Os prestadores de serviços relativos à utilização de moedas virtuais foram primeiro conceituados, no Decreto Legislativo n. 90/2017 (ITÁLIA, 2017), como toda pessoa física ou jurídica que fornece a terceiros, a título profissional, serviços funcionais para utilização, troca, conservação de valores virtuais e sua conversão em moeda de curso legal. Depois, alterou-se a definição no Decreto Legislativo n. 125/2019 (ITÁLIA, 2019) para toda pessoa física ou jurídica que fornece, ainda que *on-line*, serviços funcionais para utilização, troca, conservação de valores virtuais e a sua conversão em moeda de curso legal em representações digitais de valor, inclusive aqueles conversíveis em outros valores virtuais, bem como de serviço de emissão, oferta, transferência e compensação e qualquer outro serviço funcional à aquisição, negociação ou intermediação na troca dessas mesmas moedas.

Trata-se de atualização legislativa para incluir expressamente o exercício dessa atividade *on-line*, bem como incluir também a conversão de uma moeda virtual em outra (além de conversão de

moeda virtual em moeda *fiat*) e, por fim, alcançar qualquer serviço acerca de utilização de valores virtuais (de acordo com a diretriz de 2019 do Gafi). Dessa forma, tais pessoas passaram a ser obrigadas a se licenciarem perante uma autoridade administrativa cuja omissão implica uma sanção administrativa que varia entre 2.065 euros e 10.329 euros. São também obrigados a verificar adequadamente a identidade de seus clientes (*know your client*), bem como a comunicar às autoridades qualquer transação no valor de 15.000 euros ou mais. Possuem, ainda, obrigação de guarda de documentos, datas e informações úteis a prevenir lavagem de dinheiro, bem como de fornecer imediatamente tais documentos quando solicitado (SICIGNANO, 2020).

Por sua vez, os prestadores de serviços de carteiras virtuais foram definidos no Decreto Legislativo n. 125/2019 (ITÁLIA, 2019) como toda pessoa física ou jurídica que fornece, a título profissional, ainda que *on-line*, serviços de salvaguarda de chaves eletrônicas privadas em nome dos clientes para deter, memorizar ou transferir moedas virtuais. A tais pessoas se aplicam as mesmas obrigações que alcançam os prestadores de serviços de utilização de moedas virtuais (SICIGNANO, 2020).

Essas pessoas podem sofrer responsabilidade penal e administrativa em razão da omissão em seus deveres contra lavagem de dinheiro. Além de eventualmente poderem responder, em coautoria, pela própria lavagem de dinheiro, há tipos penais que incidem sobre a utilização de dados falsos na atividade, seja dos clientes, seja das transações realizadas; sobre a violação do dever de comunicação de operações suspeitas; e até os clientes podem incidir em crime por fornecer informações de identidade falsa. Esses tipos penais aplicáveis

à atividade econômica de serviços e guarda de moedas virtuais possuem a contraparte administrativa (SICIGNANO, 2020).[4]

5 A REGULAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS NO BRASIL

O Brasil ainda não possui um posicionamento estatal homogêneo acerca das moedas virtuais. O primeiro documento oficial que abordou expressamente as criptomoedas foi o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – Perguntas e Respostas, de 2016, publicado pela Receita Federal, no qual ela afirma que, muito embora as moedas virtuais não possam ser classificadas como moeda, em função da Lei. n. 9.069/1995 (BRASIL, 1995), são equiparadas a ativo financeiro, e por isso devem ser declaradas como outros bens, muito embora não haja regra para a conversão de valores para fins tributários, ante a inexistência de cotação oficial.

Em outubro de 2017, a Comissão de Valores Imobiliários – CVM emitiu uma nota a respeito das Initial Coin Offerings – ICOs, na qual afirma que, a depender das características da moeda virtual, pode representar valor mobiliário sujeito à sua regulação nos termos da Lei n. 6.385/1976 (BRASIL, 1976). Em janeiro de 2018, a CVM expediu o Ofício Circular n. 1 que destaca a impossibilidade de qualificação de

[4] Para uma visão mais completa a respeito da implementação de medidas de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo por parte de diversos países, recomenda-se a do segundo acompanhamento anual da padronização de ativos virtuais e provedores de serviço de ativos virtuais, realizada em 2021. Lá, existe um diagnóstico detalhado sobre o número de países que deram início à implementação das medidas sugeridas pelo organismo, notadamente a Recomendação n. 15, que trata da fiscalização e instituição de obrigações de prevenção para aquelas atividades econômicas. Reportou-se que 58 jurisdições haviam a legislação necessária para implementar a Recomendação n. 15, com 35 delas com regime operacional. Para uma abordagem panorâmica das medidas de fato tomadas por diversos países sobre ativos virtuais, que ultrapassa o objetivo desse trabalho, o leitor interessado deve procurar a diretriz Gafi atualizada sobre abordagem baseada em risco de ativos virtuais e de provedores de serviços de ativos virtuais, também de 2021, na qual constam relatadas tais experiências.

moedas virtuais como ativos financeiros, como forma de vedar a sua aquisição direta por fundos de investimentos regulados pelo art. 3º da Instrução CVM n. 555/2014 (TEIXEIRA; BOCHI, 2019).

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, em 2017, promoveu a Ação n. 8: Elaborar diagnóstico sobre a atual conjuntura da utilização de moedas virtuais e meios de pagamento eletrônico. Ela foi coordenada pelo Bacen e teve como colaboradores a Agência Brasileira de Inteligência, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, a Associação Brasileira de Magistrados, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, a Controladoria-Geral da União, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Coaf, a Comissão de Valores Mobiliários, a Federação Brasileira de Bancos – Febraban, o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Ministério das Relações Exteriores, a Polícia Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Secretaria da Receita Federal, a Superintendência de Seguros Privados, a Secretaria de Gestão do Ministério de Planejamento e o Tribunal de Contas da União, e demonstra a preocupação conjunta sobre o tema (BOTTINO; TELLES, 2018).

No âmbito do processo legislativo, o Projeto de Lei n. 2.303/2015 (renumerado para PL n. 4401/2021) (BRASIL, 2015), do deputado Áureo Lídio Moreira Ribeiro, dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e dos programas de milhagem aérea na definição de arranjos de pagamento previstos na Lei n. 12.865/2013 (BRASIL, 2013). Ocorre que, como bem pontuado em outra produção acadêmica, o enquadramento é simplesmente inadequado, uma vez que arranjos de pagamento trabalham com intermediários, figura inexistente em negociações de criptomoeda (BOTTINO; TELLES, 2018).

Em 2019, dois projetos foram protocolizados no Senado, Projeto de Lei n. 3.825/2019 (BRASIL, 2019a), do Senador Flávio Arns, e PL n. 3.949 (BRASIL, 2019b), de Styvenson Valentim. Seguiu-se a apresentação do PL n. 4.207/2020 (BRASIL, 2020), de Soraya Thronicke. No dia 22 de fevereiro de 2022, a Comissão de Assuntos Econômicos – CAE do Senado aprovou um substitutivo do Senador Irajá a essas três matérias, que recomenda a aprovação do PL n. 3.825/2019 e prejudicados os outros dois.

Em justificativa, o Senador Flávio Arns se reporta à necessidade de regulamentação do mercado de criptoativos para evitar a sua exploração criminosa e atender à Quinta Diretriz de Prevenção à Lavagem de Dinheiro da União Europeia quanto à regulamentação de *exchanges*.

O PL n. 3.825/2019 conceitua criptoativo como:

> [...] a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e/ou de tecnologia de registro distribuído, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a bens ou serviços, e que não constitui moeda de curso legal. (BRASIL, 2019a).

Uma *exchange*, por outro lado, é definida como a pessoa jurídica que oferece serviços referentes a operações realizadas "criptoativos em plataforma eletrônica, inclusive intermediação, negociação ou custódia" (BRASIL, 2019b).

A regulação do mercado, bem como do funcionamento de *exchanges,* é atribuída ao Banco Central do Brasil nesse projeto, a quem caberá, inclusive, fomentar a autorregulação do mercado de criptoativos. Independentemente disso, há diretrizes básicas para o licenciamento de uma *exchange*, bem como a previsão de deveres básicos de guarda de informações e diligência adequada acerca da identidade de seus clientes, além de obrigá-las aos deveres da Lei n. 9.613/1998 (dispõe sobre crimes de lavagem e cria Coaf), da Lei n. 13.506/2017 (dispõe sobre processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Bacen e CVM), bem como submete a oferta pública de criptoativos que gerem direito de participação, parceria ou remuneração à CVM (o que mantém o entendimento da CVM segundo o qual, nessas hipóteses, o criptoativo se assemelha a título mobiliário). Por fim, consta a inclusão, na Lei n. 7.429/1986 (dispõe sobre crimes contra o sistema financeiro nacional), de tipo penal específico para gestão fraudulenta de *exchange* de criptoativos, com a conhecida figura da gestão temerária e com pena qualificada para gestão fraudulenta mediante pirâmide financeira (BRASIL, 2019b).

Se, por um lado, o projeto de lei tem o mérito de estabelecer uma autoridade estatal para se encarregar do registro oficial e licenciamento da atividade de *exchanges*, de outro, omitiu-se a respeito de *wallets*, que possuem igualmente informações a respeito de titulares de criptoativos, transações e valores (o que inclusive levou ao seu tratamento idêntico às *exchanges* na imensa maioria das iniciativas regulatórias mundiais).

Pode-se, então, seguir dois raciocínios. Primeiro, é possível argumentar que o legislador brasileiro incluiu as *wallets* no conceito de *exchanges* ao se referir à custódia de criptoativos, o que, se não encontra paralelo na realidade, apresenta utilidade para a regulação. Outra interpretação possível é a de que, realmente, a lei é omissa quanto às *wallets*.

Não se pode, entretanto, afirmar que as *wallets* estão indenes de deveres e de escrutínio estatal em se tratando de monitoramento e prevenção de atividades ligadas à lavagem de dinheiro, se realmente prevalecer a interpretação de que a lei é omissa.

O art. 9º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 9.613/1998 prevê que se sujeitam às obrigações de devida diligência quanto a clientes, guarda de informações sobre transações e comunicação de operações financeiras suspeitas "as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos" (BRASIL, 1998). E é justamente essa a função das carteiras de moedas virtuais: oferecer uma interface amigável para controle e transações. Percebe-se, também, que a lei disciplina, nessa hipótese, a transferência de fundos, e não de dinheiro ou título mobiliário, o que se enquadra na definição corrente no Brasil e também naquela prevista no Projeto de Lei n. 3.825/2019 (BRASIL, 2019a).

É interessante apontar que a Lei n. 9.613/1998 (BRASIL, 1998), ao tratar das obrigações de devida diligência quanto à identificação de clientes, guarda de informações acerca de transações realizadas, prevê que tais atividades empresariais devam ser cadastradas no órgão regulador ou fiscalizador ou, na sua falta, no Coaf; a mesma coisa para os dados coletados de operações suspeitas. Significa então que, na ausência de lei que crie autoridade expressamente responsável por centralizar as diversas operações relativas à regulação de *exchanges* e *wallets*, existe a fixação de um órgão para realizar tais tarefas, e o mesmo ocorrerá se for aprovada lei que trate apenas de *exchanges*.

A existência de tal recurso dá razão parcial ao argumento de que os mecanismos atualmente existentes são suficientes para combater uma ameaça significativa ao sistema financeiro nacional proveniente

de criptomoedas, que não seriam uma tecnologia disruptiva a ponto de exigir mudanças na forma como se dá o combate à lavagem de dinheiro, visto que o processo seria semelhante àquele que hodiernamente ocorre com moedas *fiat* (HERZOG; HOCH, 2021).

A nosso juízo, então, a atividade fiscalizatória brasileira sobre empresas de exploração de criptomoedas não corre o risco de sofrer o revés ocorrido na Alemanha. A Autoridade Federal Alemã de Supervisão Financeira – BaFin classificava continuamente as plataformas de *bitcoin* como instrumentos financeiros na forma de unidades de contagem, de acordo com a Lei do Sistema de Crédito, para obrigá-las e demais prestadoras de serviço à autorização, inclusive sob ameaça de sanção criminal. Em setembro de 2018, a corte judiciária alemã responsável (*Kammergericht*) afastou tal entendimento, o que causou um vácuo legal sobre a matéria que somente foi preenchido mediante a implementação nacional da Diretiva 2018/843/EU (HERZOG; HOCH, 2021).

6 CONCLUSÃO

As novas tecnologias que possibilitam o desenvolvimento das moedas virtuais são disruptivas para o desenvolvimento tecnológico e aplicáveis nos mais diversos segmentos possíveis. No entanto, o potencial das moedas virtuais para lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e tráfico de drogas é ainda pouco catalogado pelas autoridades, de modo que não pode ser subestimado.

A simples aquisição ou comercialização de moedas virtuais não configura, em si, conduta reprovável, e nisso reside o desafio de sua regulação: estabelecer um ambiente que permita o desenvolvimento da tecnologia sem deixar de coibir empreitadas criminosas.

Sob esse enfoque, os primeiros passos representados pelas diretrizes do Gafi e União Europeia buscam o equilíbrio mediante uma abordagem baseada na avaliação do risco de cada atividade e parecem adequados. E essa adequação se sustenta mesmo perante a crítica da parcial imprestabilidade de se regular atividades de prestadores de serviço, haja vista que é de amplo conhecimento que as criptomoedas dispensam intermediários para sua circulação e há economias que as aceitam como moeda, o que dificulta até mesmo o rastreio na transposição para o mundo real por meio de aquisição de bens e serviços.

A regulamentação estatal pode, ademais, contribuir para iniciativas de autorregulação, registradas em algumas dessas moedas, que buscam se afastar da pecha de instrumentos da criminalidade organizada.

O Brasil, embora com certo atraso, busca implementar expressamente as diretrizes do Gafi, notadamente quanto à necessidade de licenciamento para atividades de prestação de serviços relacionados a moedas virtuais. O projeto de lei mais recente e que caminha para aprovação possui lacunas, é verdade, mas elas são supridas pela legislação em vigor quanto à lavagem de dinheiro, como demonstrado.

Por fim, as experiências internacionais, aliadas ao modo de funcionamento das criptomoedas, clamam pela regulamentação semelhante e amplo compartilhamento de informações entre países, a fim de mostrar alguma eficácia à altura do desafio.

REFERÊNCIAS

ALAMEDA, Teresa. **Zero knowledge proof**: how to maintain privacy in a data-based world. [*S. l.*]: BBVA, 23 June 2020. Disponível em: https://www.bbva.com/en/zero-knowledge-proof-how-to-maintain-privacy-in-a-data-based-world/. Acesso em: 8 fev. 2022.

ASSIS, Amanda. Criptomoedas e Direito Penal econômico: uma análise à luz do crime de lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, v. 3, p. 65-82, jul./set. 2020.

BASTIANI, Amanda. **O que é e como funciona o Proof of Work?** [*S. l.*]: CriptoFacil, 5 dez. 2019. Disponível em: https://www.criptofacil.com/o-que-e-e-como-funciona-o-proof-of-work/. Acesso em: 1º fev. 2022.

BINDSEIL, Ulrich; PAPSDORF, Patrick; SCHAAF, Jürgen. The encrypted threat: bitcoin's social cost and regulatory responses. **SUERF Policy Note**, Austria, n. 262, p. 1-20, Jan. 2022. Disponível em: https://www.suerf.org/docx/f_88b3febc5798a734026c82c1012408f5_38771_suerf.pdf. Acesso em: 3 fev. 2022.

BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana. Lavagem de dinheiro, Bitcoin e regulação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 148, p. 131-176, out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 4401/2021 (n. anterior: PL n. 2303/2015)**. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. Autor: Aureo Lidio Moreira Ribeiro. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995**. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9069.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013**. Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica e o financiamento da renovação e implantação de canaviais com equalização da taxa de juros [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.506, de 13 de novembro de 2017**. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 3.825, de 2019**. Disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação. Autoria: Senador Flávio Arns (REDE/PR). Brasília, DF: Senado Federal, 2019a. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973487&ts=1645677096932&disposition=inline. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 3.949, de 2019**. Dispõe sobre transações com moedas virtuais e estabelece condições para o funcionamento das *exchanges* de criptoativos [...]. Iniciativa: Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). Brasília, DF: Senado Federal, 2019b. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137644. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 4.207, de 2020**. Dispõe sobre os ativos virtuais e sobre as pessoas jurídicas que exerçam as atividades de intermediação, custódia, distribuição, liquidação, transação, emissão ou gestão desses ativos virtuais, sobre crimes relacionados ao uso fraudulento de ativos virtuais, bem como sobre o aumento de pena para o crime de "pirâmide financeira", e altera a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Iniciativa: Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS). Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144036. Acesso em: 12 mar. 2022.

CHAVE pública e privada do bitcoin: entenda o que são e como funcionam. [*S. l.*]: Portal do Bitcoin, 28 set. 2018. Disponível em: https://portaldobitcoin.uol.com.br/chave-publica-e-privada-do-bitcoin-entenda-o-que-sao-e-como-funcionam/#:~:text=Chaves%20privadas%2C%20o%20que%20s%C3%A3o,ser%20acessada%20por%20outras%20pessoas. Acesso em: 2 fev. 2022.

CURRAN, Brian. **What is the dandelion protocol?** complete beginner's guide. [*S. l.*]: Blockonomi, 4 Oct. 2018. Disponível em: https://blockonomi.com/dandelion-protocol/. Acesso em 10 fev. 2022.

EFANOV, Dmitry; ROSCHIN, Pavel. The all-pervasiveness of the blockchain technology. **Procedia Computer Science**, Manchester, v. 123, p. 116-121, 2018. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877050918300206. Acesso em: 7 fev. 2022.

EUROPEAN CENTRAL BANK. **Opinion of the European Central Bank, of 16 february 2022**: on a proposal for a directive and a regulation on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing (CON/2022/5). Frankfurt: ECB, 16 Feb. 2022. Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/

other/en_con_2022_5_f_sign~28d246a36e..pdf?0747dd114f0107799ad0b6fcb202233f. Acesso em: 23 fev. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **FATF report**: virtual currencies key definitions and potential AML/CFT risks. Paris: FATF/ OECD, June 2014. Disponível em: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Guidance for a risk-based approach**: virtual currencies. Paris: FATF/ OECD, June 2015. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Guidance for a risk-based approach to virtual assets and virtual asset service providers**. Paris: FATF/ OECD, 21 June 2019. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets-2021.html. Acesso em: 19 fev. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Updated guidance for a risk-based approach to virtual assets and virtual asset service providers**. Paris: FATF/ OECD, Oct. 2021. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Updated-Guidance-VA-VASP.pdf. Acesso em: 26 fev. 2022.

FRANKENFIELD, Jake. **Silk Road (*website*)**. [*S. l.*]: Investopedia, 26 July 2021. Disponível em: https://www.investopedia.com/terms/s/silk-road.asp. Acesso em: 16 fev. 2022.

FRANKENFIELD, Jake. **Stealth address (*cryptocurrency*)**. [*S. l.*]: Investopedia, 25 Feb. 2022. Disponível em: https://www.investopedia.com/terms/s/stealth-address-cryptocurrency.asp. Acesso em: 7 fev. 2022.

HARPER, Colin. The anatomy of anonymity: how dandelion could make bitcoin more private. **Bitcoin Magazine**, [*s. l.*], 29 Aug. 2018. Disponível em: https://bitcoinmagazine.com/culture/anatomy-anonymity-how-dandelion-could-make-bitcoin-more-private. Acesso em: 10 fev. 2022.

HERZOG, Felix; HOCH, Temba. Bitcoins e lavagem de dinheiro: um balanço dos casos e das diretrizes regulamentadoras. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 97-114, out./dez. 2021.

INGRAO, Cristina. Gli strumenti di prevenzione nazionali ed europei in materia di valute virtuali e riciclaggio. **Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale**, Milano, v. 2, p. 148-158, 2019. Disponível em: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_2_2019_ingrao.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022.

ISMAR, Bruno. **O que é zcash**: confira como funciona e por que esse ativo foi criado! [*S. l.*]: Renova Invest, 24 mar. 2021. Disponível em: https://renovainvest.com.br/blog/o-que-e-zcash-confira-como-funciona-e-por-que-esse-ativo-foi-criado/. Acesso em: 7 fev. 2022.

ITÁLIA. Presidente della Repubblica. **Decreto Legislativo 25 Maggie 2017, n. 90**. Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attivita' criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006. Roma: Presidente della República, 2017. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario. Acesso em: 12 mar. 2022.

ITALIA. Presidente della Repubblica. **Decreto Legislativo 4 ottobre 2019, n. 125**. Modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi 25 maggio 2017, n. 90 e n. 92, recanti attuazione della direttiva (UE) 2015/849, nonche' attuazione della direttiva (UE) 2018/843 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE. Roma: Presidente della Repubblica, 2019. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario. Acesso em: 12 mar. 2022.

LIN, Chia-Chen; CHANG, Chin-Chen; ZHENG, Yao-Zhu. A ring signature based anonymity authentication scheme for group medical consultation. **Symmetry**, [*s. l.*], v. 12, n. 12, p. 2009, 2020. DOI: https://doi.org/10.3390/sym12122009. Disponível em: https://www.mdpi.com/2073-8994/12/12/2009. Acesso em: 7 fev. 2022.

MULLIN, Joe. **Ulbricht guilty in silk road online drug-trafficking trial**. [New York]: Arstechnica, 4 Feb. 2015. Disponível em: https://arstechnica.com/tech-policy/2015/02/ulbricht-guilty-in-silk-road-online-drug-trafficking-trial/. Acesso em: 16 fev. 2022.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin**: a peer-to-peer electronic cash system. [*S. l.*]: Bitcoin, 31 Oct. 2008. Disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

O QUE é o CoinJoin? [*S. l.*]: Bit2me Academy, c2022. Disponível em: https://academy.bit2me.com/pt/o-que-%C3%A9-coinjoin/. Acesso em: 10 fev. 2022.

PARMAN, Arman the. A comprehensive bitcoin CoinJoin guide: Everything you need to know about utilizing CoinJoin in your bitcoin transactions. **Bitcoin Magazine**, [*s. l.*], 6 Dec. 2021. Disponível em: https://bitcoinmagazine.com/technical/a-comprehensive-bitcoin-coinjoin-guide. Acesso em: 10 fev. 2022.

RAVISETTI, Monisha. **Quantum hackers could break bitcoin in minutes, but don't panic just yet**. [*S. l.*]: CNET, 8 Feb. 2022. Disponível em: https://www.cnet.com/news/quantum-hackers-could-break-bitcoin-in-minutes-but-dont-panic-just-yet/. Acesso em: 28 fev. 2022.

SETH, Shobhit. **The 6 most private cryptocurrencies**. [*S. l.*]: Investopedia, 4 July 2021. Disponível em: https://www.investopedia.com/tech/five-most-private-cryptocurrencies/. Acesso em: 7 fev. 2022.

SICIGNANO, Gaspare. Gli obblighi antiriciclaggio degli operatori in moneta virtuale: verso l'autocertificazione per gli utenti della blockchain? **Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale**, Milano, v. 4, p. 146-163, 2020. Disponível em: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_4_2020_Sicignano.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

TEIXEIRA, Tarcísio; BOCHI, Bruno Vicentim. Criptomoedas: uma análise sobre a viabilidade de sua regulação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 1000, p. 699-725, fev. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Diretiva (UE) n. 2.015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Diretiva (UE) n. 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n. 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva n. 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva n. 2006/70/CE da Comissão. Estrasburgo: Parlamento Europeu, 2015. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849. Acesso em: 12 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Diretiva (UE) n. 2.018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Diretiva (UE) n. 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) n. 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas n. 2009/138/CE e 2013/36/EU. Estrasburgo: Parlamento Europeu, 2018. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0843. Acesso em: 12 mar. 2022.

WHAT ARE distributed ledger technologies (DLTs)? [*S. l.*]: Hedera, c2022. Disponível em: https://hedera.com/learning/what-are-distributed-ledger-technologies-dlts?gclid=CjwKCAiAl-6PBhBCEiwAc2GOVG027Nan8DR3_RsiOYba1elPGfSwmp8j0zGtoZa-VYTzKAoChyYueBoCozgQAvD_BwE. Acesso em: 3 fev. 2022.

WHAT ARE zk-SNARKs? [*S. l.*]: ZCash, c2021. Disponível em: https://z.cash/technology/zksnarks/. Acesso em: 8 fev. 2022.

WHAT IS Ethereum? [*S. l.*]: Binance Academy, 17 Nov. 2021. Disponível em: https://academy.binance.com/en/articles/what-is-ethereum#are-ethereum-transactions-private. Acesso em: 4 fev. 2022.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.189

O RECONHECIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COMO ESTRUTURA COMPLEXA E ÚNICA DA SOCIEDADE – COMPARATIVO À LEGISLAÇÃO ITALIANA QUE TIPIFICA NOMINALMENTE O PERTENCIMENTO A UMA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 416-BIS)

THE RECOGNITION OF CRIMINAL ORGANIZATIONS AS A COMPLEX AND UNIQUE STRUCTURE OF SOCIETY – COMPARATIVE TO THE ITALIAN LEGISLATION THAT TYPIFIES THE ASSOCIATION TO A CRIMINAL ORGANIZATION (ART. 416-BIS)

MARIANA PARMEZAN ANNIBAL
Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Juíza de direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Experiência na área de Defesa, com ênfase em Direito Penal e Criminologia.
https://orcid.org/0000-0003-0913-3953

RESUMO

No presente texto, discute-se como as instituições legislativa e judiciária brasileiras poderiam utilizar a experiência das instituições italianas no combate às organizações criminosas. É preciso reconhecer que, enquanto o combate às associações criminosas de fato organizadas quando muito remontam 15 a 20 anos no Brasil (a primeira lei a tratar do tema de forma rudimentar data de 1995), esse fenômeno se dá na Itália há pelo menos um século, fazendo com que tal experiência traga casos de sucesso e fracasso que podem ser utilizados pelas autoridades brasileiras. Analisando a formação das organizações criminosas nos dois países e as respectivas legislações, percebe-se que a sociedade brasileira, leia-se tanto as autoridades públicas quanto

a mídia, insiste em negar a existência de fato de organizações como o Primeiro Comando da Capital, o Comando Vermelho, a Família do Norte, as milícias, entre outros, tratando todas elas como "facções criminosas que dominam o Estado", o que sem dúvida não colabora para o seu combate. Apenas com uma leitura mais aprofundada das características mais específicas de cada uma dessas organizações, nomeando-as, reconhecendo suas forças e fragilidades, será possível realizar um combate específico e sair do ciclo vicioso de encarceramento de pequenos traficantes que não combate nem ao menos desestabiliza tais associações.

Palavras-chave: organizações criminosas; origem; características; Primeiro Comando da Capital; máfia; legislação brasileira; legislação italiana; método de combate; comparativo.

ABSTRACT

This text discusses how Brazilian legislative and judicial institutions could use the experience of Italian institutions to fight criminal organizations. It is necessary to recognize that, while the fight against organized criminal associations at most dates back 15 to 20 years in Brazil (the first law to address the issue in a rudimentary way dates from 1995), this phenomenon has been taking place in Italy for at least a century, so this long experience can bring cases of success and failure that can be used by Brazilian authorities. Analyzing the formation of criminal organizations in both countries and the respective legislation, it is clear that Brazilian society – both the public authorities and the media – insist on denying the existence of organizations such as the Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, milícias, among others, treating all of them as "criminal organizations that dominate the State", which undoubtedly does not contribute to the combat of this kind of criminality. Only with a deeper reading of the more specific characteristics of each of these organizations, naming them,

recognizing their strengths and weaknesses, will it be possible to carry out a specific fight and get out of the vicious cycle of incarceration of small traffickers that do not even destabilize such associations.

Keywords: criminal organizations; origin; characteristics; Primeiro Comando da Capital; mafia; Brazilian legislation; Italian legislation; method of combat; comparative.

Recebido: 11-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Origem histórica da máfia e do Primeiro Comando da Capital. 3 Semelhanças entre tais organizações criminosas. 4 Conclusão – análise das condutas tomadas pela Itália e sua possível aplicação no Brasil. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a sociedade brasileira se deparou com o nascimento, o crescimento e o desenvolvimento da criminalidade de fato organizada, não sendo possível abstrair a sua existência, nomenclatura, musculatura e dominância, como pretendem alguns. É necessária a ampliação dos estudos acerca da origem de tais estruturas e a efetividade das condutas tomadas pelos entes públicos com a finalidade de combater o crime organizado e, portanto, o futuro de tais organizações, o que sem dúvida esbarra na experiência internacional, especialmente a italiana, com o tema.

Chama a atenção nesse tema e, particularmente, na sociedade paulistana, o quase que monopólio do crime ou pelo menos o seu controle na sociedade paulista pela organização autointitulada Primeiro Comando da Capital – PCC.

Não se desconhece a existência de outras organizações criminosas no Brasil, que é um país de dimensões continentais, justificando as disparidades no modo como estas nasceram e se desenvolveram, mas esse não será o enfoque deste estudo – que visa analisar como o PCC encontrou espaço e oportunidade para exercer poder nas periferias do Estado do São Paulo e como esse poder está além da influência para a prática de atividades ilícitas e em quais medidas se aproxima ou se afasta da estrutura organizacional da máfia italiana.

Fixado o propósito, é preciso regredir conceitualmente para progredir comparativamente.

Para Zaffaroni (1996, p. 46), a organização criminosa não pode ser confundida com uma associação criminosa, que se caracteriza pela pluralidade de agentes que a legislação busca responsabilizar penalmente líderes e condutores. O conceito de crime organizado para o autor nem mesmo pode ser entendido no mundo pré-capitalista, pois necessariamente abarca duas características primárias: estrutura empresarial – que é pressuposto desse sistema econômico – e mercado ilícito.

O mesmo autor cita em seu trabalho ainda que, em 1976, nos Estados Unidos, um comitê concluiu sobre a conceituação de crime organizado "[...] não existir uma definição suficientemente abrangente, que satisfaça as necessidades dos indivíduos e grupos muito diferentes que possam usá-la como meio para desenvolver um esforço controlador do crime organizado" (UNITED STATES, 1976 apud ZAFFARONI, 1996,

p. 47), discorrendo sobre a incapacidade da doutrina e jurisprudência de chegarem a um consenso e a um conceito claro sobre o tema, o que se torna uma problemática ainda mais profunda quando se nega as características unas de cada uma dessas estruturas, tratando-as como um fenômeno único e com um olhar simplista.

Ou seja, dependendo do modelo de organização criminosa analisado, ele apresentará elementos distintos e em comum, sendo que a não consideração de tais fatores com a adoção de uma definição única sem especificidades sem dúvida levará a uma leitura equivocada e pouco eficaz do fenômeno (BORGES, 2002, p. 16).

Assim, se há mais de 45 anos a doutrina tinha dificuldade de delinear os contornos das organizações criminosas, na sociedade atual, muito mais complexo é tal tema, e deve ser analisado com cautela, conforme se demonstrará.

Historicamente, estamos tratando de um tema relativamente recente, que envolve todo o deslinde social pós-capitalista e suas bases sendo que apenas uma compreensão macropolítica, econômica e de segurança será capaz de criar elementos mais claros e reais para a formação de uma política criminal.

Fica claro, assim, que o ângulo ainda hoje defendido por certa ala política, principalmente de que estaríamos lidando com bárbaros a serem combatidos apenas com violência, não encontra guarida na realidade, o que é possível observar não só nas ruas paulistas como também se pode depreender dos anos de lida da segurança pública frente à máfia na Itália.

Mais do que isso, da mesma forma que na realidade italiana, percebe-se no Brasil que a relação máfia-política, milícia-política, PCC-política nunca foi de fato revelada à população – do ponto de vista tanto político como de sua formação institucional – de maneira aberta e clara pelos meios de comunicação em massa e pelas instituições responsáveis pela segurança pública, tratando-se de opções e conveniência da opinião daqueles que transmitem a informação, o que sem dúvida não só prejudica seu combate como cria uma aura não desejada em cima do tema (DINO, 2010, p. 121).

Antes, porém, é preciso delinear alguns limites e características das organizações criminosas, a fim de adentrar no tema de sua classificação e identificação, pontuando o papel da mídia, da política e das instituições no seu combate e até sua influência no crescimento dessas organizações.

Parece evidente que a origem do PCC se diverge em grande monta da origem da máfia italiana, mas são necessários uma abordagem e um estudo específico desta estrutura, uma vez que as teorias do crime organizado conhecidas e aceitas pelos estudiosos e pelos entes de segurança não são suficientes para explicar como funciona essa organização (FELTRAN, 2018, p. 20).

Por outro lado, da mesma forma que a criminologia enfrenta dificuldades para a determinação do conceito de organização criminosa, falta mais ainda aos governos elementos críticos de entendimento dessas estruturas ao pensarem em políticas públicas que gerem o efetivo combate à criminalidade, ao que nos parece, levando a medidas populistas que, ao final, geram apenas o encarceramento em massa da população mais vulnerável e alimentam o crescimento da facção.

Diferentemente do Brasil, que teve a primeira tentativa de regulamentar o combate à criminalidade organizada por meio da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, a Itália vem lidando com um tipo de organização criminosa há pelo menos 200 anos, tendo obtido sucessos e fracassos com medidas públicas de combate à máfia que, sem dúvida, podem auxiliar a nossa compreensão do fenômeno por meio de paralelo de similaridades e diferenças que ajudem a entender como lidar ou não com a criminalidade organizada.

O grande desafio, portanto, é conseguir ter um olhar amplo para o fenômeno da organização criminosa, entendendo que se trata de uma estrutura criminal complexa, recheada de nuances e atividades lícitas e ilícitas, e não condutas isoladas e individuais.

Apenas com tal leitura, os Poderes Executivo e Judiciário como um todo poderão entender se, naquela região ou comunidade, há uma estrutura organizada de fato com planos, pactos e finalidades ou trata-se de atividades criminosas não diretamente conectadas e compartilhadas.

Compreender essa arquitetura básica da organização criminosa é de fundamental importância para a determinação das diretrizes de política de segurança pública e inovação legislativa, sob pena de permanecermos em um ciclo vicioso de encarceramento que, inevitavelmente, como podemos perceber dos últimos 15 anos, leva à expansão desenfreada dos integrantes ou simpatizantes das facções criminosas.

2 ORIGEM HISTÓRICA DA MÁFIA E DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL

Dito isto, entende-se crucial desenvolver um paralelo histórico, organizacional e de enfrentamento entre a máfia e o PCC, a fim de perceber a efetividade das medidas que vêm sendo tomadas pelos governos e pela sociedade, e o que é ou não possível de aproveitar e aprender com tais experiências.

Na vertente histórica, sabe-se que a máfia italiana não nasceu, mas ganhou destaque e poder em 1893 com o reconhecimento da Cosa Nostra como organização criminosa chamada de máfia, tendo surgido como alternativa ao poder estatal diante das condições geográficas, políticas, sociais e econômicas da região da Sicília.

Ocorre que, com o passar do tempo, a criação de um Estado mais forte e a integração da região da Sicília com as demais regiões italianas não enfraqueceram a existência dos mafiosos como poder paraestatal, isso porque eles se associaram aos Manutengolos (CHRISTINO, 2016, p. 20-21), elite econômica da época, que permitia o uso de suas terras em troca de proteção – ou seja, logo de início, a criminalidade estava diretamente ligada a uma elite corrupta que se beneficiava de seus serviços.

Com a unificação do Estado Italiano, a máfia sai da ilha da Sicília e migra ao norte, dando-se conta da oportunidade de se infiltrar nos meandros da política e do governo para obter recursos mais amplos e de maneira mais rápida, andando assim sempre em paralelo com a elite social preestabelecida, fazendo com que os Manutengolos e os criminosos se fundissem em uma figura única em diversas oportunidades.

Ainda, com o fim do fascismo, período governamental de grande dificuldade para os grupos mafiosos, a máfia ofereceu apoio às Forças Aliadas e, com isso, foram beneficiadas com diversos cargos políticos ao fim da guerra, tornando de vez a exploração de atividades públicas como principal fonte de renda da organização criminosa.

Outrossim, além de sua origem em uma região específica da Itália, a máfia está estritamente vinculada a laços sanguíneos, ou seja, a base intrínseca da organização é essencialmente familiar, como é o caso da Ndrangheta, motivo pelo qual seus integrantes são amplamente conhecidos dentro das comunidades – e tendo prestígio maior dependendo do cargo que ocupam na organização.

Ou seja, a máfia é uma organização com fortes raízes locais, na qual a estrutura piramidal de cima para baixo resiste, tratando-se de uma estrutura organizacional complexa que, partindo da célula básica da família, desenvolve-se por meio de agregações territoriais crescentes até abarcar porções significativas do território siciliano.

Desse modo, na máfia, há uma diferenciação entre aqueles que são pertencentes à organização por laços familiares e os que não têm vínculo sanguíneo; aqueles que não pertencem à organização, chamados de *contrasto*, e aqueles que não pertencem, mas prestam serviços à organização, os *contrasto onorato;* e ainda aqueles que são batizados e se tornam soldado, podendo subir na estrutura piramidal pré-determinada.

Analisando, assim, essa estrutura, os estudiosos concluíram que a sua solidez constitui o motivo da resistência da organização mesmo perante os golpes fundamentais e muito pesados infligidos pelo Estado aos clãs mafiosos. Paralelamente, tem desempenhado uma função de

garantia interna como mecanismo de regulação dos conflitos entre os diversos órgãos de menor dimensão.

Em outro paralelo, que ao olhar menos minucioso levaria a crer que uma entidade completamente diversa surgiu no Brasil, há o Primeiro Comando da Capital, que tem contornos menos fixos e pouco ligados a questões hereditárias, mas que se alimenta dos mesmos nutrientes das organizações criminosas mafiosas.

A origem do Primeiro Comando da Capital não tem vinculação familiar ou territorialidade definida. Ele se difere nessa toada, pois seu estopim se deu diante da situação das prisões brasileiras que, há tempos, enfrentam a situação de superlotação e péssimas condições de salubridade, segurança e humanidade.

O embrião da facção criminosa hoje Primeiro Comando da Capital se deu, portanto, no dia 2 de outubro de 1992 dentro do Complexo Prisional do Carandiru, quando ocorreu o massacre policial que culminou na morte de 111 presos, conforme se depreende da versão de 1997 do estatuto do PCC (primeira geração):

> 13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 2 de outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões. (JOZINO, 2017, p. 20).

Com a crise política remanescente do massacre, diversos presos foram transferidos para penitenciárias no interior da

capital, especificamente para a Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté – CCTT, também chamada de Piranhão, conhecida pelas inúmeras torturas a que os presos eram submetidos, inclusive levando alguns deles à perda de sua sanidade mental.

Nesse local, Idemir Carlos Ambrósio, conhecido como Sombra, conheceu César Augusto Roriz Silva, o Cesinha, que o apresentou para Marcos Willians Herbas Camacho, o Marcola, seu amigo de infância (JOZINO, 2017, p. 27). Deste encontro, nasceram as primeiras ideias de se organizarem a fim de combater as atrocidades estatais por meio de uma facção criminosa (JOZINO, 2017, p. 20).

Por fim, em 25 de julho de 1990, foi editada a Lei n. 8.072, ou a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), que criou diversos empecilhos para a progressão de regime e soltura daqueles condenados por crimes mais graves, tornando ainda mais complicada a vida destes indivíduos que contavam com longas penas e estavam em locais com pouca ou quase nenhuma estrutura.

A junção desses três fatores levou à criação de uma organização criminosa que tinha como objetivo primário, ao menos no discurso, combater a violência estatal que se dava dentro e fora dos presídios, tendo como consequência ocupado o espaço vazio deixado pelo Estado, tanto dentro das prisões, sem qualquer estrutura e organização, como nas periferias.

Dessa forma, somando todos esses fatores, em especial as pressões que se exerceram sobre o universo carcerário paulista, gerou-se a ruptura do *status quo* antes existente, marcado pela repressão governamental violenta nos presídios, sem combate organizado por parte dos presos. No dia 31 de agosto de 1993, nasceu oficialmente o Primeiro Comando da Capital.

Diante desse cenário, percebe-se que o alinhamento de fatores que gerou o grupo criminoso foi especificamente o encarceramento em massa, predominantemente de pessoas das classes D e E, que vivem nas regiões mais marginalizadas, sem acesso à infraestrutura básica e, portanto, mais sujeitas à seletividade do Poder Judiciário.

Interessante, nesse sentido, o relato de Marcos Camacho, o Marcola, na Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI do Tráfico:

> O SR. MARCOS WILLIAN HERBAS CAMACHO (Marcola) – Eu acho que é o seguinte. Nós todos somos praticamente filhos da miséria, todos somos descendentes da violência, desde crianças somos habituados a conviver nela, na miséria, na violência. Isso aí, em qualquer favela o senhor vai ver um cadáver ali todo dia. Quer dizer, a violência é o natural do preso, isso é natural. Agora, essas organizações vêm no sentido de refrear essa natureza violenta, porque o que ela faz? Ela proíbe ele de tomar certas atitudes que pra ele seria natural, só que ele estaria invadindo o espaço de outro, o senhor entendeu? De outro preso. E elas vêm no sentido de coibir isso mesmo. É claro que se [...]. (BRASIL, 2006a, p. 25).

Por esse motivo, para integrar o PCC, existe um processo de filiação que se dá através do batismo, momento a partir do qual o *companheiro* se torna um *irmão* e, com isso, está submetido a outros regramentos, passando a ter um compromisso com o crime (DIAS, 2011, p. 252). O mesmo ocorre no caso da máfia, em que a pessoa deixa de ser um *contrasto* e passa a ser um soldado – o que só pode se dar por meio da indicação de uma pessoa já filiada chamada de *padrinho*, que passa também a ter responsabilidade sobre aquele indivíduo que ele indicou –, criando uma espécie de corrente de responsabilidade e irmandade entre os integrantes.

3 SEMELHANÇAS ENTRE TAIS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Pontuadas as diferenças originárias das duas organizações criminosas, máfia italiana e PCC, temos que apontar as suas semelhanças e formas de combate usados por ambos os governos, bem como o tratamento social dispensado a elas.

É facilmente perceptível que estados paralelos surgem do vácuo deixado pelo governo ao não atender as necessidades básicas da população e, por isso, tais grupos têm pouca resistência dos moradores locais quanto a sua origem, visto que, em princípio, pareciam ter como interesse a melhoria da vida daquela comunidade.

Mais do que isso, tem-se que as associações criminosas como um todo – máfia, PCC, CV, milícias – partem de um controle populacional, seja de um território, de uma comunidade, de uma sela, um presídio. Locais esses que, em regra, não contam com proteção estatal, que atua de maneira repressiva, sem diferenciar o morador que lá reside do criminoso que domina e comanda, o que sem dúvida gera maior desconfiança e afastamento de toda a população em face do Estado (BORGES, 2002, p. 30).

A máfia surgiu da ausência estatal em uma ilha distante dos centros políticos e econômicos; a milícia veio no combate à violência nas comunidades mais pobres do país; e o PCC nasceu do completo abandono estatal àqueles submetidos ao seu poder.

Assim, para os que estavam no entorno, as organizações tinham como objetivo suprir as necessidades daquela comunidade, seja pelo fornecimento de insumos básicos, pela proteção do seu comércio

ou para dar dignidade em situações em que a população foi completamente renegada pelo seu Estado.

Ocorre que, com o crescimento desses grupos e o monopólio da força naquela região, outras vertentes foram criadas, fazendo com que essa população, que se sentiu vista, passasse a ser dominada e refém.

É ainda possível observar que em tais comunidades há uma obrigação quase que intrínseca de se submeter à organização criminosa dominante, seja ela qual for – máfia, PCC, milícia –, pois os indivíduos que lá residem encontram-se psicologicamente dominados, a ponto de ser um consenso que o local que moram, o empreendimento que criam e a atividade comercial que exercem não lhes pertencem, mas sim tratam-se de concessões dadas – e que podem ser a qualquer momento retiradas pelo crime organizado.

Isso faz parecer que a criminalidade, conforme bem se observa no Estado de São Paulo, assim como era na antiga hegemonia mafiosa na Sicília, é onipotente. Contudo, não é esse o caso: não se trata de onipotência, mas sim de oportunismo, no qual os perpetradores selecionam cuidadosamente os alvos sobre os quais vão exercer seu poder e os submetem psicologicamente, gerando em toda aquela sociedade o mito da onipotência (DINO, 2010, p. 132).

É possível visualizar quase que de forma cristalina tal poder no PCC que, diferentemente de outras organizações que precisam derrotar e destruir a concorrência, usa tática da negociação, ou melhor, do domínio psicológico, fazendo com que todos exerçam suas funções sob o manto dos princípios do crime – "correr pelo certo" – sem ter que destinar parte de seus lucros – ao menos diretamente – à organização, mas apenas seu respeito e sua colaboração quando solicitados – uma

lógica muito mais concatenada com o mundo capitalista, como previa Zaffaroni (2001).

Esse fator também viabiliza quase que uma hegemonia do partido, seja nos presídios, seja na periferia, pois não necessariamente – e mais ainda raramente – o indivíduo precisa ser batizado para "correr com o PCC". Isso porque basta que aquela população se submeta às regras impostas pela organização – entre elas, levar as discordâncias para o comando local – para que a região seja considerada do PCC, além das pessoas – que nem mesmo são, e na sua maioria não são, criminosos, apesar de não se oporem ao modo de agir determinado pela facção.

Tamanho é o sucesso de tal artimanha psicológica de dominação que o estado paulista se deparou até mesmo com uma queda na criminalidade violenta após a dominação do PCC nas comunidades, especialmente no tráfico. Isso porque a dinâmica de onipotência, ainda que aparente, e o preenchimento dos vácuos estatais permitiram que não fosse necessária a utilização de armas pelos agentes que atuam no mercado varejista de entorpecentes, visto que há uma hegemonia, ao menos em como se deve agir. Há uma regra de ouro de que os conflitos não são decididos diretamente pelas partes, mas por alguém determinado pelo comando – sendo o suficiente para a manutenção do controle.

Nesse sentido, deixa patente Feltran (2018):

> Não é a ilegalidade em si o que produz a violência, como se afirma em alguns congressos especializados. O que produz a violência estatal contra o tráfico de drogas é a ideia de que não é praticado por seu Waldomiro, um porteiro, um trabalhador, mas por sujeitos incivis, que nos ameaçam e devem ser privados do convívio social. Sujeitos que bloqueiam, pela recusa

> em se submeterem às regras comuns, nosso projeto de modernização. Pessoas que atravancam o caminho para uma sociedade correta de todos. (FELTRAN, 2018, p. 72).

É preciso, como se vislumbra pela sociedade italiana, enxergar o crime organizado brasileiro de forma mais ampla, e não o apontar como um bicho-papão que tem garras e sinais característicos que possibilitem "as pessoas de bem" se afastarem. Pelo contrário, ele está enraizado em quase todos os setores sociais – apesar da insistente negativa da mídia e da política.

A Agência de Notícias de Direitos da Infância, em 2005, trazia a constatação de que o modo como a guerra às drogas é tratado – e consequentemente o combate às organizações criminosas – vem gerando uma sensação de insegurança que justifica medidas repressivas não compatíveis com a realidade fática do tráfico e consumo de entorpecentes (AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DOS DIREITOS DA INFÂNCIA, [20--], p. 6).

A partir de análises iniciais, constatou-se que tratar de drogas na mídia brasileira significa quase sempre tomar como ponto de partida uma relação estreita com a violência urbana, levando o tema a adquirir proporções gigantescas, com reações da mesma ordem, traduzidas em ações cada vez mais repressivas.

As consequências dessa conduta sedimentada de propagação de medo e ansiedade impedem que a sociedade tenha uma visão macro da situação e desenvolva uma compreensão real do que de fato vem ocorrendo. Em vez disso, possui uma visão politicamente direcionada conforme as conveniências do momento.

Diante disso, as políticas dirigidas ao combate das organizações criminosas acabam tendo um impacto pontual, sem qualquer reverberação no grupo – até porque miram em indivíduos rotulados e estigmatizados –, e ainda não colaboram para a mudança da concepção da sociedade do efeito que a organização criminosa tem em suas vidas cotidianas (AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DOS DIREITOS DA INFÂNCIA, [20--], p. 8).

Como bem pontuou Maria Gorete Marques de Jesus (2016, p. 42):

> O Brasil adentra esse cenário, mas ainda de forma muito tímida, pois permanece adotando uma política de combate focada na 'guerra contra as drogas', difundida na Convenção Única sobre Entorpecentes (1961) e propagada pelo presidente americano Richard Nixon na década de 50. Uma das principais características desse tipo de política é a ausência de limitações significativas no exercício do poder discricionário da polícia, tolerada e aceita pelo sistema de justiça criminal, que integra a lógica da 'guerra contra as drogas'.

Ou seja, o modelo até então usado pelo Estado brasileiro no combate às organizações criminosas, o tratamento dado pelas mídias a esse fenômeno, em especial a negação de sua existência como uma entidade reconhecida e nomeada (Primeiro Comando da Capital), e o encarceramento em massa de uma parcela marcada da população, somados ao enraizamento da cultura do crime e a substituição estatal nos locais abandonados pelo poder público tornaram-se a fórmula do sucesso e do crescimento do PCC.

4 CONCLUSÃO – ANÁLISE DAS CONDUTAS TOMADAS PELA ITÁLIA E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO NO BRASIL

Dito isso, o primeiro ponto que chama a atenção a ser modificado é a insistência dos governos e da mídia em fingir que o Primeiro Comando da Capital não existe como estrutura única, mas se trata da "organização criminosa que domina as prisões paulistas".

Sabidamente, dar nome e reconhecer a existência da instituição é primordial para iniciar sua análise na especificidade que ela demanda, podendo assim prever seus movimentos e planejar formas de desestruturação.

A fim de combater esse tipo de crime, a legislação italiana foi adaptada, criando em favor das autoridades que combatem e julgam os delitos institutos processuais que fossem de fato eficazes para lidar com a realidade vivida, quais sejam: legislação antiterrorismo, legislação antissequestro, legislação dos colaboradores e legislação específica de combate à máfia (BORGES, 2002, p. 16).

Em relação à última legislação citada, tem-se que o Poder Legislativo resolveu por bem criar uma lei específica para a criminalização da máfia, citando nominalmente a Cosa Nostra, a Camorra e a Ndrangheta, por meio do art. 416-bis do Código Penal, que foi introduzido em 1982 com a Lei n. 646 (ITALIA, 1930).

> *Art. 416-bis, codice penale - Associazione di tipo mafioso Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da tre a sei anni.*
> *Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da quattro a nove anni.*

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri.
Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da quattro a dieci anni nei casi previsti dal primo comma e da cinque a quindici anni nei casi previsti dal secondo comma.
L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.
Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.
Decadono inoltre di diritto le licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati annonari all'ingrosso, le concessioni di acque pubbliche e i diritti ad esse inerenti nonché le iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche di cui il condannato fosse titolare.
Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso. (ITÁLIA, 1930).

Verifica-se que a lei especial criada pelo legislativo italiano pune, em relação à associação, duas condutas distintas: a primeira se esgota no próprio fato de ingressar na associação; a segunda atribui importância específica ao fato de ter exercido, na associação, função gerencial ou de outra forma especializada.

Em ambos os casos, o motivo da punição está ligado apenas à condição de estar permanente e conscientemente incluído na associação, mesmo que não participe de nenhum dos crimes cometidos por ela (por exemplo: adquirir direta ou indiretamente a gestão, ou em qualquer caso, o controle de atividades econômicas, concessões, autorizações, contratos e serviços públicos; obter votos para si ou para outrem; realizar *lobbys* políticos a fim de beneficiar um seguimento lícito que sirva de forma de lavagem de capitais à organização).

A importância do texto legal criado e as consequentes mudanças na política criminal e de segurança pública – que passaram a reconhecer tais organismos como algo real – se verifica na experiência adquirida no campo do combate ao crime organizado na Itália. É possível afirmar que essa presença, menos percebida por não se manifestar nas formas clássicas de violência, é, porém, mais perigosa porque tende a se inserir no tecido social e a criar, com o instrumento da corrupção e do compromisso criminoso, uma rede de relações econômicas e políticas a ser utilizada para a persecução de objetivos ilícitos.

A luta contra a máfia não deve ser reduzida apenas a uma obra de repressão policial e estatal, como perceberam as autoridades e a sociedade italianas em algum tempo, mas deve, antes de tudo, manifestar-se sob a forma de um verdadeiro "movimento cultural", gerando uma consciência coletiva da capacidade do Estado em combater o crime organizado.

Isso porque não é possível enxergar a facção criminosa única e exclusivamente pelo seu viés violento de controle, mas também pelo seu papel econômico e social que se alimenta da frágil política e da presença dos órgãos públicos nos locais em que elas se desenvolvem.

Essa capacidade extraordinária de interceptar as solicitações dos grupos mais marginalizados acaba se transformando em uma rede de colaborações e conivências que protege os crimes vinculados à organização, em especial o tráfico de drogas, e torna aceitável a submissão de todos aqueles que vivem sob o mando da facção criminosa, sejam ou não batizados.

Diferentemente da realidade italiana, entendo que ainda há um longo caminho legislativo e judiciário a seguir no combate a esse tipo de criminalidade, começando pelo reconhecimento de sua existência de fato, dando nome, cara, característica e valores que são reconhecidos pelos seus integrantes e, portanto, devem ser reconhecidos pelo Estado. Isso é fundamental na medida em que permite compreender as organizações criminosas não apenas pelas atividades ilícitas que praticam, mas pela estrutura em que se desenvolvem e como se retroalimentam.

Analisando especificamente o terceiro parágrafo do art. 416-bis (ITÁLIA, 1930), percebe-se que há uma definição específica do que é considerado associação criminosa com a finalidade de abarcar grupos mafiosos denominados. Tanto é que, no último parágrafo, tais grupos são nomeados e pontuados.

Por outro lado, a legislação brasileira e consequentemente os seus aplicadores lidam com um conceito genérico de organizações criminosas que tenta tipificar desde o conluio de pequenos assaltantes

até crimes de colarinho branco de altíssima complexidade – o que sem dúvida dificulta a lida diária com o tema.

A sensação é que a força política e midiática do país entende que não dar nome e não reconhecer a existência de grupos como PCC e Comando Vermelho, que na grande mídia são chamados de "facção criminosa de São Paulo e do Rio de Janeiro" respectivamente, magicamente fará com que elas tenham menos força.

Reconhecer a existência de organizações criminosas com as suas especificidades, nomeando-as e eventualmente criando leis que foquem exatamente em formas de cortar suas fontes de renda e braços, parece-me um dos jeitos de iniciar o combate a tal criminalidade.

Até porque a legislação é fluída e deve atender a realidade social do momento. Dessa forma, seria plenamente possível a criação de um tipo penal, assim como o previsto no sistema italiano, que indicasse que a prova de associação junto ao PCC, ao Comando Vermelho, à milícia, ou outras organizações, intitulando-se como "irmão", geraria pena mais severa ao agente.

Tudo isso de maneira prática, objetiva e direta, a fim de viabilizar tanto a investigação criminal, visto que a autoridade policial saberá exatamente o que procurar, quanto a aplicação da lei em sede de sentença.

Ora, a título de exemplo, a Lei de Drogas (BRASIL, 2006b) prevê como causa de aumento no seu art. 40, inciso VII, "o agente financiar ou custear a prática do crime". Contudo, percebe-se que tal previsão é demasiadamente vaga, sendo praticamente impossível enquadrar o indivíduo na majoração da pena.

Enquanto isso, a legislação italiana cita como exemplos de condutas que se enquadram na atitude mafiosa: (i) usar força intimidatória do vínculo associativo; (ii) subjugação e silêncio para a prática de crimes; (iii) adquirir direta ou indiretamente a gestão ou em qualquer caso o controle de atividades econômicas, concessões, autorizações, contratos e serviços públicos; (iv) obter lucros ou vantagens injustas para si ou para outrem; (v) impedir ou dificultar o livre exercício do voto; e (vi) obter votos para si ou para outrem na ocasião de consultas eleitorais[1].

Percebe-se que, nessa hipótese, conseguem tanto a autoridade policial quanto o Poder Judiciário combater condutas arraigadas na sociedade e na política de forma muito mais contundente e eficaz.

Parece-me um pouco de ingenuidade dos dirigentes estatais acreditarem que estamos apenas no início da formação das organizações criminosas. Talvez as associações não estejam ainda tão sofisticadas quanto a Máfia Italiana, visto que ainda há certa dificuldade em aumentar e aprimorar a lavagem de dinheiro, ao menos por ora, porém também não é possível crer que os dirigentes do PCC sejam apenas pessoas não escolarizadas, que vivem em comunidades e que não têm ingerência na vida política do país.

Trata-se, dessa forma, de um quadro bastante distinto daquele historicamente encontrado na sociedade brasileira, o qual requer um novo olhar e novas ideias e, certamente, outro tipo de tratamento para aqueles submetidos ao Direito Penal – que enfrentava suficientes

[1] "*Art. 416-bis, codice penale – L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri.*" (ITÁLIA, 1930).

revezes, com demasiada ampliação e sem resultado efetivo. Agora se depara com outra criminalidade que nem mesmo é abrangida pela legislação vigente.

Olhando desde os deputados, senadores e juristas até os policiais que atuam nas ruas, percebe-se que tais indivíduos e instituições não se deram conta de que o crime organizado não pode, nem deve, ser combatido da mesma forma que a macrocriminalidade – sem inteligência e especialização –, uma vez que tais agentes atuam não só na venda da droga em varejo como também infiltrados dentro do Estado (BORGES, 2002, p. 18).

Se continuarmos no mesmo passo e caminho escolhido pelo Estado e pela sociedade, continuaremos lotando prisões com pessoas que têm pouca ou nenhuma relevância para a organização criminosa. E, de forma alguma, a sua reclusão abala a estrutura e perpetuação de associações como o PCC.

Apenas com o reconhecimento da existência, da importância, dos meandros, da influência social, da força política e do *status* dessas organizações criminosas, com a consequente criação de leis específicas, seja na tipificação dos delitos, seja até na forma de condução das investigações, será possível avançar no combate a essas entidades paraestatais que estão cada vez mais fortes e enraizadas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alan. A era Marcola mais perto do fim: prisão do maior fornecedor de cocaína do PCC ameaça hegemonia da facção paulista nos presídios e nas ruas. **Piauí**, São Paulo, 15 abr. 2020. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/era-marcola-mais-perto-do-fim/. Acesso em: 12 nov. 2021.

ADORNO, Luís. Chefe do PCC em Santos e líderes da máfia italiana contratam mesmo advogado. **UOL**, São Paulo, 14 maio 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/14/chefe-do-pcc-em-santos-e-lideres-da-mafia-italiana-contratam-mesmo-advogado.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DOS DIREITOS DA INFÂNCIA; BRASIL. Ministério da Saúde. **Mídia e Drogas**: o perfil do uso e do usuário na imprensa brasileira. Brasília, DF: ANDI, [20--]. Disponível em: https://andi.org.br/wp-content/uploads/2020/09/midia_e_drogas_final_0.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIONDI, Karina. **Etnografia no movimento**: território, hierarquia e lei no PCC. 2014. 336 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014.

BIONDI, Karina. **Junto e misturado**: uma etnografia do PCC. 2. ed. São Paulo: Terceiro Nome, 2018.

BORGES, Paulo César Corrêa. **O crime organizado**. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. **CPI - Tráfico de Armas n. 0871R/06**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2006a. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/20060708-marcos_camacho.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 11.343, de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 8.072, de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=1%C2%BA%20S%C3%A3o%20considerados%20hediondos%20os,3%C2%BA)%2C%20estupro%20(art. Acesso em: 22 jan. 2022.

CHRISTINO, Marcio Sérgio. **A máfia**. 1. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

CHRISTINO, Marcio Sérgio. **Por dentro do crime**: corrupção, tráfico, PCC. São Paulo: Escrituras, 2004.

CHRISTINO, Marcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. **Laços de sangue**: a história secreta do PCC. 1. ed. São Paulo: Matrix, 2017.

DANTAS, Marcus Vinícius da Silva. **O necessário aperfeiçoamento legislativo sobre o crime organizado**: uma visão do PLS 150/2006. [*S. l.*]: Migalhas, 2006. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/30877/o-necessario-aperfeicoamento-legislativo-sobre-o-crime-organizado-uma-visao-do-pls-150-2006. Acesso em: 15 dez. 2021.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital no sistema carcerário paulista. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Por dentro (e de dentro) do Comando: O PCC segundo o 'nativo': resenha de Junto e Misturado: uma etnografia do PCC, de Karina Biondi. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, n. 8, v. 3, p. 159- 172, abr./jun. 2010.

DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Walter Fraganiello (org). **Novas tendências da criminalidade mafiosa**. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

FELTRAN, Gabriel. **Fronteiras de tensão**: um estudo sobre política e violência nas periferias de São Paulo. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008.

FELTRAN, Gabriel. **Irmãos**: uma história do PCC. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FORGIONE, Francesco. **Mafia Export**: como a 'ndrangueta, a Cosa Nostra e a Mamorra colonizaram o mundo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2000.

GAMBETTA, Diego. **La máfia siciliana**: el negocio de la protección privada. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ITALIA. **Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398**. Approvazione del testo definitivo del Codice Penale. [Roma]: [*s. n.*], 1930. Disponível em: https://web.camera.it/_bicamerali/leg15/commbicantimafia/files/pdf/Art_416bis.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **'O que está no mundo não está nos autos'**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

JOZINO, Josmar. **Cobras e lagartos**: a verdadeira história do PCC. 2. ed. São Paulo: Via Leitura, 2017.

LACERDA, Ricardo. **Facções criminosas no Brasil**. São Paulo: Abril, 2017.

LUCAS, Flávio Oliveira. Organizações criminosas e o Poder Judiciário. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 107-117, set./out. 2007.

LUPO, Salvatore. **História da Máfia**: das origens aos nossos dias. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra**: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018.

MARQUES, Adalton José. **Crime, proceder, convívio-seguro**: um experimento antropológico a partir da relação entre ladrões. 2019. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da inteligência no controle do crime organizado. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 51-69, set./out. 2007.

MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 139-157, set./out. 2007.

MOV. **PCC, Primeiro Cartel da Capital**. [*S. l.*]: UOL Play, 2019. (Reportagens Especiais). Disponível em: https://www.uol.com.br/mov/reportagens-especiais/pcc.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JR., Domício. Muita politicagem, pouca política: os problemas da polícia são. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 159-172, set./out. 2007.

O ANTAGONISTA. **A farra do PCC com a máfia italiana**. São Paulo: UOL, 2019. Disponível em: https://oantagonista.uol.com.br/brasil/a-farra-do-pcc-com-a-mafia-italiana/. Acesso em: 8 fev. 2022.

PURCHIO, Luisa. Os mafiosos estão soltos. **IstoÉ**, [*s. l.*], n. 2628, 22 maio 2020. Disponível em: https://istoe.com.br/os-mafiosos-estao-soltos/. Acesso em: 2 mar. 2022.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos Avançados***,* São Paulo, v. 21, n. 61, p. 7-29, set./out. 2007.

SAVIANO, Roberto. **Gomorra**: A história real de um jornalista infiltrado na violenta máfia napolitana. 1. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2016.

SAVIANO, Roberto. **Zero, Zero, Zero**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento*.* 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados***,* São Paulo, v. 21, n. 61, p. 77-97, set./out. 2007.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

UNITED STATES. National Advisory Committee on Criminal Justice Standards and Goals. **Organized crime**: report of the Task Force on Organized Crime. Washington: Dept. of Justice, Law Enforcement Assistance Administration, National Advisory Committee on Criminal Justice Standards and Goals, 1976.

VARELLA, Drauzio. **Carcereiros**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 45-67, 1. sem. 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.190

NOVAS PERSPECTIVAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: INTERAMERICANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

NEW PERSPECTIVES FOR THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME: INTER-AMERICANIZATION OF CRIMINAL LAW

FREDERICO VALDEZ PEREIRA
Doutor em Direito Público, Justiça Penal e Internacional pela Universidade de Pavia – Itália, com cotutela na PUCRS. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa – Portugal. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal Econômico, Unisinos – RS. Professor na Esmafe – RS. Juiz federal.
https://orcid.org/0000-0002-4000-9021

RESUMO

A compreensão de que o sistema penal é um importante aliado na proteção dos direitos fundamentais levou instrumentos supranacionais a estimularem o aperfeiçoamento da matéria penal. Este estudo analisa a possibilidade de qualificar o combate à moderna criminalidade organizada e transnacional a partir do reforço da normativa supranacional, em especial no sistema interamericano. São referidas e analisadas possíveis melhorias no aparato penal dos países como decorrência da atuação de órgãos supranacionais no contexto europeu e latino-americano. Órgãos do sistema interamericano têm aptidão de melhorar os instrumentos penais e ampliar a harmonização entre as ordens jurídicas nacionais. A atuação dos órgãos da União Europeia – UE e do Conselho da Europa servem como referência importante na construção de um quadro normativo supranacional no espaço latino-americano.

Palavras-chave: crime organizado; sistema multinível; sistema interamericano.

ABSTRACT

The safeguarding of human rights is part of a multilevel system of protection. The understanding that the criminal system is also an important ally in the protection of fundamental rights has led supranational instruments to stimulate the improvement of criminal legislation. This study analyzes the possibility of qualifying the fight against modern organized and transnational crime based on the strengthening of supranational regulations, especially in the Inter-American Regional System. Possible improvements in the criminal apparatus of the countries as a result of the action of supranational bodies in the European and Latin American context are mentioned and analyzed. Bodies of the Inter-American System have the capacity to improve criminal instruments and increase harmonization between national legal systems. The performance of the bodies of the European Union and the European Council serve as an important reference in the construction of a supranational regulatory framework in the Latin American space.

Keywords: organized crime; multilevel system; Inter-american system.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2. Sistema multinível de proteção e Direito Penal; 2.1 Sistemas regionais como motor da internacionalização do Direito Penal. 3 O sistema interamericano e a qualificação da tutela penal; 3.1 O Brasil e o sistema interamericano; 3.2 A efetivação da ordem jurídica supranacional no Conselho da Europa; 3.3 Os novos desafios

do crime organizado no contexto multinível. 4 Contraste ao crime organizado na União Europeia. 5 Interamericanização penal no combate ao crime organizado. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O contexto de múltiplas fontes do Direito, com crescente diálogo e interação internacional, alcançou o último bastião da soberania nacional, do monopólio estatal das fontes. O Direito Penal, o sistema jurídico penal em geral, vem recebendo os influxos de uma crescente regulação normativa supranacional. A busca de eficácia na proteção dos Direitos Humanos foi propulsora de percurso que está culminando na formação de programas de enfrentamento à criminalidade de um estatuto penal internacional.

Não há dúvida de que esse novo contexto de internacionalização do Direito Penal enseja inúmeras complexidades e desafios de legalidade e territorialidade, de harmonização, e até de estrutura de órgãos e instituições. Mas vêm sendo reconhecidos, e constatado na prática, os ganhos da perspectiva multinível na qualificação do combate a novos fenômenos delituosos.

Nessa perspectiva, entende-se que um plano de ação integrado de combate ao crime tem maior capacidade de rendimento quando impulsionado no âmbito regional, entre estados da mesma área geográfica e de histórico e tradições jurídico-culturais mais aproximadas (PONTI, 2015, p. 26). O sistema interamericano, constituído no bojo da Organização dos Estados Americanos – OEA, pode e deve assumir protagonismo no esforço de harmonizar legislações e melhorar a cooperação jurídica no espaço latino-americano.

Em aspecto amplo, a questão abordada neste artigo é de como qualificar as estratégias de contraste à nova criminalidade. Mais especificamente, o problema é: como e de que forma os órgãos do sistema interamericano poderiam desempenhar o papel central de fomentar o aprimoramento do combate integrado ao crime organizado no espaço jurídico-penal latino-americano. Para tanto, explora-se a possibilidade de que o diálogo entre os espaços jurídicos supranacionais seja uma estratégia importante no caminho de aprimorar os instrumentos de tutela e melhorar a efetividade dos multiníveis normativos[1].

Em razão da ausência, no âmbito latino-americano, de um centro de produção jurídica como a União Europeia – UE, o cotejo, na primeira parte do artigo, é feito entre o sistema interamericano da OEA e seu homólogo europeu do Conselho da Europa. Na sequência, são referidos os novos desafios supranacionais decorrentes do fenômeno do crime organizado. Somente então passa-se a indicar os progressos alcançados no regime da UE para contrastar a criminalidade organizada em âmbito regional. Na última parte, são esboçadas medidas concretas que permitiriam qualificar o contraste ao crime organizado transnacional e que, muito provavelmente, dependeriam de condução pelos órgãos do sistema interamericano no âmbito da OEA.

Seguindo uma metodologia de pesquisa qualitativa, com revisão bibliográfica e análise de documentos jurídicos internacionais, intenta-se verificar estratégias supranacionais para melhorar a resposta integrada dos países ao crime organizado. A integração regional e o diálogo entre os regimes jurídicos supranacionais apontam com nitidez para um caminho necessário no tema.

[1] A doutrina fala de "interamericanização" do sistema europeu e "europeização" do sistema interamericano (GARCÍA ROCA, 2016, p. 533).

2 SISTEMA MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO E DIREITO PENAL

A perspectiva de aperfeiçoamento do combate ao crime organizado no âmbito latino-americano com base na internacionalização do Direito Penal, do aparato penal em seu conjunto, vem inserida em um cenário de multiníveis normativos, ou de proteção em múltiplos níveis dos direitos. Para a compreensão desse contexto, é interessante introduzir, de forma breve, os traços genéricos da noção de sistema multinível, com especial referência à normativa penal.

A proteção dos Direitos Humanos aparece como impulso primordial da ideia de multinível normativo. A partir do segundo pós-guerra, a afirmação dos Direitos Humanos ganhou expressão internacional em importantes instrumentos que não só reconheceram um rol de direitos básicos com significado universal como também afirmaram a necessidade de proteção global desses direitos.

Concomitante, no âmbito nacional, o Direito Constitucional recepcionou a dignidade humana como objetivo principal da ordem jurídica, contemplando instrumentos para a tutela efetiva dos direitos e liberdades individuais[2]. As constituições domésticas consolidaram a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais aos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos (PIOVESAN; CRUZ, 2021, p. 5). Esses níveis jurídicos de proteção passaram, assim, a interagir em movimento paralelo de reforço mútuo.

O significativo reforço que complementa esse sistema multinível de proteção veio com os sistemas regionais de tutela dos Direitos

[2] A guarida constitucional de direitos e liberdades fundamentais e a garantia jurisdicional são pressupostos da tutela multinível dos direitos fundamentais (CARDONE, 2011, p. 335).

Humanos – o interamericano e o europeu[3]. A jurisprudência, elaborada pelas cortes inseridas nesses sistemas, assim como o fenômeno do controle de convencionalidade, foram elementos fundamentais no processo de inter-relação entre os sistemas e de impulso na busca de efetividade na tutela dos direitos.

Na relação do Direito Internacional dos Direitos Humanos com o tema penal, não há dúvida de que a preocupação primária foi com a preservação dos direitos dos imputados na persecução penal. A compreensão do Direito Penal como um instrumento irrenunciável, embora perigoso, um mal menor, que deveria ser contido pelos Direitos Humanos, refletiu-se nas diretrizes e normativas oriundas do sistema multinível de proteção dos direitos.

Essa perspectiva foi gradualmente se alterando, ou se complementando, a partir, sobretudo, e de modo marcante, da evolução da jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e da Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH (VIGANÒ, 2011, p. 244)[4]. Em diversos julgados que começaram a aparecer em meados dos anos 1980, tanto da CEDH (1985) como da CIDH (1988), os direitos individuais passaram a ser concebidos, também, como objetos necessários de tutela penal a requerer uma atuação qualificada do Estado, inclusive na seara penal[5].

[3] Há ainda o sistema africano de Direitos Humanos, assentado na Carta Africana dos Direitos Humanos no bojo da União Africana, e que conta com comissão e corte.

[4] Lavrysen (2014, p. 95) refere que desde a decisão no caso Velásquez-Rodríguez, a Corte IDH contempla o sistema penal como aliado na proteção efetiva dos direitos fundamentais.

[5] Exigências de efetivação decorrentes dos Direitos Humanos não se reduzem à seara penal, incidem também em outras searas. Para aprofundamento, consultar Lavrysen (2014).

2.1 Sistemas regionais como motor da internacionalização do Direito Penal

Na doutrina, são referidos, em geral, dois fatores principais que teriam atuado na origem da multiplicidade de fontes normativas com efeitos sobre a matéria penal. Primeiro, o esforço de garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais de modo efetivo pelos estados nacionais, razão de ser das convenções americana (CADH) e europeia (CEDH). Em complemento, a progressiva regulamentação internacional dos mercados econômicos, gênese da UE, e que acaba por utilizar o Direito e o Processo Penal como mecanismos de tutela da economia (KOSTORIS, 2015b, p. 77).

Essa compreensão foi não apenas se consolidando, mas, de certo modo, ampliando a ponto de se conceber o expediente penal dos países como indispensável para a proteção dos direitos fundamentais mais relevantes. Foi nos sistemas regionais que o entendimento da necessidade do Direito Penal na tutela dos direitos fundamentais ficou mais explicitada.

Do ponto de vista cronológico, há importantes precedentes internacionais materializando a relação de consonância protetiva entre Direito Penal e Direitos Humanos[6]. No entanto, parece correto afirmar que tanto a elaboração formal da importância do aparato penal na tutela de Direitos Humanos como a demanda por concreta efetividade nessa tutela penal são fatores resultantes da doutrina desenvolvida pela jurisprudência das cortes EDH e IDH.

A própria ideia de interpenetração das diretrizes supranacionais na ordem jurídica interna dos países – que tiveram alargados seus

[6] Um panorama dos principais precedentes consta no escrito de Zapatero (2013).

referenciais de legitimidade jurídico-material com a inclusão de disposições normativas externas[7], máxime no tema de Direitos Humanos – recebeu sensível reforço pelos sistemas interamericano e europeu. Não seria exagero considerar que os sistemas regionais de tutela foram catalisadores, tanto do processo de recebimento dos multiníveis normativos como da noção de que o conjunto do sistema penal é indispensável na tutela e na reafirmação dos Direitos Humanos.

Há variadas razões nesse protagonismo dos sistemas regionais como estruturas que dinamizaram a viragem referida no parágrafo acima. Mas certamente dois aspectos foram vitais. Primeiramente, o fato de que essas estruturas de produção jurídica instituíram cortes específicas[8] para o controle e a imposição das diretrizes assentadas nos respectivos blocos de convencionalidade[9]. É fato que a responsabilização internacional dos estados é indispensável no processo de atuação dos Direitos Humanos.

O segundo fator é em decorrência do primeiro, mas traz uma projeção importante. A circunstância de que esses órgãos jurisdicionais supranacionais passaram a lidar com casos específicos de violações de direitos fundamentais de vítimas concretas, individualizadas. E aqui está a projeção importante que se referiu acima: o ressurgimento da vítima na seara penal, a retomada da noção de que a vítima tem importância no aparato penal. A vítima não só não pode continuar sendo desconsiderada, como deve receber atenção específica e atenta

7 O parâmetro amplo do controle de convencionalidade é indicado como *corpus juris* convencional, ou bloco de convencionalidade (MAZZUOLI, 2013, p. 105-107).

8 Consoante Ramos (2005, p. 54), a tradicional postura de ratificar os tratados e descumpri-los na prática não terá mais lugar. A apreciação do cumprimento se dará pelos órgãos dos respectivos sistemas supranacionais, e não mais, unilateralmente, pelos próprios estados.

9 O monitoramento constante e os mecanismos de *enforcement* são também características do sistema europeu no âmbito da UE, que atua, sobretudo, pela Corte de Justiça, pela comissão e pelo parlamento europeu, cf. *infra*, item 4.

na disciplina normativa e na efetivação das deliberações das cortes supranacionais.

3 O SISTEMA INTERAMERICANO E A QUALIFICAÇÃO DA TUTELA PENAL

No percurso de atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH, não é difícil identificar exemplos do empenho direcionado ao aprimoramento da tutela penal nas ordens jurídicas domésticas. Esses esforços se dão em dois sentidos complementares: na recepção pelos estados-membros das diretrizes internacionais de salvaguarda dos direitos fundamentais; e na melhoria dos instrumentos normativos domésticos de tutela penal.

A referência deveria começar com a alusão às convenções interamericanas com relevância direta na matéria penal[10]. Entre as obrigações vinculantes aos estados-partes contidas nesses instrumentos internacionais, são estabelecidas imposições abrangentes de medidas estatais para prevenir e punir atos de agressão aos direitos tutelados.

Em algumas, constam mandados de criminalização de condutas, com indicação de medidas para evitar a impunidade dos ilícitos cometidos. Na maioria delas, são impostas obrigações de investigar, processar e punir condutas atentatórias aos valores protegidos. Muitos desses instrumentos contêm a indicação de mecanismo de monitoramento e supervisão internacional quanto à efetiva observância, pelas ordens jurídicas dos países, das diretrizes impostas[11].

[10] Rol das principais convenções ratificadas pelo Brasil em Piovesan e Cruz (2021, p. 13).

[11] Cf. refere Zilli (2022, p. 54), são estabelecidas agendas internacionais de repressão penal, com vista à maior eficiência no enfrentamento de delitos que ultrapassam as fronteiras.

O SIDH emite também diversos atos pelos seus órgãos de atuação, não sendo incomum que contenham exortação aos ordenamentos jurídicos nacionais para que recepcionem os *standards* convencionais de tutela e efetivem a proteção dos valores tutelados, inclusive na seara penal. Pode-se mencionar a Resolução n. 1 de 2017, da Comissão IDH, na qual é reafirmada a importância que tem a luta contra a corrupção e a impunidade (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2017).

Outras iniciativas importantes no âmbito da OEA buscam incentivar os estados-membros na implementação das diretrizes internacionais de combate à grave criminalidade. Nesse sentido, o Departamento contra a Delinquência Organizada Transnacional – DDOT da OEA, criado em 2016, tem a finalidade de fornecer assistência técnica e legislativa aos países para melhorar a resposta nacional e regional ao crime organizado, além de promover projetos de cooperação entre os estados-partes[12].

A jurisprudência da CIDH também tem papel fundamental no processo de recepção pelos estados-partes de diretrizes estabelecidas no âmbito supranacional. Mais do que isso, é importante compreender que o processo jurisdicional-interpretativo da corte tem a capacidade de ampliar as normas de Direito Internacional Convencional. A jurisprudência das cortes regionais expande os princípios fundamentais indicados de forma contida nas convenções e normas internacionais[13], por isso que se fala em jurisprudência-fonte[14].

[12] Explicitação das diversas linhas de atuação do DDOT junto aos países no tema do combate à criminalidade organizada está na página eletrônica do Departamento Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, c2022).

[13] A característica *ipertestuale* da Convenção Europeia é referida por Manes (2011, p. 7), que decorre da *ricchissima giurisprudenza della Corte di Strasburgo*. Em sentido análogo, no espaço interamericano (SAGÜÉS, 2010, p. 125).

[14] A expressão aparece, por exemplo, na obra de Kostoris (2015a, p. 70).

Consequência direta é o fato de que as decisões das cortes supranacionais vinculam não apenas o país diretamente envolvido no precedente, mas o conjunto dos estados-partes da convenção. É o chamado efeito de "norma convencional interpretada" que se agrega à coisa julgada internacional formada na decisão definitiva da CIDH, e atinge de maneira objetiva todos os estados-partes (MAC-GREGOR, 2013, p. 633-639).

3.1 O Brasil e o sistema interamericano

Esse novo contexto jurídico pode ser condensado nas duas ideias essenciais que impulsionam este estudo: i) a matéria penal é aliada na preservação dos valores mais relevantes dos Estados de Direito; ii) a melhor estratégia para qualificar o enfrentamento das graves manifestações da criminalidade é a abertura do sistema nacional aos influxos dos níveis normativos supranacional e internacional. A par os avanços verificados, trata-se de um labor em curso, uma construção que teve frutos, mas precisa ser qualificada.

A ordem jurídica brasileira perante o SIDH é exemplar nesse aspecto. Embora a adesão do Brasil à CADH tenha se dado em 1992, ainda há um longo percurso a ser percorrido para poder se considerar que o país recepcionou, de forma plena, a transformação trazida pela perspectiva multinível.

O sistema jurídico-político, em geral, no Brasil ainda não assumiu, verdadeiramente, o compromisso de harmonizar suas leis e práticas jurídicas aos ditames provenientes das normativas supranacionais. Os juízes seguem, em boa medida, desconsiderando a exigência de observar as emanações jurídicas dos órgãos internacionais. Contexto

que pode ser confirmado pela necessidade recente de edição da Recomendação n. 123 pelo CNJ[15].

Os demais poderes também seguem, muitas vezes, ignorando prescrições do plano supranacional. Nesse aspecto, e a modo meramente exemplificativo, de situações explícitas, é possível referir as questões envolvendo a anistia[16]; a competência penal dos tribunais militares[17]; a situação carcerária e o tratamento conferido aos presos[18]. Mais ainda, no varejo, o constante desrespeito das exigências de qualidade e eficiência na atuação das instituições envolvidas na aplicação da lei penal, em um quadro quase que inalterado desde a primeira condenação do país em 2006[19] (FISCHER; PEREIRA, 2022).

Anteriormente, foi dito que a ordem jurídica brasileira é exemplar na identificação dos avanços e das carências no processo de articulação entre os sistemas jurídicos nacional e supranacional no tema penal. Paradigma do aperfeiçoamento penal doméstico em decorrência direta do referencial assentado nos multiníveis normativos é a chamada Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

---

15 A Recomendação n. 123 explicita a importância de os órgãos do Poder Judiciário observarem os tratados e as convenções internacionais de Direitos Humanos, e recomenda aos juízes a utilização da jurisprudência da Corte IDH (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022).

16 Está consolidada na CIDH a afirmação da incompatibilidade da anistia com crimes graves; sobre o tema, e referências à jurisprudência da CIDH, ver as obras de Andrade (2019, p. 165 et seq.); Fischer; Pereira (2022, p. 170 et seq.).

17 A CIDH admite julgamento por tribunais militares apenas quando se tratar de situações envolvendo funções típicas das forças militares. Jamais por crimes praticados contra civis. Para exemplificar, o caso Radilla Pacheco c. México (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009). A Lei n. 13.491 traz nítida desconsideração desse *standard* supranacional de tutela dos Direitos Humanos (BRASIL, 2017).

18 O Brasil vem sendo cobrado por uma melhoria geral nos estabelecimentos prisionais. Recentemente, o relatório da Comissão IDH sobre o contexto da "situação dos Direitos Humanos no Brasil" (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2021).

19 Desde 1988, a CIDH passou a indicar a importância da efetividade do sistema penal na tutela dos Direitos Humanos, no caso Velásquez Rodríguez c. Honduras (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1988).

Somente depois que o procedimento interno foi submetido à Comissão Interamericana[20], que impulsionou recomendações e fiscalização internacional, o Brasil alterou sua postura não apenas perante o caso concreto, mas de modo estrutural[21]. Entre as providências, foi editada a referida legislação, com a criação dos juizados especiais de violência doméstica e familiar, a previsão de medidas protetivas de urgência, entre outros avanços de proteção do sistema penal brasileiro às mulheres.

3.2 A efetivação da ordem jurídica supranacional no Conselho da Europa

A despeito de algumas melhorias tangíveis no ordenamento nacional, a equação parece sugerir, de modo claro, a importância de intensificar a recepção, pelo Brasil, dos parâmetros de proteção oriundos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Indicar alguns exemplos advindos da experiência do Sistema Europeu de Direitos Humanos – SEDH, no esforço de adequação dos sistemas jurídicos domésticos, pode servir como referencial de um trajeto profícuo.

No âmbito estrito da Europa, o processo de harmonização da matéria penal[22] decorre da atuação de variadas instâncias. Há influência, sobretudo, da União Europeia e do Conselho da Europa, no qual estão incorporadas a CEDH e a Corte EDH. Como não há no espaço latino-americano uma instituição homóloga à UE, nesse

[20] Ver Relatório Anual n. 54/2001 da comissão sobre o caso Maria da Penha Maia Fernandes c. Brasil (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001).

[21] Houve recomendação para: "Intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil".

[22] Harmonização em sentido geral, cf. Calderoni (2010, p. 3): "*The concept of harmonization of criminal law is used in its more appropriate interpretation* [...] "*The process of modifying different criminal law legislations in order to improve their consistency and eliminate frictions among them*".

subitem serão referenciadas apenas algumas das hipóteses verificadas na estrutura jurídica supranacional do Conselho da Europa com possibilidade de rendimento no âmbito interamericano. No item 4, serão complementadas as considerações com a menção ao sistema da UE.

Os primeiros esforços na tentativa de adequar as ordens jurídicas nacionais às prescrições firmadas pelo SEDH foram dados por atuação do Comitê de Ministros[23], em recomendações expressas para os estados-partes assegurarem o reexame ou reabertura dos casos nos quais a corte tenha atestado alguma violação da CEDH. O comitê também impulsionou instrumentos para conformação dos ordenamentos domésticos, e verificação da compatibilidade com a CEDH de leis e projetos de reforma (SACCUCI, 2008).

Mas foi a própria Corte EDH que funcionou como principal motor de transformação na direção da conformidade nacional. Superado um período inicial de maior comedimento, em que a corte apenas aplicava aos estados-partes indenizações monetárias, os julgamentos passaram a ir além, indicando medidas concretas para a efetiva realização do direito. O Tribunal de Estrasburgo passou a impulsionar a efetiva correção jurídica do caso concreto submetido a julgamento. Em poucas palavras, a corte passou a impor uma obrigação jurídica de resultado ao Estado-Membro, inclusive com indicação dos meios necessários à reintegração jurídica completa no caso específico (KOSTORIS, 2015a, p. 62).

No aspecto estrutural, a Corte EDH passou a explicitar medidas de caráter geral que deveriam ser adotadas pelo Estado-Parte para evitar o desrespeito continuado aos Direitos Humanos, e conformar

[23] Os dois órgãos para efetivação da CEDH são a Corte EDH e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. A Comissão EDH foi extinta em 1998, com o Protocolo n. 11.

a atuação nacional aos padrões convencionais de tutela (MAZZA, 2016, p. 6). Os julgamentos-piloto[24] da Corte EDH são importantes mecanismos para correção sistêmica de ordenamentos jurídicos nacionais, impulsionando a conformidade da normativa doméstica aos padrões internacionais de proteção dos direitos.

Esse quadro, meramente esboçado, indica algumas possibilidades para o espaço latino-americano aperfeiçoar os instrumentos de recepção efetiva dos padrões de tutela dos direitos, num esforço necessário de adequação dos sistemas nacionais ao quadro jurídico supranacional. O sistema do Conselho da Europa fornece alternativas para impulsionar o sistema multinível de tutela, inclusive na seara penal.

E nenhum esforço nesse sentido da recepção das diretrizes supranacionais no contexto latino-americano é excessivo quando se leva em conta a ausência, no plano interamericano, de um centro de emanação de normas supranacionais como a União Europeia. Como será visto no item 4, uma das finalidades da UE na matéria penal é dar resposta comunitária mais adequada às ameaças provenientes da criminalidade organizada e transnacional (LA ROCCA, 2016, p. 106).

Esse é um aspecto que deve ser considerado essencial quando se trata da importância do sistema multinível na tutela de direitos e no aperfeiçoamento dos instrumentos institucionais de combate aos delitos: os desafios da criminalidade organizada e transnacional. A melhoria do aparato jurídico penal dos países sempre foi um valor a impulsionar o processo de integração internacional nos multiníveis normativos[25]. Fenômenos como o crime organizado indicam a relevância

[24] Com procedimento primeiramente indicado no Protocolo Adicional n. 14 da CEDH, e, na sequência, integrado no art. 61 do Regulamento da Corte EDH (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2022).

[25] Para um apanhado do processo histórico recente de internacionalização do Direito Penal, o texto de Zapatero (2013).

de alguma padronização nos métodos de atuação, de harmonização das incriminações, e de efetiva cooperação entre os países. Tarefa que, no espaço jurídico latino-americano de integração, deve ter como ator principal o SIDH, pelos seus órgãos de atuação.

3.3 Os novos desafios do crime organizado no contexto multinível

O movimento de intensa harmonização da persecução penal no plano internacional, com aspectos bem avançados, foi impulsionado, primordialmente, na esfera dos direitos do imputado no processo. O objetivo de superar resquícios, não tão incomuns, de arbitrariedades e excessos na repressão penal deve permanecer como uma preocupação constante. A noção deve ser a de que todo o esforço no sentido de assegurar direitos e garantias individuais dos acusados não é excessivo, e qualquer distração terá consequências perniciosas na realização dos Direitos Humanos.

Há, no entanto, um contexto diferente na persecução penal, no aspecto do controle da criminalidade. Os novos desafios falam não só de incremento da criminalidade, mas de uma nova tipologia de manifestações do crime, definida por alguns como criminalidade moderna, para distinguir dos crimes tradicionais de roubo, furto, lesões e violência (ZAPATERO, 2013, p. 15).

À parte o terrorismo, que ainda resta mais circunscrito a determinados estados, uma série de fenômenos difusos como os crimes econômico-financeiros, a corrupção e lavagem de dinheiro, a evasão de divisas, os tráficos de drogas, mulheres e crianças – na maioria dos casos praticados sob a forma da organização criminosa, com atuação transnacional – gera grandes dificuldades na abordagem estatal. Sem falar na propagação dos cibercrimes, que desconsideram as fronteiras

e estão se tornando protagonistas das preocupações internacionais de enfrentamento de crimes (SOUZA; BARROS, 2022).

Não se trata, por óbvio, de dizer que é recente a prática de crimes por vários agentes em cooperação, e sim que o novo gênero do crime organizado é decorrência de uma conjunção de fatores, tais como as facilidades de mobilidade e de comunicação; a evolução tecnológica e os novos instrumentos de trânsito e gestão de dados; a capacidade de influência econômica e corruptiva, e mesmo de infiltração nas estruturas econômica e institucional (ZAPATERO, 2013; BALSAMO; MATTARELLA, 2021), o que, tudo somado, conferem ao crime organizado atual grandes potenciais de dano, de dissipação e de ocultação.

Exatamente em decorrência desse quadro que se torna tão difícil o combate estatal eficaz ao crime organizado, mormente quando as tentativas de resposta não estejam integradas em um contexto comunitário de enfrentamento, com alguma padronização de instrumentos e atuação[26].

Todo esse cenário deve levar a um fortalecimento da internacionalização no combate ao crime organizado. O primeiro passo é a conscientização dos países e das instituições supranacionais da urgência do problema e da necessidade tanto de aperfeiçoar como de harmonizar os instrumentos normativos direcionados ao enfrentamento dos delitos. É preciso seguir com a busca de alguma uniformidade na repressão penal, o que vai depender de relativa consonância na tipificação de condutas, e da harmonia e integração

[26] Não são recentes os diagnósticos do aspecto transnacional da criminalidade organizada. Ver relatório da United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC (UNITED NATIONS, 2010).

entre os procedimentos de investigação penal e de cooperação judiciária.

Recomendável que as dinâmicas de harmonização sejam introduzidas também pelo SIDH, em um processo de melhoria e harmonização dos sistemas jurídicos nacionais com base no impulso supranacional. Motivos foram referidos: os órgãos de controle desse sistema, e a revolução gerada pela atuação, sobretudo, da CIDH, mas também da comissão interamericana, indicam que o processo de recebimento, pelos países do espaço latino-americano, dos estândares internacionais de atuação é amplificado.

4 CONTRASTE AO CRIME ORGANIZADO NA UNIÃO EUROPEIA

Diagnóstico rápido identifica a maior preocupação no espaço europeu com o enfrentamento conjunto da criminalidade organizada[27]. Essa prolífera bagagem de atuação institucional conjunta entre as nações e os organismos extranacionais, no tema do combate ao crime organizado, repercute na quantidade e no aprofundamento dos estudos dogmáticos. Nesse amplo contexto, pretende-se apenas fazer algumas referências pontuais à experiência europeia, indicando exemplos de um caminho a inspirar o percurso latino-americano.

Há direcionamento da UE de aproximar as condutas puníveis nos países-membros[28]. Seus órgãos adotam uma série de estratégias de intervenção, de modo a exprimir uma política criminal europeia e

[27] A Decisão-Quadro n. 2008/841/JAI, relativa à luta contra a criminalidade organizada, pode ser considerada o ato jurídico marcante na construção de um regime europeu contra a criminalidade organizada (UNIÃO EUROPEIA, 2008b).

[28] Na base, a ideia de que a harmonização aumenta a confiança recíproca entre os estados-membros e, por consequência, a eficácia do princípio do reconhecimento recíproco: "*Nella prospettiva di un 'circolo virtuoso' che lega i tre fenomeni*" (AMALFITANO, 2014, p. 19).

influenciar as ordens jurídicas fracionárias. Não cabe, neste limitado contexto, explorar tema por natureza problemático, a intenção é apenas ilustrar o empenho regional na direção de harmonizar normas incriminatórias em setores relevantes ao espaço europeu.

A doutrina considera que a UE tem competência penal indireta, ou seja, competência para requerer que os estados editem leis penais em conformidade com a política criminal comunitária (SOTIS, 2013, p. 42). O art. 83 do Tratado sobre o Funcionamento da UE – TFUE sistematizou essa competência penal indireta (UNIÃO EUROPEIA, 2012). Sempre com base na necessidade de enfrentamento integrado, a UE pode estabelecer regras mínimas para definição dos delitos e das penas em setores mais sensíveis, dentre os quais o crime organizado.

Os empenhos de harmonização se refletiram na disposição de conceber instrumentos comuns de tutela para confrontar a criminalidade mais grave. Nessa vertente processual, o intento da instituição regional é de desenvolver mecanismos avançados de cooperação ampla entre as diferentes ordens jurídicas, alcançando a cooperação policial e judicial.

O Eurojust é considerado o primeiro organismo europeu na matéria penal de natureza supranacional[29]. É responsável por incrementar a cooperação e a coordenação entre as autoridades em matéria de investigação e processo, auxiliando também na busca de uniformidade dos ritos. O art. 85 do TFUE regulamenta as funções da agência, incluindo a possibilidade de instaurar investigações penais

[29] Foi criado como unidade da UE em 2002, pela decisão do Conselho n. 2002/187/JHA, para reforçar o combate à grave criminalidade. Em 2018, foi constituído como agência para a cooperação judiciária penal pelo Regulamento UE n. 2018/1727 (UNIÃO EUROPEIA, 2018). Para consulta na doutrina recente, o escrito de Salazar (2019, p. 43).

e propor a instauração de ações penais pelas autoridades nacionais competentes, quando em questão interesses financeiros da UE.

A contraparte policial do Eurojust é a Europol, que tem finalidades similares de potencializar ações das autoridades competentes dos estados-membros e a colaboração recíproca[30]. A agência tem atividades de coleta e intercâmbio de informações, instauração ou participação em equipes nacionais conjuntas de investigação. Pode ainda requerer às autoridades nacionais que iniciem, realizem ou coordenem investigações penais. É organismo que complementa o núcleo estruturante do sistema de coordenação dos procedimentos policiais e judiciais relativos à grave criminalidade interfronteiras.

Quadro em que deve se incluir a Procuradoria Europeia – PE, prevista no art. 86 do TFUE[31]. A PE é a instituição responsável pelas investigações, pela repressão e pelo exercício da ação penal relativamente aos crimes que afetam os interesses financeiros da UE. Embora com atuação originária restrita a esse grupo de delitos, há possibilidade de as atribuições da procuradoria serem estendidas ao combate à grave criminalidade com dimensão transfronteiriça[32].

Outros instrumentos de vanguarda formalizados no seio da UE visam também superar antigas práticas nas relações de cooperação internacional. Institutos como a decisão europeia de investigação –

[30] A European Police Office – Europol foi instituída por decisão do conselho de 2009. A última alteração se deu pelo Regulamento n. 2016/794, do parlamento europeu e do conselho, que criou a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial – Europol (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

[31] Segundo a doutrina (FIDELBO, 2016, p. 93), a inspiração direta da European Public Prosecution Office – EPPO é o *Corpus Juris Civilis*, modelo normativo de iniciativa do Parlamento Europeu, elaborado por grupo internacional coordenado por Mireille Delmas-Marty. A EPPO foi efetivamente instituída pelo Regulamento do Conselho n. 2.017/1939 (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

[32] Cf. § 4º do art. 86 do TFUE. Sobre a articulação entre Eurojust e Procuradoria Europeia, ver o escrito de Spiezia (2018).

DEI[33] em matéria penal e o Mandado de Detenção Europeu – MDE[34] substituíram mecanismos como as cartas rogatórias, instituindo formas práticas e ágeis de cooperação horizontal para obtenção e circulação da prova penal e captura e entrega de pessoas. Fio condutor desse conjunto de medidas é o princípio do reconhecimento mútuo de sentenças e decisões judiciais, consentindo relação jurídica direta entre as autoridades judiciárias de cada Estado-Membro.

A finalidade deste subitem é de referir exemplos consistentes da coordenação penal na UE em matéria de enfrentamento à criminalidade organizada. O elevado estágio de desenvolvimento passa pela harmonização legislativa; pela instituição de estruturas orgânicas de atuação conjunta, que estimulam a cooperação ágil; e ainda pela concepção de medidas e expedientes diretos de cooperação.

A criminalidade transnacional deve impulsionar práticas de investigação e de processo penal também transnacionais. A conjugação dos atos jurídicos advindos da UE e do Conselho da Europa em matéria penal permite concluir que o almejado no âmbito interamericano é uma realidade na Europa. Há algum tempo fala-se em Direito Penal europeu e em europeização do Direito Penal. A despeito dos problemas de integração de jurisdições, de equilíbrio no binômio soberania-harmonização[35], são inegáveis os avanços sem precedentes no contraste à grave criminalidade em geral e ao crime organizado em particular.

[33] Regulada pela Diretiva n. 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (UNIÃO EUROPEIA, 2014). DEI corresponde a uma decisão judicial proferida ou validada por autoridades judiciais de um país para execução de medidas investigativas em outro país. Na doutrina, Daniele (2016).

[34] Originado na Decisão-Quadro do Conselho n. 2002/584/JHI, de 13 de junho de 2002 (UNIÃO EUROPEIA, 2002). Seria a primeira concretização na seara penal do princípio do reconhecimento mútuo. É uma espécie de extradição simplificada e despolitizada, para entrega da pessoa procurada ou condenada.

[35] Nessa linha, Sotis (2013, p. 3) refere que a relação entre Direito Penal e integração europeia é marcada pela contradição.

5 INTERAMERICANIZAÇÃO PENAL NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Os organismos do SIDH, no âmbito da OEA, podem ter contribuição decisiva no aprimoramento da eficácia no combate ao crime organizado. Para tanto, deveriam assumir o protagonismo na elaboração e condução de uma estratégia regional e integrada de contraste às organizações criminosas.

Esse esforço conjunto deve passar, inicialmente, por iniciativas políticas de sensibilização da importância da atuação concertada. Segundo passo seria a adoção de iniciativas práticas, tanto no plano internacional como na adequação dos instrumentos jurídicos nacionais e na estruturação das atividades operacionais. Talvez se possa vislumbrar, num futuro próximo, um projeto de normativa regional que contemple as experiências nacionais, acrescendo uma mais-valia importante, de harmonização entre os ordenamentos.

Esse quadro normativo incluiria a regulação de aspectos relevantes ao enfrentamento integrado do crime organizado, impulsionando a concordância na incriminação legal pelos estados-partes das organizações criminosas e dos delitos diretamente relacionados. Trata-se de avanço essencial, não apenas por reduzir eventuais lacunas jurídicas que impossibilitam a responsabilização, como para favorecer a mútua cooperação judicial.

Esse percurso também deve incluir a disciplina integrada de medidas investigativas para estimular a adoção de recomendações contidas na Convenção de Palermo[36]. É fácil perceber o estímulo que

[36] Trata-se da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, considerado o principal instrumento global de combate ao crime organizado (BRASIL, 2004).

adviria de um projeto desse gênero à adoção ampla de modernas estratégias investigativas pelos regimes jurídicos nacionais. Haveria ganho indispensável de coesão nessas disciplinas jurídicas, facilitando a atuação coordenada, e a inserção no circuito da cooperação internacional dessas estratégias conjuntas de apuração (BALSAMO; MATTARELLA, 2021, p. 50).

Poderiam ser alcançadas as linhas normativas gerais relativamente a alguns instrumentos investigativos especiais como as operações encobertas, com infiltração de agentes, que facilitaria o recurso a operativos da mesma região cultural e étnica dos componentes do grupo delituoso. As discrepâncias de tratamento dos meios especiais de prova e o desnível no resguardo aos direitos fundamentais ameaçados por esses mecanismos de investigação acabam bloqueando o recurso a essas técnicas investigativas entre fronteiras, o que seria essencial para o enfrentamento do crime organizado.

O recurso à vigilância eletrônica e cibernética é indispensável não só para a busca de prova digital essencial ao enfrentamento da cibercriminalidade, mas também para superar obstáculos corriqueiros, nas investigações de delitos de organizações criminosas, decorrentes da criptografia das comunicações. Tudo indica que sem uma base jurídica comum, operacionalizada pelo fluxo de cooperação internacional direta, as fronteiras continuariam sendo entraves apenas à utilização das novas estratégias investigativas.

A respeito da cooperação direta, referida acima, poderia ser reforçada uma experiência jurídica recente de colaboração direta entre magistrados e membros do ministério público provenientes de países não só do bloco latino-americano, mas de outras nações. A arquitetura normativa interamericana de regulação dos magistrados e procuradores de ligação, e de canais de cooperação, poderia estimular

a intermediação entre as autoridades, qualificando o andamento de instruções investigativas e probatórias.

As chamadas redes de cooperação judiciária e de polícia favorecem formas de cooperação ágil e direta, e representam importante passo avante no desempenho dos órgãos envolvidos na persecução penal[37]. É preciso conceber um esquema jurídico adequado, instituído em atos plurinacionais que exortem a vinculação dos estados-partes da CADH. Somado ao posterior monitoramento da efetiva adequação dos procedimentos domésticos à padronização indicada na respectiva convenção. Implementar mecanismos de coordenação para auxiliar nas investigações e processos pode facilitar ainda mais o mecanismo de cooperação em rede[38], papel que poderia ser atribuído a uma unidade operativa de referência no âmbito do próprio sistema interamericano.

Grupo de medidas que muito qualificaria o combate a modernas formas de criminalidade, mas que dificilmente seria implementado sem o impulso em normatização supranacional, assenta-se em medidas estruturais mais avançadas, com a constituição de organismos de investigação conjuntos. A indicação da relevância dos órgãos mistos de investigação consta do art. 19 da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional. Essa composição vem agora intensamente reforçada pela Resolução n. 10/2004 da Conferência das Partes da Convenção ONU contra a criminalidade organizada transnacional[39] (UNITED NATIONS, [2020]).

[37] Exemplo da previsão de rede de cooperação é o art. 35 da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalidade informática (CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, 2001).

[38] Coordenação entre os estados que pode ser impulsionada por pontos de contato especialmente designados pelas autoridades centrais de cooperação. Finalidade é facilitar a cooperação em matéria penal. Auxiliam nos contatos diretos entre as autoridades competentes, e prestam informações jurídicas e práticas para impulsionar a cooperação. A Decisão n. 2008/976/JHA do Conselho especifica as funções da Rede Judiciária Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2008a).

[39] A Resolução n. 10/2004 contém no § 11 a exortação aos estados para aderirem a mecanismos de cooperação internacional, entre eles: "*Joint investigation bodies that make use of modern technologies*" (UNITED NATIONS, [2020]).

Nessa linha, é possível distinguir "organismos conjuntos de investigação", que teriam estrutura permanente e com atribuição para investigar determinadas tipologias de delitos, e "equipes conjuntas de investigação", engendradas para o desenvolvimento de atividade investigativa em casos específicos, com duração determinada no tempo[40].

Experiências recentes indicam a importância de instrumentos que permitam o trânsito de informações sobre a localização de ativos financeiros, e que, em geral, facilitem a comunicação direta entre as autoridades centrais nacionais (BALSAMO; MATTARELLA, 2021, p. 51). A apreensão e o perdimento de bens e valores – assim como a destinação dos bens, ações indispensáveis no enfraquecimento das organizações transnacionais – são tributárias de mecanismos de cooperação direta, no quadro de uma estratégia síncrona de atuação supranacional (PONTI, 2015).

Ação coordenada que deveria ser conduzida no seio do SIDH, com estabelecimento de padrões normativos e procedimentais de rastreamento de bens, medidas assecuratórias transnacionais, e gestão de ativos e repartição dos bens entre os países. Um escritório central, e equipes conjuntas de investigação, incluindo de inteligência financeira e de lavagem de capitais, impulsionariam a atuação conjunta e integrada de diferentes regimes jurídicos.

Há um longo percurso para se aproximar da almejada harmonização do Direito Penal na américa-latina, em especial no tema

[40] Ver o relatório elaborado pelo secretariado para reunião do grupo de trabalho sobre cooperação internacional, em Viena, 2020, sobre o tema: "*The use and role of joint investigative bodies in combating transnational organized crime*" (UNITED NATIONS, 2020).

do contraste às organizações criminosas. O SIDH, no âmbito da OEA[41], deveria ter protagonismo nesse impulso, de certo modo conjugando um papel que no espaço europeu é realizado tanto pelos órgãos da UE como do Conselho da Europa[42].

6 CONCLUSÃO

Diferente do que se verifica no âmbito europeu[43], no espaço interamericano convive-se com carências nos instrumentos e estruturas jurídicas nacionais e supranacionais para o enfrentamento da criminalidade organizada. Os maiores entraves para melhorar a eficácia da resposta penal ao crime organizado transnacional parecem estar na escassa harmonização de institutos e nas lacunas de cooperação jurídica e de polícia. É muito difícil vislumbrar a implementação de muitas das medidas indicadas acima sem um impulso concreto do plano supranacional.

É preciso um duplo protagonismo dos órgãos do SIDH. Primeiro no sentido de impulsionar a adaptação nacional aos *standards* convencionais. Em paralelo, para sistematizar, em um regime jurídico básico, os princípios gerais contidos em instrumentos internacionais, como as Convenções ONU de Palermo e de Mérida (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004;

41 Interessante as linhas de atuação do Conselho da Europa no contraste à criminalidade organizada transnacional, não obstante todo trabalho no seio da UE. Para visão panorâmica, consultar "*White Paper on transnational organised crime*" (COUNCIL OF EUROPE, 2014).

42 No documento referido na nota anterior, entre as principais conclusões está a de que: "*The involvement of the Council of Europe in developing a general strategy in the fight against transnational organised crime* – TOC*, as well as undertaking political and practical action in precise areas, would definitely contribute to the increased effectiveness of the fight against TOC".*

43 Segundo o *White Paper on transnational organised crime* (COUNCIL OF EUROPE, 2014): "*The drafting of new conventions or legal instruments on TOC should no longer be seen as a priority. Actions should focus on ratification, implementation and effectiveness of existing legal instruments*".

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2003). Atuação que não só serviria como catalisador da aproximação jurídica entre os países, como efetivamente iniciaria o processo de construção do instrumental jurídico necessário ao esforço de integração e aperfeiçoamento dos regimes jurídicos estatais.

Aspecto de grande importância no enfrentamento do crime organizado – de mais fácil atuação, por não envolver, propriamente, práticas de harmonização – é a coleta de dados, estatísticas e informações confiáveis a nível nacional e transfronteiriço. Na lógica dos pequenos passos, inerente à impossibilidade prática de se fazer uma revolução do contexto latino-americano, talvez o próximo pequeno passo seja concertar a atuação dos estados na busca e trânsito de informações sobre a atuação do crime organizado na região.

É reconhecido que o crime organizado representa uma ameaça direta aos fundamentos do Estado de Direito, tem capacidade de minar as estruturas democráticas, além de gerar graves consequências para as vítimas, violando os Direitos Humanos e as instituições públicas e econômicas. Com a característica quase inerente da transnacionalidade, não pode ser contrastado com eficácia mediante ações desconectadas nos estados.

Seria ilusória alguma pretensão de erradicar o fenômeno da criminalidade organizada. Toda a questão, que justifica amplamente as preocupações com o tema, é de conter o crime organizado dentro de determinados limites, reduzindo sua disseminação, amenizando consequências e alcançando alguns resultados positivos na persecução penal. Não direcionar as atividades dos estados na direção sumariamente indicada neste texto, de integração e cooperação ampla, buscando harmonização de práticas e estratégias conjuntas, fará sim que ilusório seja o combate ao crime organizado transnacional.

REFERÊNCIAS

AMALFITANO, Chiara. La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. *In:* CAMALDO, Lucio (ed.). **L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea**. Torino: G. Giappichelli, 2014. p. 3-34.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. **Mandados implícitos de criminalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BALSAMO, Antonio; MATTARELLA, Andrea. Criminalità organizzata: le nuove prospettive della normativa europea. **Sistema penale**, Milano, n. 3, p. 35-62, mar. 2021. Disponível em: ristretti.it/commenti/2021/marzo/pdf3/balsamo_mattarella.pdf. Acesso em: 3 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.491, de 13 de outubro 2017**. Altera o Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

CALDERONI, Francesco. **Organized crime legislation in the European Union**: harmonization and approximation of criminal law, national legislations and the EU framework decision on the fight against organized crime. Heidelberg: Springer, 2010.

CARDONE, Andrea. Voce diritti fondamentali (tutela multilivello dei). *In:* ENCICLOPEDIA del diritto: Annali IV. Milano: Giuffrè, 2011. p. 335-422.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 123, de 7 de janeiro do 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: atos.cnj.jus.br/files/original151935202201116 1dda007f35ef.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2003, Mérida. **Convenção** [...]. Brasília, DF: UNODC, 2007. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, 2001, Budapeste. **Convenção** [...]. Budapeste: Conselho da Europa, 23 nov. 2001. Disponível em: https://rm.coe.int/16802fa428. Acesso em: 23 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentencia: 29 de julio de 1988. San Jose de Costa Rica: CIDH, 1988. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 9 mar. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia: 23 de noviembre de 2009. San Jose de Costa Rica: CIDH, 2009. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf. Acesso em: 11 mar. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **White Paper on transnational organised crime (2015)**. Strasbourg: Council of Europe, Dec. 2014. Disponível em: edoc.coe.int/en/organised-crime/6837-white-paper-on-transnational-organised-crime.html#. Acesso em: 3 mar. 2022.

DANIELE, Marcelo. L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatori nazionali. **Diritto penale contemporaneo**, Milano, n. 3, p. 63-78, 2016. Disponível em: dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/daniele_3_16.pdf. Acesso em: 7 mar. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Rules of Court**. Strasbourg: Council of Europe, 17 Mar. 2022. Disponível em: www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Sentencia n. 8.978/1.980**: Caso X e Y. Legislación holandesa que prohíbe al padre de una mujer violada iniciar acciones penales contra las personas sospechosas de haber atentado a su integridad sexual. [Estrasburgo]: ECHR, 26 marzo 1985. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165105. Acesso em: 9 mar. 2022.

FIDELBO, Miranda. La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea. **Diritto penale contemporaneo**, Milano, n. 3, p. 92-125, 2016. Disponível em: dpc-rivista-trimestrale. criminaljusticenetwork.eu/pdf/fidelbo_3_16.pdf. Acesso em: 25 fev. 2022.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. *In:* SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; WENCES, Isabel (coord.). **La América de los derechos**. Madrid: CEPCs, 2016. p. 533-563.

KOSTORIS, Roberto E. Diritto europeo e giustizia penale. *In:* KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). **Manuale di procedura penale europea**. Milano: Giuffrè, 2015a. p. 1-75.

KOSTORIS, Roberto E. La tutela dei diritti fondamentali, *In:* KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). **Manuale di procedura penale europea**. Milano: Giuffrè, 2015b. p. 77-92.

LA ROCCA, Elvira Nadia. La tutela della vittima. *In:* GAITO, Alfredo; CHINNICI, Daniela (a cura di). **Regole europee e processo penale**. Padova: Cedam, 2016. p. 105-131.

LAVRYSEN, Laurens. Protection by the law: the positive obligation to develop a legal framework to adequately protect ECHR rights. *In:* HAECK, Yves; BREMS, Eva (ed.). **Human rights and civil liberties in the 21 st century**. Dordrecht: Springer, 2014. p. 69-129.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 11, n. 2, p. 617-671, 2013.

MANES, Vittorio. La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno. *In:* MANES, Vittorio; ZAGREBELSKY, Vladimiro (a cura di). **La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 1-66.

MAZZA, Oliviero. Cedu e diritto interno. *In:* GAITO, Alfredo (a cura di). **I princìpi europei del processo penale**. Roma: Dike, 2016. p. 3-20.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual 2000**. Relatório n. 54/2001: caso n. 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes. [*S. l.*]: CIDH, 2001. Disponível em: cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. [Washington, D.C]: CIDH: OEA, 2021. Disponível em: oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf. Acesso em: 25 fev. 2022.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Departamento Contra la Delincuencia Organizada Transnacional** ¿que hacemos? Washington, D.C.: OEA, c2022. Disponível em: https://www.oas.org/es/sms/ddot/Default.asp. Acesso em: 3 mar. 2022.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución n. 1/17**: derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción. Washington, D.C.: CIDH, 12 sept. 2017. Disponível em: oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de Direitos Humanos**: sistema interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PONTI, Christian. Il diritto Internazionale e la criminalità organizzata. **Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata**, Milano, v. 1, n. 1, p. 23-36, 2015. Disponível em: riviste.unimi.it/index.php/cross/issue/view/681. Acesso em: 25 fev. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos. **Revista do CEJ**, Brasília, DF, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

SACCUCI, Andrea. La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte Europea. *In*: BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). **Giurisprudenza europea e processo penale italiano**. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 81-97.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, Santiago, año 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SALAZAR, Lorenzo. La reforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano. **Diritto penale contemporaneo**, Milano, n. 1, p. 43-55, 2019. Disponível em: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6553-salazar2019a.pdf. Acesso em: 6 mar. 2022.

SOTIS, Carlo. Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme. *In*: PALIERO, Carlo Enrico; VIGANÒ, Francesco (a cura di). **Europa e diritto penale**. Milão: Giuffrè, 2013. p. 33-67.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora. O esforço da tutela penal internacional dos cibercrimes. *In:* ZILLI, Marcos; BALDANI, Thiago (ed.). **As novas fronteiras do Direito Penal**: escritos em homenagem a Sylvia Steiner. Belo Horizonte: D'Placido, 2022. p. 405-429.

SPIEZIA, Filippo. Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust. **Diritto penale contemporâneo**, Milano, magg. 2018. Disponível em: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1630-spiezia2018a.pdf. Acesso em: 9 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão 2008/976/JHA do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, sobre a Rede Judiciária Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L348/130, 24 dez. 2008a. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/dec/2008/976/oj. Acesso em: 5 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão-Quadro 2002/584/JHI, do conselho de 13 de junho de 2002. Relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L190, 18 jul. 2002. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/. Acesso em: 1° mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L300/42, 11 nov. 2008b. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2008/841/oj. Acesso em: 25 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Regulamento 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017. [...] dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L 283/1, 31 out. 2017. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/. Acesso em: 12 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. Relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L 130/1, 1° maio 2014. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/dir/2014/41/oj. Acesso em: 10 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Regulamento (UE) 2016/794 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016. [...] cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial – Europol e que substitui e revoga as Decisões 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI e 2009/968/JAI do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L135/53, 26 maio 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/. Acesso em: 7 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Regulamento (UE) 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018. [...] cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal – Eurojust, e que substitui e revoga a Decisão 2002/187/JAI do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**: [Europa], n. L295/138, 21 nov. 2018. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1727/oj. Acesso em: 7 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Européia**: [Europa], n. C326, p. 0001-0390, 26 out. 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj?locale=pt. Acesso em: 19 fev. 2022.

UNITED NATIONS. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. **The use and role of joint investigative bodies in combating transnational organized crime**. Viena: UNODC, 7 July 2020. Disponível em: unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2021/CTOC-COP-WG3-2020-2/CTOC_COP_WG.3_2020_2_E.pdf. Acesso em: 25 fev. 2022.

UNITED NATIONS. **Resolution n. 10/4 Celebrating the twentieth anniversary of the adoption of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and promoting its effective implementation**. [Vienna]: UNODC, [2020]. Disponível em: unodc.org/documents/treaties/UNTOC/COP/SESSION_10/Resolutions/Resolution_10_4_-_English.pdf. Acesso em: 6 mar. 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. **The globalization of crime**: a transnational organized crime threat assessment. Viena: UNODC, 2010. Disponível em: unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf. Acesso em: 7 mar. 2022.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2000, Vienna. **Convention** [...]. New York: United Nations, 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

VIGANÒ, Francesco. Obblighi convenzionali di tutela penale? *In:* MANES, Vittorio; ZAGREBELSKY, Vladimiro (a cura di). **La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 243 -299.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee. *In:* PALIERO, Carlo Enrico; Viganò, Francesco (cura di). **Europa e diritto penale**. Milão: Giuffrè, 2013, p. 1-32.

ZILLI, Marcos. Introdução: da modernidade à contemporaneidade punitiva. As novas fronteiras do Direito Penal e processual penal: limites e tensões. *In:* ZILLI, Marcos; BALDANI, Thiago (ed.). **As novas fronteiras do Direito Penal**: escritos em homenagem à Sylvia Steiner. Belo Horizonte: D'Placido, 2022. p. 47-82.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.191

LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O DIREITO À AMPLA DEFESA NA COLABORAÇÃO PREMIADA

CRIMINAL ORGANIZATION LAW AND THE RIGHT TO DUE PROCESS IN REWARDED

MARA LINA SILVA DO CARMO
Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialização em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Graduada em Direito pela UFBA. Atualmente, exerce o cargo de juíza federal titular, vinculada ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
https://orcid.org/0000-0002-2934-4240

RESUMO

O artigo objetiva constatar se a ampla defesa tem lugar no procedimento de colaboração premiada, instituto jurídico de suma importância na experiência brasileira de combate ao crime organizado e que contribui para a ampliação dos espaços de consenso na esfera penal. Ao examinar a Lei do Crime Organizado – Lei n. 12.850/2013 –, modificada pela Lei n. 13.964/2019, identificam-se dispositivos legais pertinentes ao exercício da ampla defesa na colaboração premiada, tanto sob o ângulo do colaborador como em relação ao delatado. Em conclusão, constata-se que a concretização da ampla defesa e de outras garantias fundamentais na colaboração premiada depende da efetiva observância do procedimento legal respectivo, preponderantemente, pelo Poder Judiciário. O problema e a perspectiva de análise se embasaram na revisão bibliográfica qualitativa e na pesquisa documental.

Palavras-chave: justiça criminal; ampla defesa; colaboração premiada; negociação penal; crime organizado.

ABSTRACT

This article aims to verify if the due process of law takes place in the rewarded collaboration procedure, a legal institute of paramount importance in the Brazilian experience of combating organized crime, and that contributes to the expansion of spaces of consensus in the criminal sphere. Having drawn a historical-legislative overview of rewarded collaboration in Brazil, a study is made of the respective procedure, defined by the Organized Crime Law - Law 12.850/2013, modified by Law 13.964/2019, seeking to identify legal provisions relevant to the due process of law, both from the perspective of de collaborate and in relation to the one denounced by him in the rewarded collaboration. In the end, it can be seen that the Law to combat organized crime contains several provisions aimed at protecting the due process of law in the rewarded collaboration procedure; the realization of this and other fundamental guarantees, however, depends on the effective observance of the respective legal procedure, preponderantly, by the Judiciary. The problem and the perspective of analysis were based on qualitative literature review and documentary research.

Keywords: criminal justice; due process of law; rewarded collaboration; plea bargaining; organized crime.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro: panorama histórico-legislativo. 3 A Lei n. 12.850/2013: contornos da

colaboração premiada; 3.1 Algumas questões controvertidas: a ampla defesa no combate à criminalidade organizada. 4 Críticas à colaboração premiada: tensionamento de direitos fundamentais; 4.1 A limitação dos direitos fundamentais. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Calcado no sistema acusatório e tendo o princípio da obrigatoriedade como bússola, o processo penal brasileiro se encontra diante de uma inovadora realidade, plasmada na convivência entre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade, bem como no abandono de velhos dogmas quanto à imprescindibilidade de um processo longo e demorado para que se garanta o exercício da ampla defesa.

É o que se constata à vista das leis que regem os juizados especiais criminais nas esferas estadual e federal, bem como, mais recentemente, e no que interessa ao presente trabalho, em relação à Lei n. 12.850/2013 – Lei de Organização Criminosa (BRASIL, 2013), modificada pela Lei n. 13.964/2019, que conferiu uma nova roupagem à colaboração premiada, fixando regras específicas e detalhadas sobre o respectivo procedimento.

A colaboração premiada tem sua incidência destinada aos processos e procedimentos criminais relacionados à prática de crimes por organizações criminosas. Isso se justifica porque, nesse tipo de criminalidade, de maior complexidade, os integrantes da organização se relacionam, essencialmente, com base na confiança mútua e na Lei do Silêncio (*omertá*) acerca das atividades do grupo, blindando-se uns aos outros e, em especial, aqueles que ocupam os níveis hierárquicos mais altos, em uma verdadeira teia de cumplicidades.

Diante desses fatores, os meios convencionais de obtenção de prova podem ser insuficientes para alcançar os líderes da organização criminosa, restringindo a sua eficácia, em geral, à comprovação dos crimes que correspondem às tarefas praticadas na base dessa estrutura, composta pelos agentes criminosos que atuam na linha de frente[1].

Nos termos da Lei n. 12.850/2013[2], a colaboração premiada tem natureza jurídica de meio de obtenção de prova e, conforme alteração promovida nesse diploma legal pela Lei n. 13.964/2019[3], com clara inspiração na visão do Supremo Tribunal Federal – STF sobre o tema, configura-se como negócio jurídico processual condicionado à eficácia do resultado, o que implica a necessidade de atendimento aos requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral[4].

A propósito, Cavali (2017) afirma que, ao prever a celebração de acordos de colaboração premiada, a Lei de Organização Criminosa ficou no "meio do caminho" entre um avanço tímido na previsibilidade das consequências dos acordos e uma adoção declarada de uma substancial ampliação do âmbito da justiça penal negociada.

[1] Nessa linha de compreensão, Costa (2017, f. 173) assevera que: "São diversos os mecanismos de blindagem existentes em grupos criminosos organizados, principalmente de sua liderança, os quais dificultam sobremaneira a atuação dos órgãos responsáveis pela persecução criminal. Dessa maneira, as investigações convencionais somente levariam à possível responsabilização criminal de atores de baixa relevância no âmbito da organização criminosa".

[2] Art. 3º "Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada" (BRASIL, 2013).

[3] Art. 3º-A "O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos" (BRASIL, 2013).

[4] Essa linha de entendimento foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento pertinente à Questão de Ordem levantada nos autos da PET 7074/DF, apresentada, inicialmente, nos autos da Petição 7003, pertinente à homologação de acordos de colaboração premiada no âmbito da denominada Operação Lava-Jato. No julgamento da citada QO 7074, restou assentado que o acordo de colaboração premiada possui natureza jurídica de negócio jurídico condicionado à eficácia da colaboração (BRASIL, 2017).

Ainda assim, a Lei de Organização Criminosa preencheu uma lacuna existente em textos legais anteriores e tornou viável a efetiva existência da colaboração premiada como ferramenta de negociação penal, com características semelhantes ao *plea bargaining* norte-americano – sem que se confunda com este.

Assentadas essas premissas, o presente artigo objetiva examinar se a ampla defesa tem lugar no procedimento de colaboração premiada, instituto jurídico de suma importância na experiência brasileira de combate ao crime organizado e que contribui para a ampliação dos espaços de consenso na esfera penal.

Para tanto, adentrando a esfera da realização de acordos em demandas criminais que envolvem a criminalidade organizada, este artigo se desenvolve, essencialmente, com base na análise da Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), modificada pela Lei n. 13.964/2019 –, debruçando-se sobre a doutrina e jurisprudência a respeito da colaboração premiada. A metodologia utilizada, portanto, é a revisão bibliográfica qualitativa combinada com a análise documental.

A propósito, há o exame da origem histórico-legislativa da colaboração premiada até o momento em que surge no ordenamento jurídico a Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), quando se realiza um estudo verticalizado do seu teor, a fim de identificar dispositivos que se refiram ao exercício da ampla defesa no procedimento aplicável à colaboração premiada, confrontando-o com estudos doutrinários sobre o tema.

Por fim, são apresentadas as críticas feitas pela doutrina contra a utilização da colaboração premiada no sistema de justiça penal brasileiro, e que se fundamentam, basicamente, na alegação de inobservância de princípios e garantias fundamentais. Em especial,

nesse último tópico, caberá a abordagem das críticas pertinentes ao (não) exercício da ampla defesa no procedimento negocial previsto na Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

Em suma, com base em toda a pesquisa realizada, a partir da revisão bibliográfica qualitativa e análise documental, este trabalho pretende obter um direcionamento quanto à possibilidade de concretização da garantia da ampla defesa na utilização da colaboração premiada para o enfrentamento da criminalidade organizada no Brasil.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: PANORAMA HISTÓRICO-LEGISLATIVO

Na legislação brasileira, os primeiros registros históricos (SALOMI, 2017) que remetem à ideia de colaboração premiada podem ser encontrados nas Ordenações Filipinas, de 1603, cujo Livro V, Título VI, definia o crime de "*Lesa Magestade*"[5] (sic); e, no item 12[6], trazia elementos que revelam uma previsão embrionária do disposto no art. 4º, § 4º, da Lei de Organização Criminosa.

[5] Foi com base nas Ordenações Filipinas que houve a condenação de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, delatado por Joaquim Silvério dos Reis, como se extrai do seguinte trecho do julgado prolatado nos autos de Devassa da Inconfidência Mineira: "[...] mas prevalecendo no dito Joaquim Silvério a fidelidade e lealdade que devia ter como vassalo da dita Senhora, delatou tudo ao governador da Capitania de Minas em 15 de março de 1789, como consta da atestação do mesmo governador, a folhas 177 da continuação da Devassa de Minas, e depois por escrito, como se vê a folhas 5 da dita Devassa, com a data de 19 de abril do mesmo ano" (CLETO, 1978).

[6] Assim se encontrava redigido o item 12: "E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber" (LIVRO..., [20--]).

Segundo o citado item 12 das Ordenações Filipinas (LIVRO..., [20--]), para a concessão do perdão, exigia-se que o colaborador não fosse "o principal tratador desse conselho e confederação" e que prestasse a colaboração "antes que per outrem seja descoberto" (sic), o que corresponde, essencialmente, aos requisitos para a concessão da imunidade – ou não oferecimento da denúncia –, quais sejam, a necessidade de o colaborador ser o primeiro a colaborar e não ser o líder da organização criminosa[7].

As Ordenações Filipinas regeram a persecução penal brasileira de 1603 até 1830, quando entrou em vigor o Código Penal, mas, somente com a Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/1990 (BRASIL, 1990a) –, surgiu nova previsão legal quanto à colaboração premiada, com contornos mais próximos da versão atual desse instrumento, como se constata do seu art. 8º, parágrafo único[8].

Outrossim, após as Ordenações do Reino, podem ser citados os seguintes dispositivos legais que remetem, de algum modo, ao atual formato da colaboração premiada: Código Penal (art. 159, § 4º)[9]; Lei n. 7.492/1986 – Crimes contra o Sistema Financeiro (art. 25, § 2º)[10]; Lei n. 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos (art. 8º, parágrafo único); Lei n. 8.137/1990 – Crimes contra a Ordem Tributária (art. 16, parágrafo

7 Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 4º: "Nas mesmas hipóteses do *caput* deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019): I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo" (BRASIL, 2013).

8 Art. 8º, parágrafo único: "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços" (BRASIL, 1990a).

9 Art.159, § 4º: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços" (BRASIL, 1940).

10 Art. 25, § 2º: "Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços" (Incluído pela Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995) (BRASIL, 1986).

único)[11]; Lei n. 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 1º, § 5º)[12]; Lei n. 9.807/1999 – Lei de Proteção às Testemunhas (arts. 13 a 15)[13]; Lei n. 11.343/2006 – Lei Antidrogas (art. 41)[14]; Lei n. 12.529/2011 – Lei Antitruste (art. 87, parágrafo único)[15]; Lei n. 12.850/2013 – Lei de Organização Criminosa (BRASIL, 2013).

Dentre os textos legais supramencionados, a Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), inegavelmente, ocupou-se da colaboração premiada e de seu respectivo procedimento com maior riqueza de detalhes.

11 Art. 16, parágrafo único: "Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços" (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995) (BRASIL, 1990b).

12 Art. 1º, § 5º: "A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime" (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012) (BRASIL, 1998).

13 Art. 13: "Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14: O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Art. 15: Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva" (BRASIL, 1999).

14 Art. 41: "O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços" (BRASIL, 2006b).

15 Art. 87: "Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo" (BRASIL, 2011).

Convém destacar que, no âmbito internacional, há dois importantes textos contendo dispositivos que, antes mesmo da Lei n. 12.850/2013, davam suporte constitucional à adoção da colaboração premiada[16] no sistema jurídico nacional, quais sejam, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo (art. 26)[17] –, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004; e a Convenção das

16 "[...] A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas submetidas a procedimento de internalização (Decretos n. 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90.688, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 divulg 24-04-2008 public 25-04-2008 ement vol-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01PP-00263 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei n. 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade" (BRASIL, 2015).

17 "Artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei:

1. Cada Estado-Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente.

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado-Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente convenção.

3. Cada Estado-Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do art. 24 da presente convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1º do presente artigo se encontre num Estado-Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado-Parte, os estados-partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu Direito Interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado-Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2º e 3º do presente artigo" (BRASIL, 2004).

Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida (art. 37)[18] –, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

3 A LEI N. 12.850/2013 E O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

No cenário em que crimes praticados por organizações criminosas estão cada vez mais bem estruturadas, a colaboração premiada surge como um dos instrumentos à disposição do Estado para a obtenção de provas sobre as atividades delitivas do grupo, que se orienta, essencialmente, pela Lei do Silêncio[19]. A partir desse negócio jurídico processual e do meio excepcional de obtenção de

[18] "Artigo 37. Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei:

1. Cada Estado-Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
2. Cada Estado-Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente convenção.
3. Cada Estado-Parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente convenção.
4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no artigo 32 da presente convenção.
5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1º do presente artigo se encontrem em um Estado-Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado-Parte, os estados-partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado-Parte, do trato previsto nos parágrafos 2º e 3º do presente artigo" (BRASIL, 2006a).

[19] "A inspiração do instituto reside, pois, na busca da efetividade da persecução penal mediante um acordo entre as partes – acusador e acusado ou investigador e investigado –, no intuito de aprimorar a proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Para fazer frente à criminalidade moderna, que se vale de técnicas cada vez mais sofisticadas, fez-se necessário recorrer a instrumentos de investigação mais eficazes, diferentes dos meios tradicionais" (SALOMI, 2017, p. 151-184).

prova, busca-se extrair informações via colaboração de integrantes da própria organização criminosa, o que seria inatingível com base em meios convencionais e fora do espaço de consenso.

Ocorre que, devido à probabilidade de colisão entre os direitos fundamentais do colaborador/delator e do delatado, no curso do procedimento de colaboração premiada, torna-se ainda mais recomendável a parcimônia na opção por esse instrumento de negociação penal, sob pena de causar sérios danos ao sistema constitucional de garantias e prejudicar a consolidação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.

3.1 Algumas questões controvertidas: a ampla defesa no combate à criminalidade organizada

A Lei n. 12.850/2013 define o que é uma organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado, além de dar outras providências (BRASIL, 2013).

Denotando a inovadora previsão de um procedimento específico para a colaboração premiada, extrai-se do texto legal sob exame a preocupação do legislador em assegurar a assistência de defensor ao colaborador, durante todo o procedimento, possibilitando o exercício da ampla defesa sob a vertente da defesa técnica. É o que revela, por exemplo, o art. 4º, § 6º[20], que, ao vedar a participação do juiz nas negociações para a formalização do acordo de colaboração,

[20] Art. 4º, § 6º: "O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor" (BRASIL, 2013).

exige a presença do defensor do investigado ou acusado colaborador, juntamente aos demais atores dessa cena – Ministério Público e/ou delegado de polícia, conforme a hipótese.

Fora da mesa de negociações, o juiz examina a possibilidade de homologação do acordo de colaboração premiada[21], momento em que a observância da ampla defesa deve estar evidenciada, tanto sob o enfoque da defesa técnica quanto da defesa efetiva. O juiz verifica, portanto, se, além de estar formalmente presente, o defensor atuou na defesa do colaborador. Tendo atuado, certamente, o defensor o fez de modo a inibir qualquer tipo de coação ao colaborador, bem como a prática de algum ato apto a desbordar o procedimento legalmente previsto ou configurar ofensa a alguma garantia constitucional – inclusive no pertinente à ampla defesa.

Um outro meio de se concretizar a garantia da ampla defesa está previsto no art. 4º, § 13[22], da Lei do Crime Organizado (BRASIL, 2013), que diz respeito à obrigatoriedade de registro das tratativas e dos atos de colaboração premiada pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Nesse ponto, resta clara a finalidade de se assegurar um registro fidedigno do procedimento, medida esta que, inegavelmente, propiciará ao colaborador – e ao delatado – o posterior exercício da ampla defesa

[21] Art. 4º, § 7º: "Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação". (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019) (BRASIL, 2013).

[22] Art. 4º, § 13: "O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador". (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019) (BRASIL, 2013).

e, mais ainda, do contraditório, tendo por base o conteúdo real das declarações então coletadas pela autoridade legitimada.

Quanto ao delatado, tem-se, ainda, a vedação de se decretar medidas cautelares pessoais ou reais, receber denúncia ou queixa-crime, bem como prolatar sentença condenatória com base, exclusivamente, nas declarações do agente colaborador – art. 4º, § 16[23], da lei em tela. Com isso, traduz-se o respeito ao devido processo legal, bem como à ampla defesa e ao contraditório no curso da ação penal que vier a ser proposta com base nas declarações do acusado/réu colaborador.

Em uma espécie de síntese do que foi objeto de análise e discussão, quanto à indispensável assistência de defensor ao acusado ou réu colaborador, em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração premiada, tem-se o teor do § 15 do citado art. 4º[24], o que serve para ratificar a presença dos meios inerentes ao exercício da ampla defesa nesse procedimento.

Em reforço à concretização da ampla defesa, bem como do exercício do contraditório e, consequentemente, do devido processo de colaboração premiada, merece destaque o art. 6º da Lei n. 12.850/2013 que, no *caput*, determina a adoção da forma escrita para o termo de acordo e, em seu inciso III, exige que a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor conste desse termo (BRASIL, 2013).

[23] Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 16: "Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador". (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019) (BRASIL, 2013).

[24] Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 15: "Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor" (BRASIL, 2013).

Além disso, o termo do acordo deverá conter[25]: o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Denota-se que, ao estabelecer a forma escrita do termo de colaboração premiada, a Lei de Organização Criminosa afasta a possibilidade dos chamados acordos informais, priorizando a segurança jurídica quanto ao cumprimento das condições pactuadas pelas partes. Ademais, a especificação do respectivo conteúdo viabiliza a devida análise judicial quanto à comprovação da voluntariedade, efetividade e eficácia do acordo, bem como da efetiva defesa ao colaborador e eventual adoção de medidas de proteção em seu favor e/ ou de sua família.

4 CRÍTICAS À COLABORAÇÃO PREMIADA: TENSIONAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de todos os dispositivos que preveem a presença do defensor no curso do respectivo procedimento, como examinado no tópico anterior, há críticas à adoção da colaboração premiada,

[25] Discorrendo sobre a forma e o conteúdo do termo de colaboração premiada, Mendonça (2013, p. 16) faz interessante o apontamento: "Adotou-se a prática, desenvolvida inicialmente na força-tarefa do caso Banestado e inspirada no Direito norte-americano, de se realizar um verdadeiro "contrato", com cláusulas contratuais entre as partes. Há basicamente quatro vantagens do acordo escrito: (i) traz maior segurança para os envolvidos; (ii) estabelece com maior clareza os limites do acordo; (iii) permite o consentimento informado do imputado, assegurando a voluntariedade; (iv) dá maior transparência e permite o controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral. Assim, o acordo escrito traz maior eficiência para a investigação, ao tempo que melhor assegura os interesses do colaborador e dos imputados".

sob o argumento de que esse instrumento gera uma espécie de tensionamento dos direitos fundamentais e, até mesmo, ofensa à garantia da ampla defesa.

Como um dos principais alvos dessa controvérsia, destacamos o § 14 do supracitado art. 4º[26], do qual consta que, ao prestar depoimentos na presença de seu defensor, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (BRASIL, 2013).

Sob a perspectiva dessa corrente contrária ao instituto da colaboração premiada, o dispositivo legal retromencionado ofende o princípio da presunção de inocência, porquanto obriga o colaborador a renunciar ao seu direito constitucional ao silêncio e lhe impõe o dever de dizer a verdade, o que pode ensejar a sua autoincriminação.

Argumenta-se, também, que a presença do defensor é insuficiente para assegurar a observância dos direitos fundamentais do colaborador, tendo em vista a verdadeira barganha que se opera entre acusação e defesa, que agiriam no intuito de satisfazer objetivos de cunho particular.

4.1 A limitação dos direitos fundamentais

Uma interpretação apressada da Lei n. 12.850/2013 em confronto com os direitos fundamentais supramencionados, de fato, pode levar à conclusão de que o colaborador é posto em situação de absoluta desvantagem frente ao Estado, bem como se vê obrigado a assumir a

[26] "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade" (BRASIL, 2013).

culpabilidade por fatos delituosos e, ainda, a produzir prova contra si mesmo, autoincriminando-se.

Ocorre que essa leitura açodada parece estar embasada em duas premissas falsas: a primeira, no sentido de que os direitos fundamentais são absolutos, ilimitáveis; a segunda, acerca da aceitação do acordo de colaboração, refere-se a uma imposição da celebração desse acordo ao colaborador.

Com efeito, tornou-se pacífico o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais são limitáveis, inexistindo direito fundamental absoluto (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 39-41). A propósito, no Brasil, há limitações a direitos fundamentais (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 49-51), constantes, inclusive, do próprio texto constitucional, como é o caso do art. 5º, inciso XLVII, *a*, que prevê a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada, traduzindo uma limitação ao direito à vida.

Nessa linha de entendimento quanto à limitação dos direitos fundamentais, pode ser citada a Súmula Vinculante n. 11[27] cujo teor se refere à utilização de algemas em réu preso, durante a audiência. Vê-se que, nas circunstâncias constantes do verbete em comento, realizada a ponderação entre as garantias fundamentais em potencial conflito, as algemas poderão ser mantidas, e o direito fundamental à integridade física do preso sofrerá limitação em favor do mesmo direito fundamental pertencente aos demais presentes ao ato, bem como à segurança do próprio preso.

[27] "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado" (BRASIL, 2008).

Diante desse contexto, o procedimento de colaboração premiada pode ensejar a realização de um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais que se encontrem em rota de colisão, sendo viável uma conclusão no sentido de que devem ter precedência, no caso concreto, determinados direitos fundamentais, como segurança, ordem, liberdade, vida e saúde – conforme o tipo de crime praticado pela organização criminosa investigada.

A segunda premissa – falsa – que parece orientar a crítica à colaboração premiada consiste na ideia de haver ofensa à presunção de inocência, porquanto o colaborador estaria obrigado a aceitar o acordo de colaboração premiada, produzindo provas contra si mesmo, ao observar a imposição legal de falar e, mais ainda, de falar a verdade.

A partir de um raciocínio raso de lógica, tendo por base o texto da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), constatam-se que o afastamento do direito ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade são inerentes a qualquer tipo de negociação; não poderia, portanto, ser diferente com a colaboração premiada que, inegavelmente, configura-se como instrumento de negociação penal e, ao mesmo tempo, decorre da estratégia defensiva.

Admitir a possibilidade de um acordo de colaboração premiada baseado em respostas falsas – ou inexistentes – levaria ao seu completo esvaziamento, tornando-o um meio ineficaz de obtenção de prova. Nesse sentido, Cavali (2017) assevera que o descumprimento desse dever de dizer a verdade[28] pode ensejar a rescisão ou anulação do

[28] Cavali (2017, p. 255-274) ressalta, ainda, que: "A previsão legal do dever de dizer a verdade não transmuta o colaborador em testemunha, dado o seu evidente interesse no caso, mas apenas torna legítima a aplicação das consequências mencionadas, afastando a possibilidade de que o colaborador se escude no direito à não autoincriminação para mentir".

acordo de colaboração premiada, bem como a configuração do crime descrito no art. 19 da Lei de Organização Criminosa.

Registre-se que a obrigação de falar, limitando o direito constitucional ao silêncio, não configura, por si só, uma ofensa à garantia da ampla defesa, porquanto esta, na sua vertente da autodefesa, é opcional, podendo ou não ser exercida, segundo a estratégia defensiva adotada.

Some-se a isto o fato de que a presunção de inocência somente pode ser afastada com base em conjunto probatório que confirme o teor das declarações contidas no acordo de colaboração premiada, vedando-se a condenação nelas fundamentada, de modo exclusivo – art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

Observa-se, também, que a afirmação genérica de que o colaborador se vê coagido a aceitar a proposta de acordo de colaboração premiada, motivado pelo temor de ser condenado a penas mais severas, não se sustenta.

No acordo de colaboração premiada, o que se constata é uma verdadeira negociação entre a defesa e o Estado, mediante concessões recíprocas – como é típico dessa espécie de procedimento – que se destinam à formação de um negócio jurídico processual entre os envolvidos, no intuito de solucionar o conflito, de modo consensual. Nessa negociação, diante das sérias concessões feitas pelo Estado, como o não oferecimento de denúncia e o perdão judicial, logicamente, exige-se algum sacrifício por parte do beneficiado, que, de forma voluntária e assistido por defensor, decide ou não pela colaboração premiada.

Vê-se, portanto, que a colaboração premiada é meio de obtenção de prova e não a própria prova. O seu resultado, inegavelmente, terá o peso correspondente ao que for confirmado pelo conjunto probatório produzido sob o crivo do devido processo legal, o que afasta a alegação abstrata de que sua adoção, no sistema jurídico brasileiro, ocasionará ofensa à presunção constitucional de inocência.

Igualmente, inexiste prejuízo à garantia da ampla defesa em razão da obrigação de dizer a verdade, ainda que exista o consequente risco de se autoincriminar, na medida em que a celebração do acordo de colaboração premiada decorre, inexoravelmente, de uma estratégia defensiva. Nesse passo, o próprio colaborador, voluntariamente e assistido por seu defensor, fornece informações sobre fatos e circunstâncias que são do seu conhecimento ao Ministério Público ou delegado de polícia, construindo a base essencial para realizar sua defesa, de acordo com a estratégia que melhor lhe aprouver.

Possuindo o domínio do conteúdo das informações constantes do acordo celebrado entre as partes, o agente colaborador poderá exercer sua ampla defesa, com os meios e os recursos inerentes ao estágio processual em que ocorrer a colaboração premiada. A depender, portanto, da fase processual em que for negociado o acordo e do prêmio correlato, o exercício da ampla defesa poderá se restringir à esfera da investigação criminal, percorrer toda instrução penal ou referir-se à execução da pena.

À vista de todo arcabouço examinado, pode-se afirmar que o procedimento de colaboração premiada propicia o exercício da ampla defesa, também, ao eventual delatado.

Destaque-se que a supramencionada obrigação de dizer a verdade, imposta ao colaborador, constitui relevante providência legal

para propiciar a ampla defesa ao delatado, buscando resguardá-lo de consequências nefastas decorrentes de declarações inverídicas que lhe imputem práticas delitivas. Em reforço dessa garantia, vale repisar que a Lei de Organização Criminosa veda a condenação com base, exclusivamente, no teor das declarações do agente colaborador[29], providência esta que, indubitavelmente, propicia o exercício do contraditório e da ampla defesa ao delatado, garantindo-lhe a oportunidade de se valer dos recursos necessários à comprovação da sua tese defensiva. Não é demais relembrar que, como outro ponto crucial para resguardar o direito à ampla defesa – assim como a segurança jurídica das negociações –, a Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013) exige a forma escrita do termo de colaboração premiada e que o registro das declarações do colaborador seja feito por meios que garantam, o máximo possível, a sua fidedignidade.

A partir do registro do teor do acordo de colaboração premiada, será viável ao delatado tomar conhecimento dos fatos que lhe são imputados pelo colaborador e dos elementos de prova mencionados como substrato para tais imputações. De posse dessas informações essenciais, o delatado poderá exercer o direito à ampla defesa, mesmo na hipótese de procedimento sob sigilo. Considerando o teor da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009), evidentemente, o respectivo defensor terá acesso a todo arsenal probatório materializado nos autos e que diga respeito ao delatado, salvo em casos de diligência em curso.

Do quadro delineado, extrai-se que a negociação penal via colaboração premiada é permeada por tensões entre os direitos fundamentais do colaborador, do delatado e da sociedade. Porém,

[29] Sobre a necessidade de corroboração das informações trazidas pelo colaborador por meio de outros elementos de prova, Badaró (2017, p. 127-149) ressalta que "o legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável".

essa característica é insuficiente para, por si só, negar a significativa importância desse negócio jurídico processual na persecução penal, processo e julgamento das demandas relacionadas aos crimes cometidos por organizações criminosas.

No intuito de equilibrar essa balança, eliminando – ou, ao menos, reduzindo – o mencionado tensionamento de direitos fundamentais, a utilização desse instituto importante e inovador de negociação penal deve ocorrer com base nos parâmetros fixados na lei e na Constituição, de forma cuidadosa, comedida e quando for extremamente necessário.

Portanto, independentemente da finalidade objetivada com a realização do acordo de colaboração premiada – que, definitivamente, não se confunde com o *plea bargaining* –, o sistema negocial penal brasileiro não confere ampla discricionariedade ao Ministério Público para negociar prêmios e condições não previstos em lei, atuando com base em uma visão arrojada e, negativamente, utilitarista da negociação penal.

Compreender de modo diverso, tomando a colaboração premiada como uma espécie de remédio para todos os males que decorrem do crime organizado, incrementa o risco de ofensa a garantias constitucionais do colaborador e do eventual delatado, bem como ocasiona a banalização do instituto e o consequente descrédito quanto à sua aptidão para funcionar como instrumento de negociação penal.

5 CONCLUSÃO

Seguindo a tendência mundial de expansão das soluções consensuais no processo penal, a Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013)

surgiu com significativa importância, na medida em que define o procedimento necessário para a efetiva utilização da colaboração premiada no combate ao crime organizado. Supriu-se, nesse ponto, a lacuna existente em diplomas legais anteriores que, embora previssem alguma forma de colaboração premiada, muito pouco informavam quanto ao respectivo procedimento.

Nesse caminho em construção, a solução para as questões interpretativas pertinentes à colaboração premiada vem sendo obtida a partir da doutrina e da jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, tendo por base uma análise densa quanto à observância do devido processo constitucional e convencional. Como vetores desse percurso hermenêutico, indubitável e prioritariamente, devem ser observados os direitos e as garantias fundamentais, bem como os princípios constitucionais que regem o processo penal.

Diante desse cenário, algumas justificativas podem ser apresentadas acerca da necessidade de conformação constitucional do procedimento de colaboração premiada, no intuito de garantir o exercício da ampla defesa, à luz do Estado Democrático de Direito e, assim, aperfeiçoar essa prática negocial que tem sido de significativa importância no combate à criminalidade organizada no Brasil.

1. Tratando-se de imposição constitucional vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana, da observância das garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, é inafastável, ainda que se trate de procedimento caracterizado pela possibilidade de negociação entre as partes, como é o caso da colaboração premiada.

2. Em que pese sua inegável importância para a solução de demandas envolvendo organizações criminosas, a colaboração

premiada não é a solução para todos os males e todas as dificuldades estruturais enfrentadas pelos órgãos de persecução penal do Estado. A utilização desse meio de obtenção de prova deve ocorrer com parcimônia, inegavelmente, devido à potencial tensão entre os direitos fundamentais e aos prejuízos decorrentes da banalização no emprego dessa ferramenta de negociação penal.

3. Efetivamente, a Lei n. 12.850/2013 contém dispositivos destinados à concretização da garantia constitucional da ampla defesa. Cabe, outrossim, ao juízo competente o papel precípuo de zelar pela obediência do procedimento de colaboração premiada à Constituição e ao Estado Democrático de Direito, sem se imiscuir, propriamente, na seara das tratativas do acordo de colaboração premiada.

Em conclusão, apesar da apontada timidez inicial, é inegável a aptidão da Lei n. 12.850/2013 para ampliar os espaços de consenso na esfera penal, porquanto fixa um verdadeiro procedimento de negociação traduzido pela colaboração premiada, instrumento este que se revela de expressiva importância para o enfrentamento da criminalidade organizada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. **Columbia Law Review**, New York, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979.

ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – Artigo 18 da Resolução no 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 137, p. 45-60, 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada. **Consulex**, Brasília, DF, v. 19, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.

BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 255-274.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENDER, Paisly. Exposing the hidden penalties of pleading guilty: a revision of the collateral consequences rule. **Geo. Mason L. Rev.**, Arlington, VA, v. 19, p. 291, 2011.

BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. **Harvard Law Review**, Cambridge, p. 2463-2547, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTTINI, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lava jato". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, n. 24, p.359-390, ago. 2016.

BRASIL. **Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/l8137.htm. Acesso em:13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras– COAF [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940

(Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5.245/Distrito Federal**. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki, 5 de maio de 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4689981. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 7.074/Distrito Federal**. Agravo regimental. Acordo de colaboração premiada. Homologação. Competência. Prevenção. Deliberação acerca dos termos de depoimento não conexos. Atribuição do juízo homologatório. Recurso interno desprovido. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de junho de 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5204385. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 11. Aprovação: 13 ago. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 157, p. 1, 22 ago. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. Aprovação: 2 fev. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 26, p. 1, 9 fev. 2009. Disponível em: http:// www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230. Acesso em: 12 mar. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 25, v. 133, p. 133-171, 2017.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 255-274.

CLETO, Marcelino Pereira *et al*. **Autos de devassa da inconfidência mineira**. Belo Horizonte, MG: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais; Brasília, DF: Edições Câmara, 1978. v. 7. Disponível em: https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=37099. Acesso em: 24 jun. 2022.

COSTA, Rodrigo de Campos. **Processo penal garantista**: infiltração de agentes e colaboração premiada. 2017. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 64-66, jun./ jul. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Plea bargaining and the transformation of the criminal process. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 90, n. 3, p. 564-595, 1977.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Camile Eltz de; WUNDERLICH, Alexandre Lima. Advocacia e os modelos de consenso no processo penal: práticas e desafios. *In*: PINTO, Felipe Martins; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; LOPES, Luciano Santos Lopes. **O sistema de justiça penal visto por nós advogados**. Belo Horizonte: IAMG, 2021. p. 33-49.

LIVRO 5 Tit. 6: do crime de lesa magestade. [*S. l.*]: Ordenações Filipinas *on-line*, [20--]. Disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1153.htm. Acesso em: 1 jun. 2018.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66, jun./jul. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). **Revista Custos Legis**, Rio de Janeiro, v. 4, 2013. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a- colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file. Acesso em: 12 mar. 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 151-184.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

STRAUSS, David A. **The living constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. *In*: SWINARSKI, Christophe. **Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet**. Genève, La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 1984. p. 837-850, ad. 837.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de; REIS, Érica do Vale. Justiça criminal premial: introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da Lei 12.850/2013. **Revista Jurídica Lex**, São Paulo, n. 70, p. 396-412, ago. 2014.

VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**: plea bargaining, the courts, and the making of political authority. New York: Oxford University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. *In*: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (org.). **Contemporary debates on political philosophy**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009. p. 267-82.

WESTEN, Peter; WESTIN, David. A constitutional law of remedies for broken plea bargains. **Cal. L. Rev**., Berkeley, v. 66, p. 471, 1978.

YOFFE, Emily. Innocence is irrelevant. **The Atlantic**, [Boston], v. 330, n. 2, p. 66-74, 2017.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.192

CRIMINALIDADE ORGANIZADA NA EXPLORAÇÃO DA MADEIRA NO BRASIL: UM MODUS OPERANDI VOLTADO À ILICITUDE DE ÍNDOLE TRANSNACIONAL

ORGANIZED CRIMINALITY IN THE EXPLORATION OF WOOD IN BRAZIL: A MODUS OPERANDI AIMED AT TRANSNATIONAL ILLEGALITY

MARCELO GUERRA MARTINS

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Civil e doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor de Direito Financeiro e Tributário, com ênfase em Análise Econômica do Direito – AED. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais, do mestrado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. Autor de livros e artigos publicados em revistas especializadas. Juiz federal em São Paulo. Atuou como juiz auxiliar e instrutor no Supremo Tribunal Federal – STF.

https://orcid.org/0000-0002-3176-229X

RESUMO

O presente artigo trata da atuação da criminalidade organizada na exploração da madeira no Brasil que, além de estar em crescimento, vem apresentando um *modus operandi* voltado à transnacionalidade, causando graves prejuízos, principalmente ambientais. Além da legislação aplicável à correta exploração da madeira (extração, transporte, comércio e industrialização), são abordados os vários crimes perpetrados pelo crime organizado "madeireiro", tais como: delitos ambientais, organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro, em redes cujos tentáculos usualmente extrapolam as

fronteiras nacionais. São apresentados fatos e dados relevantes, como, por exemplo, a estimativa de que ao menos 50% da madeira extraída das florestas brasileiras não observa a lei. São também descritas as ferramentas jurídicas de combate a essa modalidade de "empresa criminosa", com destaque para as ações de cooperação jurídica internacional, bem como abordadas as recomendações da Ação n. 10/2021 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro – Enccla, cujo escopo é o aprimoramento das políticas voltadas ao combate da criminalidade ambiental. Em termos de metodologia, trata-se de um estudo teórico (revisão bibliográfica e de legislação), com conclusões obtidas precipuamente por indução.

Palavras-chave: exploração da madeira; crimes ambientais; corrupção; organizações criminosas; lavagem de dinheiro.

ABSTRACT

This paper deals with the role of organized crime in the exploitation of wood in Brazil, which, in addition to being growing, has been presenting a *modus operandi* focused on transnationality, with serious environmental and other damages. In addition to the legislation applicable to the correct exploitation of wood (extraction, transport, trade and industrialization), the various crimes perpetrated by "timber" organized crime are addressed, such as: environmental crimes, criminal organization, corruption and money laundering, in networks whose tentacles usually extrapolate national boundaries. Relevant facts and data are presented, such as, for example, the estimate that at least 50% of the wood extracted from Brazilian forests does not comply with the law. The legal tools to combat this type of "criminal enterprise" are also described, with emphasis on international legal cooperation actions, as well as the recommendations of National Strategy to Combat Corruption and Money Laundering - Enccla's action n. 10/2021, whose scope is the improvement of policies aimed at combating environmental crime.

In terms of methodology, it is a theoretical study (bibliographic and legislation review), with conclusions obtained primarily by induction.

Keywords: wood exploration; environmental crimes; corruption; criminal organizations; money laundry.

Recebido: 13-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Regime legal da exploração da madeira no Brasil. 3 Criminalidade organizada na exploração da madeira; 3.1 Crimes ambientais; 3.2 Crimes de organização criminosa; 3.3 Crimes de corrupção ativa e corrupção passiva; 3.4 Crimes de lavagem de dinheiro; 3.5 Vocação para a transnacionalidade da exploração ilegal da madeira no Brasil. 4 Combate à criminalidade organizada de índole ambiental; 4.1 Instrumental normativo e cooperação internacional; 4.2 As recomendações da Ação n. 10/2021 da Enccla. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo trata da criminalidade organizada na exploração da madeira no Brasil, dentro de uma conjuntura "empresarial" com alto poder lesivo aos interesses da sociedade, não apenas pelos extensos danos ambientais resultantes, mas também pelas consequências nefastas decorrentes de crimes como organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro.

Levando em conta o interesse pela madeira brasileira em outros países, surge o caráter transnacional desse conjunto delituoso, tanto

pela exportação ilegal da madeira quanto pelas peculiaridades do *modus operandi* das organizações criminosas atuantes que, não raramente, utilizam-se de empresas e/ou entidades "de fachada" localizadas em jurisdições *offshore* para dificultar eventual investigação acerca da lavagem de dinheiro.

A exploração ilegal da madeira se revela um fenômeno deletério em crescimento, sendo certo que a estrutura "empresarial" voltada ao ilícito usualmente gera lucros de alta monta. Nesse tópico, apenas como exemplo, segundo o Grupo de Ação Financeira Internacional – Gafi, "estima-se que os crimes ambientais estejam entre os delitos mais lucrativos do mundo, gerando cerca de US$ 110 a 281 bilhões em ganhos anualmente" (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2021, p. 5)[1].

Destarte, dentre os assuntos aqui tratados, o texto encontra-se dividido em três capítulos, na seguinte ordem: 1) o regime legal da exploração da madeira no Brasil, com a explanação sumária das principais normas que regem essa atividade (extração, transporte, comércio e industrialização); 2) a criminalidade organizada na exploração da madeira brasileira, com a apresentação do conjunto de crimes mais usualmente perpetrados em tais circunstâncias (crimes ambientais, organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro); e 3) o combate à criminalidade organizada de índole ambiental, descrevendo-se as ferramentas e o instrumental normativo pertinente, bem como questões ligadas à cooperação jurídica internacional e, ainda, as recomendações da Ação n. 10/2021 da Enccla (ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, 2021), que dizem respeito justamente ao aprimoramento das políticas

[1] Tradução livre. Texto original: "*Environmental crime is estimated to be among the most profitable proceeds-generating crimes in the world, generating around USD 110 to 281 billion in criminal gains each year*".

públicas de combate à criminalidade organizada na seara ambiental. Segue a conclusão e as referências.

São raros os artigos que tratam da ligação entre crimes ambientais, organizações criminosas, corrupção e lavagem de dinheiro, não obstante acreditarmos ser o tema de elevada relevância. Aliás, ao que parece, os diversos países ainda não despertaram verdadeiro interesse pelo combate a essa espécie de criminalidade. Segundo alerta o Gafi, "o combate à lavagem de dinheiro muitas vezes não faz parte do diálogo de políticas públicas sobre proteção ambiental. [...] as jurisdições estão abordando principalmente o crime ambiental como uma questão de conservação, e não como um crime financeiro grave" (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2021, p. 51)[2].

Optamos por confeccionar um texto "panorâmico", quer dizer, nossa intenção foi demonstrar, em linhas gerais, o cenário do problema da exploração ilegal da madeira no Brasil, suas consequências, ferramentas de combate e possíveis aperfeiçoamentos. Nesse sentido, a exposição focou mais "no todo" e menos na exploração aprofundada de cada delito especificamente considerado ou mesmo na exposição de casos específicos.

Em termos de metodologia, o texto se constitui num estudo teórico (revisão bibliográfica e de legislação) com apresentação de dados de forma qualitativa e conclusões obtidas precipuamente por indução, ficando advertido não ser nossa intenção firmar certezas ou palavras finais, muito pelo contrário, eventuais críticas são muito bem-vindas.

[2] Tradução livre. Texto original: "*Anti-money laundering is often not part of the public policy dialog]ue on environmental protection. Despite the significant proceeds involved in many cases, jurisdictions are mostly addressing environmental crime as a conservation issue rather than a serious financial crime*".

2 REGIME LEGAL DA EXPLORAÇÃO DA MADEIRA NO BRASIL

A preservação do meio ambiente, em suas mais diversificadas matizes e manifestações, é indispensável à manutenção da vida. Daí ser essencial a aprimorada regulação jurídica do tema, a começar pela Constituição Federal de 1988, cujo *caput* do art. 225 estabelece que todos "têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 1988).

Cabe mencionar também que o inciso VI, do art. 170, da Constituição de 1988, estipula como um dos princípios da ordem econômica a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (BRASIL, 1988). Noutras palavras, as respectivas políticas públicas devem ser direcionadas "à realização de desenvolvimento que propicie melhoria de vida de todos os indivíduos, conjugando economia, meio ambiente e fatores sociais" (BRITO, 2017, p. 97).

Desse modo, toda legislação que visa regulamentar e, sobretudo, tornar efetivos os preceitos constitucionais, sejam leis ou mesmo normas de índole administrativa, necessita conciliar os interesses privados (que, aliás, são legítimos) com a envergadura maior da preservação ambiental[3]. Nessa seara, a exploração da madeira é um

[3] A doutrina extrai dos preceitos constitucionais e da legislação ordinária diversos princípios que, em seu todo, compõem a complexa normatização jurídica do meio ambiente no Brasil. Assim, merecem destaque: a) princípio do desenvolvimento sustentável (FIORILLO, 2012, p. 87; LIMA, 2012, p. 131; PRADO, 2011, p. 120); b) princípio da precaução (DERANI, 1997, p. 166; ABI-EÇAB, 2011, p. 927); c) princípios da participação e da ubiquidade (FIORILLO, 2012, p. 132, 137); d) princípio do poluidor pagador (DERANI, 1997, p. 158); e) princípio do acesso à informação (THOMÉ, 2018, p. 80); e f) princípio do preservador recebedor (THOMÉ, 2018, p. 86).

ramo empresarial que carece de normatização adequada, inclusive porque é fonte de recursos que auxiliam a movimentar a economia de várias regiões do Brasil. Nesse sentido, cabe destacar:

> Com relação à economia de base florestal, a extração vegetal madeireira e não madeireira movimentou em 2018 um total de R$ 20,5 bilhões e em 2017 os madeireiros processados somados representaram mais R$ 109,5 bilhões. Parte destes produtos da floresta foram exportados: R$ 14,2 bilhões em produtos florestais em 2018. Ainda ocorreu para setores específicos a necessidade de importação de alguns produtos de origem florestal correspondendo a R$ 1,65 bilhão. O trabalho formal relacionado às florestas foi responsável por 1,25% dos empregos gerados no país. (BRASIL, 2019, p. 3).

Portanto, nada mais esperado do que as cadeias produtivas que envolvem a madeira – notadamente a extração, o transporte, o comércio e a industrialização – sejam disciplinadas pela lei, ainda mais quando representarem supressão de florestas[4], visto que tais locais abrigam biomas específicos, muitas vezes em delicado equilíbrio, além de contribuírem de forma relevante para a manutenção das condições climáticas da Terra[5].

[4] Segundo o Serviço Florestal Brasileiro: "O Brasil é um país florestal, com 498 milhões de hectares de florestas, composto de florestas naturais (98%) e plantadas (2%), sendo aproximadamente 55% em áreas públicas e 45% em áreas privadas" (BRASIL, 2019, p. 3). Aliás, a exploração excessiva de florestas vem gerando "profundo impacto no sistema de produção de alimentos no mundo, com repercussões negativas para a soja sul-americana e outros cultivos, além de potencial inflação e, em alguns locais do planeta, o incremento da fome" (CHADE, 2022).

[5] O Ministério do Meio Ambiente assevera: "Além de contribuir para o efeito estufa, o desmatamento gera outros impactos negativos para a sociedade e o meio ambiente. Ameaçando espécies da fauna e da flora com a destruição de *habitats*, afetando diretamente o meio de vida de milhões de pessoas, comprometendo a oferta hídrica de outros tantos milhões e contribuindo para a perda de solos férteis e a erosão. O desmatamento e as queimadas afetam também o clima local reduzindo a umidade nas áreas atingidas e podendo afetar o fluxo das chuvas no território." (BRASIL, 2016).

Em termos de regulação da exploração da madeira, um primeiro destaque é a Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012 (BRASIL, 2012a), conhecida como Código Florestal Brasileiro – CFB que, dentre outros diversos preceitos, disciplina "o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos" (art. 1º-A do CFB).

A teor do art. 31 do CFB (BRASIL, 2012a), a exploração de florestas nativas e formações sucessoras, de domínio público ou privado, dependerá de licenciamento pelo órgão competente do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama[6], mediante aprovação prévia do Plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS, "que contemple técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme".

Empresas industriais que utilizam grande quantidade de matéria-prima florestal (*v.g.* siderúrgicas, metalúrgicas ou outras que consumam grandes quantidades de carvão vegetal ou lenha) são obrigadas a elaborar e implementar o Plano de Suprimento Sustentável – PSS, a ser submetido à aprovação do órgão competente do Sisnama (art. 34 do CFB) que, entre outros requisitos, necessita assegurar "produção equivalente ao consumo de matéria-prima florestal pela atividade industrial" (§ 1º do art. 34 do CFB) (BRASIL, 2012a).

A partir da combinação entre o previsto na Lei n. 11.284, de 2 de março de 2006 (BRASIL, 2006b), com a Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011 (BRASIL, 2011), constatamos que a União teve seu

[6] Acerca do Sisnama: "Criado pela Lei n. 6.938/1981, regulamentada pelo Decreto n. 9.9274/1990, o Sisnama é a estrutura adotada para a gestão ambiental no Brasil, e é formado pelos órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios responsáveis pela proteção, melhoria e recuperação da qualidade ambiental no Brasil" (BRASIL, 2017).

papel reformulado no que se refere à gestão dos recursos florestais. Nesse diapasão, é competência da União a gestão de empreendimentos e atividades localizadas ou desenvolvidas: 1) conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; 2) no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; 3) em terras indígenas; 4) em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental – APAs; e 5) em dois ou mais estados.

Os estados e municípios ficaram incumbidos de gerir os temas que digam respeito ao: 1) licenciamento ambiental de propriedades rurais; 2) licenciamento de desmatamento; 3) licenciamento do manejo florestal para produção de madeira ou produtos não madeireiros; 4) licenciamento para plantio e corte (reflorestamentos); 5) controle do fluxo da madeira e de produtos florestais não madeireiros; 6) reposição florestal; 7) monitoramento e fiscalização; 8) fomento, assistência técnica e incentivos à produção florestal; e 9) compensação ambiental.

Além das licenças retro, o Código Florestal Brasileiro – CFB determina a existência de controle da origem da madeira, do carvão e de outros produtos ou subprodutos florestais, em sistema nacional que integre os dados dos diferentes entes federativos, de acesso público por meio da internet (art. 35 do CFB). Dentro do ciclo econômico desses produtos, o art. 36 do CFB estipula que o transporte, por qualquer meio, e o armazenamento de madeira, lenha, carvão e outros produtos ou subprodutos florestais oriundos de florestas de espécies nativas, para fins comerciais ou industriais, necessitam de licença do órgão competente do Sisnama (BRASIL, 2012a).

No caso, a licença em epígrafe é formalizada por meio da emissão do Documento de Origem Florestal – DOF, que deverá acompanhar o material até o beneficiamento final (§ 1º do art. 36), sendo certo que qualquer um que receba ou adquira, para fins comerciais ou industriais,

madeira, lenha, carvão e outros produtos ou subprodutos de florestas de espécies nativas está obrigado a exigir a apresentação do DOF e munir-se da via que deverá acompanhar o material até o beneficiamento final (§ 1º do art. 36). Destacamos ainda o seguinte:

> O sistema DOF funciona como uma ferramenta contábil que registra o fluxo dos créditos concedidos em autorizações de exploração florestal, em sistema de conta-corrente, desde o lançamento do volume inicial, no local de extração do produto florestal ou de entrada no país via importação, até o ponto de saída do fluxo, onde o material encontra seu consumo final ou deixa de ser objeto de controle florestal. (INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, 2016).

É de rigor que, ainda, seja respeitada a chamada Reserva Legal que, em suma, impede a exploração de toda a área do imóvel, para fins de "assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade" (art. 3º do CFB) (BRASIL, 2012a). Por exemplo, a teor do art. 12 do CFB, caso o imóvel encontre-se localizado na Amazônia Legal[7] e situado em área de florestas, 80% da respectiva área deverá ser preservada, sendo possível a exploração sobre os 20% restantes[8].

Aliás, imóveis localizados em área de preservação permanente estão praticamente excluídos do ciclo econômico exploratório, visto

[7] Segundo o art. 3º, inciso I, do CFB, a Amazônia Legal compreende "os Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e as regiões situadas ao norte do paralelo 13º S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44º W, do Estado do Maranhão" (BRASIL, 2012a).

[8] Ainda dentro da Amazônia Legal, o percentual de preservação é de 35% para os imóveis situados em áreas de cerrado; 20% para os localizados em áreas de campos gerais e, por fim, igualmente 20% para os imóveis das demais regiões do país (art. 3º, inciso I e II do CFB) (BRASIL, 2012a).

que "a vegetação situada em APAs deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado" (art. 7º do CFB) (BRASIL, 2012a), destacando-se que, em caso de supressão, "o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, é obrigado a promover a recomposição da vegetação" (§ 1º do art. 7º) (BRASIL, 2012a).

É importante frisar que não estamos aqui criticando as limitações à exploração das florestas para fins lucrativos, muito pelo contrário. A própria Constituição de 1988, como visto, exige um equilíbrio entre as expectativas dos agentes privados e o interesse público consistente na proteção e conservação ambiental, inclusive em prol da qualidade de vida das gerações vindouras (BRASIL, 1988).

Porém, não se pode negar que a regulação, ao impor custos de conformidade aos produtores e diminuir a área explorável, acaba por tornar o produto (em suma, a madeira) mais caro e, por isso, mais raro e valioso. E, como sabido, produtos em tais situações costumam atrair a ganância de pessoas dispostas a cometer ilícitos em busca de um lucro maior, como ocorre, por exemplo, com o tráfico de entorpecentes. Trata-se de um efeito colateral da regulação que, evidentemente, carece de ser, ao máximo possível, neutralizado pelos órgãos estatais criados para tal desiderato.

3 CRIMINALIDADE ORGANIZADA NA EXPLORAÇÃO DA MADEIRA

Como visto no item anterior, a exploração da madeira no Brasil, notadamente aquela proveniente de florestas, exige a observância de diversas normas específicas que, por implicarem em limitações ao produtor, acabam por restringir os potenciais resultados do negócio. Assim, ainda mais porque, dependendo da espécie, o preço da madeira

chega a ser bastante elevado, as florestas brasileiras vêm sendo alvo da criminalidade organizada, cujo objetivo é a obtenção do maior lucro possível mediante a prática de diversos ilícitos de ordem civil e criminal.

Em que pese haver certa variação nos dados disponíveis para pesquisa, não se pode negar que a situação é preocupante, sendo que diversas fontes apontam para uma quantidade expressiva da madeira extraída das florestas brasileiras (quiçá mais da metade) não observe a lei. Focando a Amazônia, por exemplo, "especialistas apontam que 50% da madeira extraída do bioma é ilegal" (NEHER, 2020). Relatório publicado pela Human Rights Watch – HRW assevera:

> A extração ilegal de madeira na Amazônia brasileira é em grande parte impulsionada por redes criminosas que têm a capacidade logística de coordenar a extração, o processamento e a venda da madeira em larga escala, enquanto empregam homens armados para proteger seus interesses. Alguns agentes ambientais chamam esses grupos de "máfias do ipê", referindo-se à árvore do ipê, cuja madeira está entre as mais valiosas e procuradas pelos madeireiros. No entanto, a extração pelos madeireiros inclui muitas outras espécies de árvores e seu objetivo final é frequentemente derrubar a floresta totalmente para dar espaço ao gado ou ao cultivo. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019).

Considerando apenas o Estado do Pará, estima-se que 70% da extração da madeira ocorra de modo ilegal. Nesse sentido:

> Um estudo recém-publicado pela ONG Imazon mostra que 70% da madeira explorada no Pará de agosto de 2017 a julho de 2018 é ilegal. São os dados mais recentes disponíveis. Os pesquisadores cruzaram informações oficiais dos órgãos responsáveis, como a Secretaria de Meio Ambiente do Pará, com imagens de satélite. Os resultados revelaram que 38 mil hectares de florestas

> foram explorados pela atividade madeireira no período citado. A grande maioria, cerca de 27 mil hectares, não possuía autorização. (ÂNGELO, 2020).

O caráter "empresarial" presente em muitas organizações, com tentáculos que usualmente extrapolam as fronteiras nacionais, torna a situação ainda mais dramática a reclamar uma atuação estatal contundente e precisa. Não estamos tratando aqui de delitos de baixo potencial ofensivo, cometidos isoladamente por pessoas sem ligação entre si, mas, ao contrário, a exploração ilegal da madeira no Brasil vem se tornando, cada vez mais, uma complexa e intrincada rede organizada voltada para o ilícito em que, via de regra, são praticados vários crimes, de modo conjunto e cadenciado, como os a seguir destacados.

3.1 Crimes ambientais

Evidentemente, se estamos tratando de exploração ilegal de madeira, é forçoso reconhecer que o primeiro bem jurídico protegido a ser agredido é o próprio meio ambiente, principalmente as florestas onde se concentram as espécies vegetais mais apropriadas e valorizadas para o comércio e indústria. A Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998a), dispõe sobre as sanções penais para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. No que tange à degradação das florestas, destacam-se os delitos previstos nos arts. 38 a 53 (dos crimes contra a flora), nos termos da tabela abaixo:

Tabela 1 – Crimes Ambientais

Art.	Texto legal	Penalidade
38	Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.	Detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
38-A	Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.	Detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
39	Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.	Detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
40	Causar dano direto ou indireto às unidades de conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização.	Reclusão, de um a cinco anos.
41	Provocar incêndio em mata ou floresta.	Reclusão, de dois a quatro anos, e multa.
44	Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais.	Detenção, de seis meses a um ano, e multa.
45	Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais.	Reclusão, de um a dois anos, e multa.

46	Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.	Detenção, de seis meses a um ano, e multa.
48	Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação	Detenção, de seis meses a um ano, e multa.
50	Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação.	Detenção, de três meses a um ano, e multa.
50-A	Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente.	Reclusão, de dois a quatro anos, e multa.
51	Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente.	Detenção, de três meses a um ano, e multa.
52	Penetrar em unidades de conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente	Detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Fonte: (BRASIL, 1998a).

Na mesma lei, igualmente, estão previstos os crimes contra a administração ambiental (arts. 66 a 69-A) que, na linha dos acima indicados, também são usuais no contexto da exploração ilegal da madeira, conforme consta da tabela abaixo:

Tabela 2 – Crimes Ambientais II

Art.	Texto legal	Penalidade
66	Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental.	Reclusão, de um a três anos, e multa.
67	Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público.	Detenção, de um a três anos, e multa.
68	Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental.	Detenção, de um a três anos, e multa.
69	Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.	Detenção, de um a três anos, e multa.
69-A	Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão.	Reclusão, de três a seis anos, e multa.

Fonte: (BRASIL, 1998a).

3.2 Crimes de organização criminosa

Conforme aventado acima, a criminalidade organizada vem atuando no ramo da exploração da madeira no Brasil, o que gera preocupação adicional visto que, via de regra, a capacidade financeira dessas organizações é colossal. Para se ter uma ideia do tamanho dessa força, "estima-se que o mercado envolvendo a criminalidade organizada é aproximadamente 1/4 de todo o dinheiro em circulação no mundo" (CONSERINO, 2011, p. 12). Levando em conta que quase sempre o poder econômico anda de "mãos dadas" com o poder político, é possível aventar que a própria democracia, com eleições livres, isentas e confiáveis, passa a correr riscos.

Dessa forma, independentemente das áreas em que atuam, é inegável que as organizações criminosas ostentam elevado potencial para gerar nefastas consequências no âmbito social, ainda mais porque essas "empresas" quase sempre são voltadas ao cometimento de crimes bastante graves. Nesse cenário, é possível separar a maneira peculiar de agir do crime organizado daqueles delitos convencionais ou comuns. A chave dessa distinção é o que se pode denominar de "governança", existente no primeiro e ausente no segundo. Nesse diapasão, percebe-se que:

> [...] o crime organizado tem a pretensão de controlar de modo ilegal a produção de algum bem ou *commodity* em determinada área. Esse *modus operandi* gera conflitos com as instituições estatais e outros grupos criminosos. Em muitos casos, a violência é utilizada para resolver tais conflitos, especialmente entre as organizações que atuam à margem da lei. (CASTRO; GIURA; RICCIO, 2020, p. 79).

A tipificação penal do crime de organização criminosa, no Brasil, veio a lume apenas em 2013, com a Lei n. 12.850, de 2 de agosto (BRASIL, 2013). O § 1º do art. 1º preceitua que:

> Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013).

A teor do art. 2º da aludida norma, a pena prevista aos infratores é de reclusão, de três a oito anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas pela organização no desenrolar de suas atividades para as quais tenham sido concebidas.

É fato que a inserção desse crime no ordenamento jurídico nacional ocorreu primordialmente em atendimento à Convenção de Palermo de 2000 (United Nations Convention on Transnational Organized Crime – Untoc), a qual o Brasil ratificou em 2004[9]. Todavia, enquanto que pela Untoc exige-se a associação de apenas três pessoas para a configuração do delito, a lei brasileira requer a presença de quatro elementos. Com isso, infelizmente, "há potencial risco de dificuldades na cooperação internacional (*mutual legal assistance* e extradição) com tais nações e com países da União Europeia, quando for necessário verificar a dupla incriminação" (ARAS, 2015, p. 11).

Evidentemente, mesmo que não presentes todos os elementos para a configuração do delito de organização criminosa, nada impede

[9] Trata-se do Decreto n. 5.015, de 2004 (BRASIL, 2004).

a condenação dos infratores por outros crimes cometidos (*v.g.* ambientais, corrupção, ativa e passiva, lavagem de dinheiro, fraudes, evasão fiscal etc.), inclusive, se for o caso, o crime de associação criminosa (art. 288 do Código Penal) (BRASIL, 1940).

3.3 Crimes de corrupção ativa e corrupção passiva

Como visto acima, a exploração da madeira requer uma série de licenças e certificados emitidos por órgãos públicos, de maneira a enquadrar-se a atividade aos termos legais. Daí, para fugir ou contornar a rigidez das medidas oficiais de controle é quase que obrigatória a entrada em cena da prática da corrupção, tanto na forma passiva quanto ativa. Aliás, a corrupção de agentes públicos é outra característica presente no crime organizado (CASTRO; GIURA; RICCIO, 2020, p. 89).

A corrupção implica consequências bastante desfavoráveis aos países como um todo. Tanto é que Kofi Annan, ex-secretário geral das Nações Unidas, afirmou em discurso que a corrupção "é uma 'ameaça insidiosa' e um obstáculo ao desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e levou as Nações Unidas a fortalecer seu próprio mecanismo para garantir que a integridade e a ética guiem todos os seus empreendimentos."[10] (UNITED NATIONS, 2003).

O problema é efetivamente grave. Em termos mundiais, "de acordo com as Nações Unidas, US$ 1 trilhão são pagos em subornos anualmente, enquanto outros US$ 2,6 trilhões são roubados por causa da corrupção" (NAÇÕES UNIDAS, 2018). As causas para a ocorrência

[10] Tradução livre. Texto original: "*Corruption is an 'insidious menace' and obstacle to economic and social development around the world, and has prompted the* United Nations *to strengthen its own mechanism to ensure that integrity and ethics guide all its undertakings*".

desse deletério fenômeno encontram-se inseridas na cultura institucional de cada país. No Brasil, por exemplo, entre vários fatores que podem explicar a presença de um nível elevado de corrupção nas esferas governamentais,

> [...] destacam-se a cultura do compadrio nas relações dos agentes públicos com seus amigos e familiares, que deu origem a práticas de empreguismo, nepotismo e clientelismo, sob diversas formas; a falta de percepção clara dos limites que separam o público do privado; a falta de um efetivo compromisso, pelos agentes públicos e políticos, com a transparência de seus atos; a ineficiência dos mecanismos de controle da máquina estatal; a lenta resposta da Justiça aos casos de corrupção; a tolerância social em relação a pequenos atos de corrupção. (CRUZ, 2005, p. 27).

Não se trata de um fenômeno recente. Infelizmente, "a história da humanidade está marcada por práticas corruptas" (MENDONÇA, 2020, p. 75). Nesse sentido, por exemplo, "Aristóteles observava com pesar que os seus contemporâneos queriam sempre obter cargos públicos, 'movidos pelos lucros a serem obtidos dos cargos e do trato da propriedade pública.'" (STARR, 2005, p. 68).

Em termos atuais, são frequentes as notícias divulgadas pela imprensa que retratam a ocorrência de corrupção em órgãos de controle ambiental no Brasil[11]. Aliás, o Índice de Percepção da Corrupção – IPC 2021, anualmente divulgado pela Transparência Internacional, alerta que "como mostra o relatório deste ano, países percebidos como altamente corruptos têm maior probabilidade de reduzir seu espaço

[11] Apenas como exemplo: "O ex-ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles, que foi exonerado pelo presidente Jair Bolsonaro (sem partido), nesta quarta-feira (23), foi um dos alvos da operação Akuanduba da Polícia Federal, realizada no dia 19 de maio de 2021. As investigações apuram suspeita de facilitação à exportação ilegal de madeira do Brasil para os Estados Unidos e Europa" (ALVES, 2021).

cívico e democrático e atacar direitos da população." (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2022).

No caso, o IPC avalia 180 países e territórios e os atribui notas em uma escala entre 0 e 100. Quanto mais alta a nota, maior é a percepção de integridade do país. Nesse tópico, a Dinamarca ficou com a nota 88, o que a colocou como o país menos corrupto do *ranking*. O Brasil, com nota 38, ficou na pouco prestigiosa 96ª posição. De fato, analisando-se o *ranking* do IPC, constata-se que, em geral, existe uma relação inversamente proporcional entre o estágio de desenvolvimento de determinado país e o nível de corrupção atribuída aos agentes públicos.

3.4 Crimes de lavagem de dinheiro

Lavagem de dinheiro e crime organizado são faces de uma mesma moeda. Com efeito, "é inconcebível separar o crime organizado da lavagem de dinheiro" (CONSERINO, 2011, p. 40). É fato incontroverso que as organizações criminosas lidam com quantidades gigantescas de dinheiro, bem como auferem lucros expressivos a partir dos diversos ilícitos que cometem.

Nesse ponto, destacamos que "apesar das óbvias dificuldades de se chegar a dados muito confiáveis, nas análises mais pessimistas, segundo a ONU, 'lava-se' mundialmente a bagatela de US$ 2 trilhões a cada ano" (PINTO, 2007, p. 109). No mesmo sentido, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf alerta que "o valor estimado de dinheiro lavado anualmente no mundo está entre 2% e 5% do PIB mundial, ou seja, algo entre US$ 800 bilhões e US$ 2 trilhões, de acordo com dados divulgados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC" (CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS, 2019).

Os notoriamente elevados recursos financeiros obtidos pelas diversas organizações criminosas, sem uma "adequada maquiagem", não podem simplesmente ser depositados em instituições financeiras ou mesmo empregados em aquisições de bens como edifícios, galpões, fazendas, veículos, aeronaves, barcos etc., sob pena de as autoridades governamentais detectarem a origem ilegal do dinheiro com maior facilidade e, por conseguinte, confiscarem os respectivos ganhos. O problema se torna mais grave se pensarmos que "são inúmeros os efeitos deletérios da lavagem de capitais, que são mais gravosos quando considera a economia das nações subdesenvolvidas" (ARAS, 2008, p. 162).

As ferramentas utilizadas na lavagem de dinheiro são bastante diversas. É que, de um modo geral, "a execução do delito passa por processos amiúde complexos e sofisticados, por intermédio de atos concatenados e fracionados, que ao final vão conferir aparência lícita a dinheiro sujo" (SANCTIS, 2015, p. 18). Aliás, "o próprio sistema econômico e financeiro, tal como concebido, representa um fator que acaba por favorecer a dissimulação da origem do capital, tanto no Brasil como no estrangeiro" (CRUZ, 2021, p. 345). Com efeito, nessa era de sociedade informacional e em rede, não é raro que a abertura, movimentação e extinção de contas bancárias, em diversas instituições financeiras, inclusive no exterior[12], sejam levadas a efeito com relativa facilidade, bastando para tanto o acesso à internet.

[12] Com efeito: "A partir das empresas *offshore*, com a lavagem das quantias ilícitas, os criminosos podem facilmente financiar suas operações internacionalmente [...]. Por não serem submetidas a inúmeros regulamentos como ocorre com as empresas em território nacional, são utilizadas na primeira fase da lavagem de dinheiro, ou seja, na colocação, também conhecida por *placement*, viabilizando assim operações financeiras extraterritoriais. Com a transferência do dinheiro para uma *offshore* (consequentemente para outro país), tentam afastar o dinheiro de sua origem ilícita". (CÂNDIDO, 2019, p. 165).

Desta feita, vem-se percebendo que as "tradicionais" etapas da lavagem de dinheiro, conforme concebidas e bem explicitadas pela doutrina (colocação, ocultação e integração), não necessariamente ocorrem sempre, nem tampouco nessa ordem, uma vez que para o cometimento do ilícito basta a configuração de algumas das previsões constantes da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, cujo *caput* do art. 1º estipula: "Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal." (BRASIL, 1998b)[13].

Trata-se de um crime acessório, quer dizer, a configuração da lavagem de dinheiro depende "da prática de uma infração penal antecedente, da qual tenha ocorrido a obtenção de vantagem financeira ilegal" (MOURA, 2021, p. 268). Até a edição da Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012 (BRASIL, 2012b), apenas determinados crimes poderiam ser antecedentes da lavagem de dinheiro. Após a aludida lei, com a revogação dos incisos I a VIII do art. 1º, não há mais essa restrição, podendo qualquer infração penal servir de delito antecedente.

Tendo a exploração ilegal da madeira despertado o interesse de várias organizações criminosas, automaticamente colocou-se a questão da lavagem dos recursos financeiros oriundos dessa espécie de ilícito, tema que, até o momento, não mereceu grande atenção das autoridades. De fato, "a maioria dos países não considerou os riscos de lavagem de dinheiro representados por crimes ambientais em suas avaliações de risco nacionais, incluindo aqueles que ocorrem no exterior" (BARRILARI, 2021, p. 86-87)[14]. E tem mais:

[13] O art. 1º em tela ainda descreve outras condutas em seus parágrafos que não serão aqui reproduzidas de maneira a não estender demasiadamente o presente texto.

[14] Aliás, segundo o Gafi: "*Anti-money laundering is often not part of the public policy dialogue on environmental protection. Despite the significant proceeds involved in many cases, jurisdictions are mostly addressing environmental crime as a conservation issue rather than a serious financial crime*." (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2021, p. 51).

> O Gafi identificou que o crime ambiental constitui a nova frente de ganho fácil para o crime organizado, propiciado não só pela grande diversidade de atividades, como a extração ilegal de minérios, comércio de silvícola e desmatamento ilegal, como também pela ausência de uma regulação efetiva que identifique e relacione os crimes ambientais com a lavagem de dinheiro. (BARRILARI, 2021, p. 87).

Em suma, a lavagem de dinheiro a partir do cometimento de crimes ambientais é algo em acentuado crescimento e, portanto, carece de maior atenção e preocupação por parte dos diversos países, sobretudo aqueles mais propensos a sofrerem esse tipo de delito, como é, por exemplo, o caso do Brasil, cuja diversidade e riqueza ambiental está entre as maiores do mundo.

3.5 Vocação para a transnacionalidade da exploração ilegal da madeira no Brasil

É oportuno ressaltar que o "fenômeno da criminalidade organizada, nos chamados delitos ambientais, em geral, guarda feição de transnacionalidade" (SUXBERGER; REIS, 2020, p. 135). Com efeito, "o desmatamento ou a supressão vegetal em uma área pode afetar a dinâmica hidrológica e a regulação climática não só do país em que ocorreu o delito, mas igualmente as de seus vizinhos" (SUXBERGER; REIS, 2020, p. 146), sendo certo que "o crime transnacional está fortemente associado ao crime organizado"[15] (BOISTER, 2012, p. 6).

Além disso, é sabido que a madeira brasileira é exportada para vários países onde encontra grande aceitação. Aliás, as "exportações de madeira bruta registraram um crescimento superior a 9.500% nos últimos

[15] Tradução livre. Texto original: "*Transnational crime is heavily associated with organized crime*".

dez anos" (FLORENTINO, 2020). Diversas apreensões policiais revelam que parte do conteúdo desse comércio é ilegal, fruto de fraudes/falsificação de documentos ou certificações, corrupção e outros delitos coligados.

> Líderes da Europa sabiam que empresas sediadas em seus países eram compradoras de madeira extraída de forma ilegal da região Amazônica. A informação foi repassada por autoridades brasileiras durante a visita de três dias que embaixadores fizeram à Amazônia no início deste mês. A missão foi liderada pelo vice-presidente Hamilton Mourão, que também é presidente do Conselho Nacional da Amazônia Legal, e contou com a participação de autoridades da Espanha, Suécia, Alemanha, União Europeia, Reino Unido, França e Portugal. Representantes da África do Sul, Peru, Canadá e Colômbia também participaram do encontro. A comercialização de madeira ilegal foi desarticulada pela Operação Arquimedes, deflagrada pela Polícia Federal, em parceria com o Ibama e Ministério Público Federal – MPF, em 2017, que identificou uma série de comerciantes de países na Europa, América do Norte e Ásia como integrantes do esquema. (BOSA, 2020)[16].

Destarte, a vocação para transnacionalidade da exploração irregular da madeira no Brasil torna o tema mais sensível e carecedor de atenção em nível de cooperação internacional, seja porque há agressão a bens jurídicos protegidos em outros países, seja porque deixa a persecução aos infratores mais árdua, sendo mais intrincado descobrir a integralidade da cadeia de ilicitudes cometidas.

[16] Outra notícia, igualmente preocupante, dá conta de que a "Embaixada dos Estados Unidos informou nesta sexta-feira (21) à Polícia Federal sobre a apreensão de três carregamentos de madeira nobre brasileira exportada ilegalmente para o país." (VLADIMIR NETTO, 2021).

Finalizando este capítulo, não se pode negar que o cometimento de todos esses diversos crimes é extremamente prejudicial não apenas ao meio ambiente, que sofre com a exploração predatória, mas ao próprio desenvolvimento econômico e social do Brasil, principalmente das regiões mais atingidas por tal estado deletério de coisas[17].

4 COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA DE ÍNDOLE AMBIENTAL

Visto o conjunto dos ilícitos frequentemente praticados pela criminalidade organizada ambiental, passamos a descrever os principais instrumentos normativos empregados no combate a tais atividades delituosas, bem como possíveis medidas de aperfeiçoamento do sistema investigativo/persecutório.

4.1 Instrumental normativo e cooperação internacional

Existe vasta legislação utilizada pelas autoridades ambientais no combate à exploração ilegal da madeira e atividades correlatas, a começar pelo próprio Código Florestal Brasileiro (Lei n. 12.651/2012) (BRASIL, 2012a) que estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, as áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e a prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos.

[17] Segundo o Índice de Progresso Social – IPS 2021, publicado pelo instituto Imazon: "Entre os 15 municípios com os piores IPSs, estão alguns fortemente associados com desmatamento, degradação florestal e conflitos sociais, como é o caso dos municípios paraenses de Pacajá, Pau D'Arco, Nova Ipixuna e Nova Conceição do Piriá. Há também municípios com forte presença de garimpo ilegal, como é o caso de Jacareacanga (PA). Por fim, o município de São Félix das Balsas (MA) tem o pior IPS Amazônia 2021" (SANTOS *et al*., 2021, p. 9).

Há também a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), que estatui a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama e institui o Cadastro de Defesa Ambiental; a Lei n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006c), que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica; a Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000 (BRASIL, 2000), que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

As normas retro também preveem em seu bojo penalidades pecuniárias (multas) aos infratores, destacando-se também a possibilidade de as autoridades competentes embargarem obras ou atividades que estejam causando danos ambientais (art. 51 da Lei n. 12.651/2012) (BRASIL, 2012a).

Na mesma linha e com objetivos congruentes, caminha a legislação penal que inclusive foi referenciada acima (itens 2.1 a 2.4 retro). Assim, entram em cena os vários tipos penais a serem aplicados de modo conjunto e integrado (observado o devido processo legal, evidentemente), sendo que as penas, notadamente quando de reclusão, funcionam como elemento dissuasório do comportamento ilícito. As normas penais igualmente ostentam sanções de natureza patrimonial, tais como as multas a serem aplicadas juntamente com as penas de privação de liberdade, bem como a perda dos bens e recursos adquiridos ilicitamente (art. 91, II, do Código Penal; art. 7º da Lei n. 9.613) (BRASIL, 1940; BRASIL, 1998b). Aos agentes públicos, além das sanções retro, é possível que a condenação leve à perda do cargo, função ou emprego público (art. 92, I, do Código Penal; § 6º do art. 2º da Lei n. 12.850) (BRASIL, 1940; BRASIL, 2013).

A eficácia da legislação, seja de ordem civil ou criminal, depende, em grande medida, de instrumentos investigativos e processuais, tendo

o ordenamento pátrio, dentre outras medidas, colocado à disposição do Ministério Público o inquérito civil (§ 1º do art. 8º da Lei n. 7.347/1985) (BRASIL, 1985), com objetivo de instruir futura Ação Civil Pública – ACP. Aliás, um dos objetivos da ACP é a reparação por danos causados ao meio ambiente (art. 1º, inciso I), sendo admissível o deferimento de medidas liminares (art. 12), a fixação de multas diárias pelo juiz (art. 11), além de, em caso de procedência, a condenação na reparação propriamente dita que poderá ser em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º).

Dentro da esfera processual/investigativa, merecem menção as chamadas Técnicas Especiais de Investigação – TEIs, que são "ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público, para a apuração de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais." (ARAS, 2012, p. 405).

As TEIs são sigilosas, ou seja, servem para a coleta de indícios ou provas sem que o suspeito, investigado ou réu tenha conhecimento de sua ocorrência. Como exemplos, citamos: ação controlada e entrada vigiada, vigilância eletrônica, uso de recompensas, colaboração premiada, proteção a vítimas e testemunhas, infiltração de agentes, interceptação ambiental, interceptação telefônica e telemática, interceptação postal, exploração de local, equipes conjuntas de investigação, testemunhas sem rosto, uso de informantes, investigação proativa (ARAS, 2012).

No Direito pátrio, em se tratando de organizações criminosas (como visto, cada vez mais comuns na seara dos delitos ambientais), a Lei n. 12.850 (BRASIL, 2013), em seu art. 3º, prevê as seguintes TEIs, sem prejuízo de outros meios de prova previstos em distintas normas: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais

eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Levando em conta que a exploração ilegal da madeira, como visto, possui vocação para a transnacionalidade, merece destaque a questão da cooperação internacional que é "o instrumento por meio do qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita a outro Estado medidas administrativas ou judiciais que tenham caráter judicial em pelo menos um desses estados" (BRASIL, 2014, p. 7). Nesse ponto:

> Em seu dever de prover a justiça, o Estado precisa desenvolver mecanismos que possam atingir bens e pessoas que podem não mais estar em seu território. Até mesmo meros atos processuais, mas necessários à devida instrução do processo, podem ser obtidos mediante auxílio externo, de modo que a cooperação jurídica internacional torna-se um imperativo para a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão nos tempos atuais. (PIRES JÚNIOR, 2012, p. 17).

Via de regra, esse tipo de cooperação é exercido pelos diversos países com esteio em acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais e, para alguns países e em determinados casos, com base na promessa de reciprocidade. Com efeito:

> O Brasil é parte de uma ampla gama de acordos e tratados e também coopera mediante promessa de reciprocidade em casos análogos por parte do Estado estrangeiro. Por meio desses instrumentos internacionais, o Brasil não apenas adquire o direito de solicitar cooperação jurídica aos outros estados-partes, como também se compromete a dar cumprimento aos pedidos que aqui aportem oriundos desses países. (BRASIL, 2014, p. 8).

Em se tratando de crimes de corrupção, cuja presença é usual no âmbito da atuação da criminalidade organizada ambiental, a cooperação internacional encontra-se disciplinada na Convenção de Mérida, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, em vigor internamente por força do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006a) (arts. 43 a 50).

Estando em cena delitos ambientais, o art. 77 da Lei n. 9.605 estipula que o governo brasileiro prestará a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus, quando solicitado para: I – produção de prova; II – exame de objetos e lugares; III – informações sobre pessoas e coisas; IV – presença temporária da pessoa presa, cujas declarações tenham relevância para a decisão de uma causa; V – outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor ou pelos tratados de que o Brasil seja parte (BRASIL, 1998a).

Em termos de cooperação jurídica internacional, dentre as diversas medidas que podem ser reciprocamente solicitadas pelos estados, desde que exista previsão no acordo/tratado celebrado, destacamos as seguintes: assistência judicial recíproca, extradição, investigações conjuntas, interrogatórios, oitiva de testemunhas, fornecimento de informações bancárias, financeiras e patrimoniais, Técnicas Especiais de Investigação – TEIs, apreensão de bens e

recursos objeto de crime para fins de repatriação e recuperação de ativos etc.

Entretanto, "passados mais de dez anos de vigência da Lei n. 9.605/1998, pode-se dizer que a experiência judiciária brasileira em relação a crimes ambientais ainda é modesta, e a doutrina, em se considerando a relevância do tema, escassa" (BARANDIER, 2012, p. 134). O que se quer dizer é que, não obstante os esforços das autoridades, do Ministério Público, e da atuação judicial[18], remanesce a necessidade de aprimoramento e criação de novas ferramentas capazes de majorar a eficiência ao combate à criminalidade organizada ambiental que, ao que tudo indica, ainda persiste em níveis elevados.

4.2 As recomendações da Ação n. 10/2021 da Enccla

O Grupo de Ação Financeira Internacional – Gafi[19], em julho de 2021, publicou o relatório sobre crimes ambientais e lavagem de dinheiro, cujas conclusões, dentre outras assertivas, afirmou "existir uma necessidade geral de maior conscientização sobre a exposição à lavagem de dinheiro por meio de crimes ambientais" (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2021, p. 51).

Nesse passo, no que concerne ao aperfeiçoamento dos institutos voltados ao combate da criminalidade organizada ambiental, pensamos ser importante expor as recomendações da Ação n. 10/2021 da

[18] Apenas como exemplo, citamos algumas operações bastante conhecidas e divulgadas pela mídia, dada a magnitude dos delitos e a expressividade social das pessoas envolvidas: Operação Ouro Verde II, Operação Arquimedes, Operação Akuanduba, Operação Floresta S/A, Operação Onda Verde, dentre outras tantas.

[19] Em inglês utiliza-se a sigla Financial Action Task Force – FAFT. O Gafi foi criado em 1989, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, constitui-se num foro de alta relevância nas discussões internacionais referentes ao combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro – Enccla,[20] que teve por escopo justamente a proposição de medidas para fortalecer o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro relacionadas aos ilícitos ambientais. Acerca da Enccla, destacamos:

> O trabalho é concretizado nas chamadas ações, as quais são elaboradas e pactuadas anualmente pelos membros da Enccla. Para cada uma delas, cria-se um grupo de trabalho composto por vários órgãos e instituições, o qual tem como mandato o alcance de um ou mais produtos predefinidos, por meio de atividades como realizar estudos e diagnósticos legais-normativos e de composição de bancos de dados, elaborar propostas legislativas, averiguar o estado da arte de sistemas de cadastros, indagar necessidades e promover soluções em TI, buscar eficiência na geração de estatísticas e realizar eventos voltados à evolução dos temas por meio de debates. Os grupos de trabalho costumam reunir-se mensalmente. No cenário mundial, a Enccla tem cumprido papel essencial para atender, ainda, as recomendações internacionais. (ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, [20--]).

A Ação n. 10/2021 da Enccla, após diversas reuniões com a oitiva das entidades participantes, bem como de várias autoridades/entidades envolvidas com a questão ambiental, formulou oito recomendações, nos termos delineados na tabela abaixo (ENCCLA, 2021):

[20] A Enccla é uma rede de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, cujo objetivo é a discussão conjunta para a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate a crimes como lavagem de dinheiro e corrupção. A Ação n. 10/2021 foi proposta pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. A coordenação coube ao MPF. Teve os seguintes órgãos colaboradores: Abin, Aeal-MJSP, AGU, Ajufe, AMPCON, ANPR, BCB, BNDES, Caixa, CJF, CNJ, CASA CIVIL/PR, Coaf, Conaci, CONCPC, CVM, DRCI, Febraban, MD, MP/GO, MP/MG, MP/MS, MP/SP, MPF, PF, PG/DF, RFB e os seguintes órgãos convidados: Abema, Anoreg, Correios, Ethos, Ibama, ICMBio, Incra, TI BR.

Tabela 3 – Recomendações da Enccla

	Destinatário	Recomendação – Resumo
I	Estados do Mato Grosso e Pará	Procedam a integração plena dos sistemas estaduais com o sistema federal Sistema Nacional de Controle da Origem dos Produtos Florestais – Sinaflor, bem como a plena transparência dos sistemas.
II	Ministério da Agricultura/ Serviço Florestal Brasileiro	Disponibilizem na internet outras informações do Cadastro Ambiental Rural – CAR, além daquelas relacionadas às geometrias do imóvel, observadas as restrições legais.
III	Poderes Executivos Estaduais	a) Normatizem, observando a legislação federal, elaborem e publicizem o manual de validação do CAR; b) Iniciem o processo de validação de todos os cadastros ambientais existentes, divulgando um cronograma de implementação.
IV	Ibama e Órgãos Estaduais de Meio Ambiente	Normatizem, aprimorem e ampliem o uso de tecnologias de imagens por satélite.
V	Ibama e Órgãos Estaduais de Meio Ambiente	Normatizem e desenvolvam ferramenta de pesquisa pública utilizando os dados de latitude e longitude das áreas embargadas, para que todos os atores, notadamente o mercado e as instituições financeiras, possam consultar as restrições ambientais existentes, a partir das coordenadas geográficas e não apenas pelo nome ou Cadastro de Pessoas Físicas – CPF.

VI	Ministério da Agricultura e Órgãos Sanitários Estaduais	Disponibilizem para os órgãos de fiscalização a íntegra dos dados contidos nas Guias de Trânsito Animais – GTAs por meio do fornecimento de chave de acesso ou planilha editável e que analisem a possibilidade de dar publicidade às informações, nos moldes do que ocorre com o Sinaflor, observadas as restrições legais e os riscos inerentes à divulgação dos dados.
VII	ICMBio e Poderes Executivos Estaduais	Promovam e concluam estudo com propostas de destinação de terras públicas para a conservação ou para uso sustentável de seus recursos, em especial, pelas populações originárias e tradicionais.
VIII	Coaf, Mapa, MMA e Ibama	Realizem estudos para a regulamentação das obrigações dos setores que atuam na comercialização de bens de alto valor de origem rural ou animal.

Fonte: (ENCCLA, 2021).

De um modo geral, as recomendações em epígrafe demandam maior transparência e efetividade na atuação dos diversos órgãos públicos, de alguma forma envolvidos com a questão do meio ambiente, com vistas a majorar a eficácia do controle pelas diversas autoridades, cada uma na sua respectiva esfera de competência. Isso fica claro, por exemplo, com recomendações como a necessidade de maior integração entre os sistemas eletrônicos estaduais e federais; a ampliação das informações do CAR disponíveis na internet; a ampliação do uso de imagens por satélite; a criação de uma ferramenta de pesquisa pública utilizando os dados de latitude e longitude das áreas embargadas.

A Ação n. 10/2021 da Enccla também elaborou uma minuta de anteprojeto de lei para a modificação do art. 299 do Código Penal e inclusão do § 2º, estabelecendo que incorre nas mesmas penas "quem

inserir informação ou dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da administração pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano". Como justificativa, foi argumentado que:

> A prática investigativa ambiental demonstra que é cada vez mais comum a inserção de informações falsas nesses sistemas e formulários eletrônicos por parte das pessoas físicas ou jurídicas interessadas. Não obstante isso, há grande divergência se essa conduta criminosa pode ser considerada falsidade ideológica, visto que o sistema e/ou formulários disponíveis podem não ser considerados, exatamente, "documentos" para efeito de incidência do art. 299 do CP. (ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, 2021).

Por fim, a Ação n. 10/2021 ainda elaborou outra minuta anteprojeto de lei para a modificação na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998a), passando a constar a obrigação expressa de restauração dos danos ocorridos, com retorno ao estado anterior, sempre que possível. Como justificativa, foi ponderado que "sem a reparação *in natura* do dano, há casos em que o crime ambiental, não obstante sentença condenatória prolatada, continua a ser praticado".

5 CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente, nos termos do art. 225 da Constituição de 1988, além de ser um valor de alta relevância, é indispensável à preservação da vida, inclusive para as futuras gerações (BRASIL, 1988). Assim, os interesses econômicos necessitam de se amoldarem à envergadura maior da questão ambiental.

Nesse diapasão, como visto no texto, existe uma vasta legislação que, ao regular pormenorizadamente a exploração dos recursos ambientais (incluindo a madeira, obviamente), impõe diversos requisitos e limitações aos agentes econômicos interessados nesse tipo de atividade, tornando mais custosa a produção e, por conseguinte, mais caro e valioso o produto final.

Disso resulta que as florestas brasileiras vêm sendo alvo da criminalidade organizada, cujo objetivo é a obtenção do maior lucro possível, mediante a prática de diversos ilícitos de ordem civil e criminal. Estima-se que mais de 50% da madeira extraída das florestas brasileiras não observe a lei, sendo que no Pará esse percentual chegue a 70%. Aliás, o Gafi identificou que o crime ambiental constitui a nova frente de ganho fácil para o crime organizado.

O *modus operandi* do crime organizado ambiental implica no cometimento de um conjunto de delitos graves (tais como: crimes ambientais, organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro), estando presente, ainda, o caráter transnacional, tanto pela destinação de parte da madeira ao exterior quanto pela utilização de empresas e ou entidades "de fachada" em jurisdições *offshore* para tornar mais difícil apuração da lavagem de dinheiro.

Considerando que, por razões óbvias, não se pode afrouxar a regulação e simplesmente liberar a exploração ambiental sob regras economicamente mais amenas, é de rigor constante fiscalização e severo combate estatal aos delitos perpetrados. Para tanto, existem ferramentais jurídicas de cunho investigativo, processual e punitivo, nos termos explanados ao longo do texto.

Todavia, não obstante os esforços empreendidos pelas autoridades ambientais e pelo próprio Ministério Público, nota-se que

a criminalidade organizada não recrudesce facilmente, sendo sempre necessário aperfeiçoar as ferramentas disponíveis para o respectivo combate. Como exemplo de aprimoramento, sem prejuízo da implantação de outras ações, descrevemos no texto as recomendações da Ação n. 10/2021 da Enccla, cujo escopo é justamente a proposição de medidas destinadas à melhoria das políticas de combate à criminalidade organizada na seara ambiental.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro. Suspensão cautelar das atividades da pessoa jurídica em razão de crimes ambientais. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas essenciais**: direito ambiental. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 923-935.

ALVES, Pedro. Ricardo Salles é investigado por esquema de exportação ilegal de madeira; entenda. **G1**, Distrito Federal, 23 jun. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/06/23/ricardo-salles-entenda-operacao-contra-exportacao-ilegal-de-madeira-que-mira-ministro-do-meio-ambiente.ghtml.. Acesso em: 15 fev. 2022.

ÂNGELO, Maurício. 70% da madeira explorada no Pará é ilegal, mostra estudo. **Mangabay**, [*s. l.*], 6 maio 2020. Disponível em: https://brasil.mongabay.com/2020/05/70-da-madeira-explorada-no-para-e-ilegal-mostra-estudo/. Acesso em: 20 fev. 2022.

ARAS, Valmir. Ainda sobre o conceito de crime organizado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 274, p. 10-11, set. 2015.

ARAS, Valmir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Revista Criminal**, [*s. l.*], v. 2, n. 2, p. 157–177, jan./mar., 2008.

ARAS, Valmir. Técnicas especiais de investigação. *In*: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012. p. 403-460.

BARANDIER, Marcio. Efeitos penais do termo de ajustamento de conduta ambiental. *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito Penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsiever, 2012. p. 133-145.

BARRILARI, Cláudia Cristina. Lavagem de dinheiro e meio ambiente: o recente alerta do Gafi. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 86-99, 2021. Disponível em: https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/34/53. Acesso em: 1° mar. 2022.

BOISTER, Neil. **An introduction to transnational criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BOSA, Gabriel. Governos da Europa sabiam que empresas sediadas em seus países compravam madeira ilegal. **JP News**, [*s. l.*], 18 nov. 2020. Disponível em: https://jovempan.com.br/noticias/mundo/governos-da-europa-sabiam-que-empresas-sediadas-em-seus-paises-compravam-madeira-ilegal.html. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 5 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1998a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1998b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 1º mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1°, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.284, de 2 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2012a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2012b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 7 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Serviço Florestal Brasileiro. **Boletim SNIF 2019**. 1. ed. Brasília, DF: SNIF, 2019. Disponível em: https://snif.florestal.gov.br/images/pdf/publicacoes/Boletim-SNIF_Ed1_2019.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Brasília, DF: DRCI, 2014. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Apresentação**. Brasília, DF: MMA, 10 jan. 2017. Disponível em: https://antigo.mma.gov.br/epanb/itemlist/category/268-apresentacao.html. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Florestas, desmatamento e mudança do clima**. Brasília, DF: MMA, 23 set. 2016. Disponível em: http://redd.mma.gov.br/pt/o-que-e-redd. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRITO, Luís Antônio Monteiro de. **Direito Tributário Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CÂNDIDO, Iam Phellippe Monteiro de Brito. Utilização de empresas *offshore* para a lavagem de dinheiro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, [Pernambuco], v. 1, n. 19, p. 147-168, 2019.

CASTRO, Rodrigo Costa Yehia; GIURA, Giuseppe; RICCIO, Vicente. Crime organizado no Brasil e na Itália: análise de decisões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 77-92, out./dez. 2020.

CHADE, Jamil. Mudanças climáticas ameaçam a produção de alimentos; Brasil será prejudicado. **Uol**, [*s. l.*], 7 fev. 2022. Notícias. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/02/07/mudancas-climaticas-ameacam-producao-de-alimentos-brasil-sera-prejudicado.htm. Acesso em: 7 fev. 2022.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (Brasil). **29 de outubro**: dia nacional de prevenção à lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Coaf, 29 out. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/noticias/noticias-anteriores/29-de-outubro-dia-nacional-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro. Acesso em: 12 fev. 2022.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.

CRUZ, Rogerio Schietti. Corrupção: por que tolerar? **Revista Jurídica Consulex**, [Brasília, DF], v. 9, n. 204, p. 27, jul. 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti. Lavagem de dinheiro: comentários sobre o decidido no HC 349.945/PE. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BORGES, Ademar (coord.). **Lavagem de dinheiro**: pareceres jurídicos, jurisprudência selecionada e comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 345-352.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico***.* São Paulo: Max Limonad, 1997.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. **Quem somos**: Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – Enccla. Brasília, DF: Enccla, [20--]. Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/quem-somos. Acesso em: 8 mar. 2022.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO - ENCCLA. **Ação n. 10/2021**: resumo das recomendações aprovadas no grupo de trabalho da ação n. 10/2021. Brasília, DF: Enccla, 2021. Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2021/e2021a10-resumo-recomendacoes-gt. Acesso em: 7 mar. 2022.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money laundering from environmental crime**. Paris: FATF, July 2021. Disponível em: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Money-Laundering-from-Environmental-Crime.pdf. Acesso em: 6 mar. 2022.

FIORILLO, Celso. **Curso de Direito Ambiental brasileiro***.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLORENTINO, José. Exportação de madeira do Brasil vai de 10 mil a quase 1 milhão de toneladas em 10 anos. **Canal Rural**, São Paulo, 18 nov. 2020. Base Florestal. Disponível em: https://www.canalrural.com.br/noticias/exportacao-madeira-brasil-10-anos/. Acesso em: 12 fev. 2022.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Máfias do ipê**: como a violência e a impunidade impulsionam o desmatamento na Amazônia brasileira. New York: HRW, 17 set. 2019. Disponível em: https://www.hrw.org/pt/report/2019/09/17/333519. Acesso em: 19 fev. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. **Documento de origem florestal** – **DOF**. Brasília, DF: Ibama, 16 dez. 2016. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/flora-e-madeira/dof/o-que-e-dof#legislacao. Acesso em: 7 fev. 2022.

LIMA, Luciana Albuquerque. Tributação ambiental. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 120-155, 2012.

MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Bases para a compreensão sistêmica da corrupção. *In*: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (coord.). **Democracia e sistema de justiça**: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 73-91.

MOURA, Maria Thereza de Assis. Organização criminosa como delito antecedente à lavagem de dinheiro: legalidade e segurança jurídica. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BORGES, Ademar (coord.). **Lavagem de dinheiro**: pareceres jurídicos, jurisprudência selecionada e comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 253-268.

NAÇÕES UNIDAS. **O custo da corrupção**: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Guterres. [*S. l.*]: ONU News, 09 dez. 2018. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051. Acesso em: 14 fev. 2022.

NEHER, Clarissa. O dilema da madeira da Amazônia. **UOL**, [*s. l.*], 19 abr. 2020. Meio Ambiente. Notícias. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2020/04/19/o-dilema-da-madeira-da-amazonia.htm. Acesso em: 19 fev. 2022.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão. O papel da cooperação jurídica internacional. *In*: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2012. p. 17-19. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/pedido-de-cooperacao-1/manuais-de-atuacao-1/manual-de-atuacao-drci-materia-penal. Acesso em: 5 mar. 2022.

PRADO, Luiz Regis. A tutela constitucional do meio ambiente no Brasil. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Ambiental. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113-123.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte**: uma perspectiva judicial criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTOS, Daniel *et al*. **Índice de progresso social na Amazônia brasileira**: IPS 2021: resumo executivo. Belém: Imazon, 2021. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1SBMFL_6xoHmxPci-QW9N8jBYT5LzfHTK/view. Acesso em: 19 fev. 2022.

STARR, Chester G. **O nascimento da democracia ateniense**: a assembléia no século V a. C. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Odysseus, 2005.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; REIS, Rhuan. Criminalidade organizada em crimes ambientais: marcos normativos internacionais e possíveis respostas. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul, v. 10, n. 1, jan./abr. 2020, p. 133-154.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice da percepção da corrupção 2021**. São Paulo: Transparência Internacional Brasil, 2022. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/. Acesso em: 15 fev. 2022.

UNITED NATIONS. **Corruption an 'insidious menace' to economic and social development – Annan**. [*S. l.*]: UN News, 09 June 2003. Disponível em: https://news.un.org/en/story/2003/06/70622-corruption-insidious-menace-economic-and-social-development-annan. Acesso em: 14 fev. 2022.

VLADIMIR NETTO. Embaixada dos EUA informa à PF sobre apreensão de madeira exportada ilegalmente. **G1**, Brasília, DF, 21 maio 2021. Política. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/21/embaixada-dos-eua-informa-a-pf-sobre-aprensao-de-madeira-exportada-ilegalmente.ghtml. Acesso em: 10 fev. 2022.

https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.193

A UTILIZAÇÃO DO MALWARE COMO FERRAMENTA DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL NA INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA: UMA REALIDADE NORMATIVA POSSÍVEL?

THE USE OF MALWARE AS A VIRTUAL INFILTRATION TOOL IN THE INVESTIGATION OF ORGANIZED CRIME: IS ITS REGULATION A POSSIBLE REALITY?

ULISSES AUGUSTO PASCOLATI JUNIOR
Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialização em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura – EPM, em Direito Penal pela Universidade de Salamanca – USAL e em Raciocínio Probatório pela Universidade de Girona – UDG. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
https://orcid.org/0000-0003-4647-4028

RESUMO

O Estado está diante de uma moderna criminalidade organizada. As organizações criminosas atualmente se utilizam de avançada tecnologia para garantir o desenvolvimento de suas atividades. Os tradicionais meios de produção de prova disponíveis ao Estado não são suficientes para ultrapassar as barreiras de proteção tecnológica utilizadas pelas organizações para ocultamento das atividades e dos bens. O Estado não pode continuar a depender da apreensão física dos dispositivos informáticos para ter conhecimento integral das organizações

criminosas. O presente texto tem a finalidade de tentar demonstrar que o *malware* – como meio de prova atípico – é importante ferramenta para o enfrentamento da criminalidade organizada e que sua utilização pelo Estado é uma realidade normativa possível quando conjugadas as disposições internacionais e nacionais relativas à possibilidade da infiltração virtual.

Palavras-chave: investigação; crime organizado; novas tecnologias; *malware*; infiltração virtual.

ABSTRACT

The State is faced with a modern organized crime. Criminal organizations currently use advanced technology to ensure the development of their activities. The traditional ways to produce evidence that are available to the State are not enough to overcome the technological protection barriers used by organizations to conceal activities and assets. The State cannot continue to depend on the physical seizure of computer devices in order to have full knowledge of criminal organizations. The purpose of this article is to try to demonstrate that malware - as an atypical form of evidence - is an important tool to fight the organized crime and that its use by the State is a possible normative reality when combined with international and national rules regarding the possibility of virtual infiltration.

keywords: investigation; organized crime; new technologies; malware; virtual infiltration.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Falso dilema: eficácia e garantia. 3 Algumas tecnologias à disposição do crime organizado. 4 Definição e espécies de *malware*. 5 Dimensão internacional e o Direito Comparado. 6 Proposta de solução: ferramenta autorizada na infiltração virtual. 7 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea enfrenta uma dicotomia: como aceitar os bônus de uma sociedade global na qual há um intercâmbio de facilidades, representadas pelo fácil trânsito de mercadorias, serviços e, sobretudo, dados de informação e, ao mesmo tempo, conviver com o fato de que estas mesmas facilidades fomentam e facilitam o crime organizado numa dimensão de cybercriminalidade.

A globalização é um dado objetivo, realidade para a qual não há retrocesso. Há necessidade, portanto, de convivermos com esse fenômeno que cada vez mais aproxima as pessoas e colabora com o próprio crime organizado. O problema das sociedades modernas é como enfrentar, dentro desse contexto, o crime organizado caracterizado por uma delinquência não convencional, que se expande por todos os continentes, fomentado por redes de intercâmbio de informações e atividades ilícitas facilitado pela evolução tecnológica.

O crime organizado também se globalizou, pois ultrapassou as fronteiras físicas dos países. Atualmente, a criminalidade organizada "navega" em uma "realidade" informacional, impulsionada pela internet, utilizando-se de sistemas e programas que são obstáculos – verdadeiras barreiras virtuais – às investigações criminais, pois dificultam a identificação e a localização do usuário. São utilizados diferentes tipos

de aplicativos de encriptação de ponta a ponta, comunicações que se assentam no protocolo IP e que correspondem às denominadas Voice Over Internet Protocol – VoIP, programas anonimizadores a exemplo do navegador TOR – The Onion Router, o que propicia o acesso a "*deep web*", e, por sua vez, torna mais dificultosa a localização de ativos que trafegam entre paraísos fiscais, *offshore* ou, especialmente, na forma de criptoativos.

As diversas aplicações e programas, em que pese não tenham sido criados para utilização ilícita, pelo contrário, são ferramentas enormemente utilizadas pelas organizações criminais uma vez que permitem técnicas antirrastreamento e antiforenses. Assim, ao mesmo tempo em que o ambiente digital impulsiona o crime organizado, sua utilização deixa rastros digitais, os quais são fonte de prova para que o Estado possa desvendar não apenas a estrutura do próprio crime organizado, como exige a legislação (art. 2º c/c art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013), bem como a localização de ativos confiscáveis vinculados ao delito, ou de ativos não vinculados a determinado delito, mas adquiridos com dinheiro oriundo do ilícito e, ainda, os sofisticados mecanismos de operação de branqueamento de capital.

Diante desse quadro, a verdade é que os institutos tradicionais disponíveis para persecução penal se mostram obsoletos a enfrentar esta delinquência contemporânea e não convencional. Ainda, diante da constante evolução da tecnologia, os modernos meios de investigação autorizados pelo art. 3º da Lei n. 12.850/2013 também se mostram, em determinada medida, ultrapassados. Não obstante a possibilidade de quebras de sigilo telefônico, de dados e telemáticos em *clouds*, *e-mails*, captação ambiental, buscas e apreensões etc. O fato é que a persecução penal ainda depende, em muito, da apreensão física dos dispositivos nos quais as informações são gravadas (quando são gravadas), como

telefones celulares, *tablets*, computadores, *notebooks*, *pen drives*, HDs externos, cartões de memória, máquinas fotográficas etc.

É neste cenário que se propõe a utilização do *malware* como ferramenta de investigação a ser utilizada pelas agências de persecução penal no afã de romper as barreiras encriptadoras e anonimizadoras utilizadas pela criminalidade organizada. Entretanto, é dever consignar que, diferentemente de outros países que possuem a autorização legal para a utilização desse meio excepcional, e aqui registramos, a título de exemplos, Espanha e Itália, a legislação brasileira, até o presente momento, é silente. Contudo, temos que, conjugando-se disposições internacionais estabelecidas na Convenção de Palermo e de Budapeste, com a regulamentação atinente a infiltração virtual – meio este de produção de provas autorizado pelo art. 10-A e seguintes da Lei n. 12.850/2013 – é possível a utilização desta importante ferramenta de investigação representada pelo *malware* quando o objeto de investigação for eventual organização criminosa.

2 FALSO DILEMA: EFICÁCIA E GARANTIA

Não há um verdadeiro dilema estabelecido entre eficácia da persecução penal e preservação de direitos e garantias do acusado. Esse modo de ver eficiência e garantia na busca de segurança social e preservação de direitos objetivando um "justo equilíbrio" (FERNANDES, 2009, p. 226) decorre de equivocada premissa relativa aos fins do processo penal, ou seja, que processo eficiente é aquele que, de modo célere, alcança a condenação de determinada pessoa.

O sistema jurídico processual se mostrará eficiente na medida em que preservar os direitos do acusado ou investigado. Não se trata de escolha de uma dimensão ou outra. Processo dito garantista não

implica impunidade, da mesma forma que processo eficiente não espelha necessária condenação. Processo eficiente é aquele que, respeitando a ordem jurídica, consegue alcançar uma reconstrução histórico-fática que permita ao Estado a imposição da pena. Portanto, trata-se da escolha de outra premissa consistente em se perguntar qual a finalidade do processo penal?

Saliente-se, inicialmente, que a apuração da verdade "é o objetivo fundamental da atividade probatória no processo judicial" (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 46). Nesse sentido, a finalidade epistêmica do processo penal é a busca da verdade, não de uma verdade adjetivada como de real ou material, mas sim de uma verdade que seja aproximada e que corresponda (verdade como correspondência) (RAMOS, 2021, p. 42) a uma determinada reconstrução fática demonstrada pelas provas legalmente apresentadas aos autos, as quais, portanto, permitem, após devida valoração, a superação do postulado da presunção de inocência, sempre com respeito aos direitos e às garantias individuais assegurados pelo ordenamento.

A verdade como correspondência é o próprio fim do procedimento probatório; em outras palavras, "a prova tem com a verdade uma relação teleológica (é um meio para se obter o fim verdade)" (RAMOS, 2021, p. 42; FERRER-BELTRÁN, 2017, p. 72-77). Essa relação de instrumentalidade somente é alcançada quando todas as regras escolhidas democraticamente pelo legislador forem respeitadas. O limite à descoberta da verdade fática aproximada está no respeito aos postulados legais e constitucionais. A descoberta da verdade, destarte, não sugere desrespeito às regras processuais nem deve ser buscada a qualquer custo, como um fim em si mesma. Isto é prática em processos autoritários, como instrumentos de estados igualmente autoritários. Em estados democráticos, a verdade é trazida ao sistema jurídico processual por meio de provas (e meios) legalmente produzidas

pelos atores processuais e, com base nelas, é que o juiz profere as respectivas decisões. Portanto, não vemos incompatibilidade entre "garantismo" e "eficiência" que um processo é tanto mais eficiente na busca da verdade ou de eventual defesa social quanto mais respeitar os direitos dos sujeitos processuais dentro do esquadrinhamento legal trazido tanto pela Constituição quanto pelo legislador ordinário.

No caso da criminalidade organizada, não há dúvidas de que se trata de uma moderna criminalidade que a cada dia se utiliza mais e mais de meios tecnológicos para, com a utilização de ferramentas anonimizadoras e encriptadoras, não apenas garantir a própria existência, mas também para garantir maior desenvolvimento das atividades lícitas e, acima de tudo, tornar seguro o proveito do crime. Assim, para esse tipo de criminalidade, o legislador estabeleceu e permitiu meios probatórios excepcionais. Para situação excepcional, meio excepcional de enfrentamento. Eis uma relação de proporcionalidade estabelecida. Respeitar as balizas do legislador nestes meios de prova excepcionais, que buscam maior eficiência, é dimensão garantista, até porque, o respeito aos cânones dito garantistas não é sinal de impunidade, mas de Estado Democrático comprometido com os Direitos Humanos.

Portanto, o que se tem, em verdade, é um falso dilema, visto que a persecução penal para ser eficiente não induz o desrespeito a direitos e a integral observância dos postulados constitucionais traduzidos pelo legislador ordinário, mesmo no universo da criminalidade organizada excepcional, deve levar a responsabilidade penal daquele é que culpável e a não responsabilização do sujeito inocente. O inverso até pode acontecer, mas por erro, infelizmente, e não porque o processo deve ser mais eficiente e a verdade buscada a qualquer preço.

3 ALGUMAS TECNOLOGIAS À DISPOSIÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

As organizações criminais antes vistas como associações estáveis de pessoas cuja atividade era "artesanal" e restrita a determinado território sempre existiram e continuarão existindo, agora moduladas pelas novas tecnologias. Conforme observa Callegari (2016, p. 12), esse fenômeno criminal "sofreu um desenvolvimento extraordinário como consequência das novas tecnologias, avanços tecnológicos em informática e telecomunicações". Assim, as atividades empresariais ilícitas levadas a cabo pelas organizações criminosas passaram de negócios localizados a negócios gerenciados internacionalmente.

O Estado encontra dificuldades em enfrentar – e às vezes até mesmo compreender – esta nova realidade. Pode-se citar, a fim de se demonstrar as dificuldades encontradas pelo Estado na persecução desta nova dimensão das organizações criminosas, algumas tecnologias que, em que pesem sejam voltadas a fins lícitos eis que permitem maior proteção da privacidade do usuário, também estão a serviço das organizações criminosas. Chama-se atenção para as tecnologias de anonimização, as quais permitem às pessoas – e aqui nos referimos aos integrantes das organizações ou a quem com elas estabelecem negócios – não apenas manterem contato seguro e anônimo por meio de troca de mensagens, como também acessar o ambiente virtual sem deixar rastro. Também não se pode deixar de citar as possiblidades de negócios por meio de criptomoedas.

A encriptação representa o "processo de transformação da informação num formato seguro para protegê-la do acesso não autorizado ou de modificações por parte de terceiros" (CAMPOS, 2021, p. 43). Trata-se de tecnologia utilizada pelos principais aplicativos de troca de mensagens instantâneas, como, principalmente, WhatsApp e

Telegram, dentre outros. Representam, em verdade, um obstáculo para a investigação criminal no ambiente digital, posto que, diferentemente das comunicações telefônicas, as quais, segundo Campos (2021, p. 44), assentam-se no protocolo Global System for Mobile Communications – GSM e, por esta razão, ainda que haja encriptação, os "fornecedores de serviços espelham a informação desencriptada", o mesmo não acontece com os:

> [...] *e-mails* que utilizam diferentes tipos de encriptação, com as comunicações que assentam no Protocolo IP e que correspondem às denominadas Voice Over Internet Protocol – VoIP, bem como com o envio de mensagens escritas e de outros dados através de aplicações de mensagens instantâneas. (CAMPOS, 2021, p. 44).

Logo, à exceção do *e-mail* que permite interceptação telemática e, portanto, o acesso ao conteúdo da comunicação, inclusive, por exemplo, se estiver armazenado em determinada *cloud:*

> [...] as principais plataformas de comunicação utilizadas recorrem a denominada "end-to-end encryptions" (encriptação de 'ponta-a-ponta'), o que significa que, mesmo que a comunicação passe através de um servidor, este não tem acesso ao seu conteúdo, pois só o dispositivo receptor tem a chave para a desencriptação daquele. (CAMPOS, 2021, p. 44).

Destarte, qualquer tentativa de interceptação do conteúdo destas comunicações, a exemplo do que acontece com as escutas telefônicas, "é desprovida de efeito útil" (CAMPOS, 2021, p. 45). Nesse sentido, a única forma de lograr o conhecimento do conteúdo da troca

de mensagens, o que pode ajudar não apenas na compreensão da estrutura da organização e o conhecimento da função de cada membro, mas também saber o destino dos bens e valores, é apreendendo os dispositivos, com o acesso físico. Estes dispositivos, ainda, cumpre anotar, em determinados casos são protegidos com senha e com programas de autodestruição, os quais apagam o conteúdo antes da análise forense (*wiping*).

No tocante a programas anonimizadores que permitem navegação na rede mundial sem deixar rastros destaca-se o The Onion Router – TOR, o qual surgiu em 2003 e consiste:

> [...] en un servicio *online* que mediante un *software* específico, de código abierto y multi-plataforma, permite conectarse a una rede de comunicaciones de baja latencia que brinda anonimato para consumir y publicar contenido en internet a quien lo desee. (SALLIS, 2021, p. 604).

A rede TOR é dinâmica e composta por máquinas (roteadores) conectadas à internet, distribuídas ao redor do mundo que constantemente mudam, sendo que esse serviço é responsável por desenhar a rede e seus componentes a cada momento que um navegador TOR exigir. Assim, o navegador TOR seleciona máquinas de entrada, máquinas intermediárias e máquinas de saída. Os conteúdos são consumidos e publicados a partir das máquinas, nunca de forma direta com o destino da comunicação. As máquinas se comunicam entre si, cifrando a comunicação de modo que cada máquina do percurso informacional somente conheça uma porção de tráfego na internet que lhe corresponda. “De esta manera, técnicamente, no hay forma de rehacer el camino hacia atrás, por lo que el anonimato del origen de la comunicación está garantizado” (SALLIS, 2021, p. 605). A rede TOR permite uma conexão tipo “cebola”, pois a mensagem

trafega por distintos roteadores, o que gera a proteção da identidade "de várias capas" – daí surge o nome "cebola" (TEMPERINI; MACEDO, 2021, p. 485). Ademais, a rede TOR muda a cada dez minutos e nunca utiliza as máquinas de saída que estejam em um mesmo país que o restante das demais máquinas fazendo com que, se alguém (agências de persecução, p. ex.) possui alguma forma de escutar o tráfego na rede TOR, nunca irá escutar a "história completa". Somente quem tem acesso aos dados completos da informação é o navegador TOR que está justamente instalado no dispositivo da pessoa que quer resguardar o anonimato (SALLIS, 2021, p. 606). Assim, graças a esse complexo mecanismo de intercomunicabilidade, o TOR oculta a identidade do sujeito, eis que mascara os endereços de IP e oculta dados pessoais, além de ser capaz de bloquear a tentativa de acesso ao computador por meio de *hackers*. Portanto, somente com o acesso físico ao equipamento, via medida de busca e apreensão ou eventual prisão em flagrante, torna-se possível ao Estado conhecer toda a atividade desenvolvida pelo alvo da investigação.

O navegador TOR também permite o acesso ao ambiente da *deep web* – outro mecanismo muito utilizado pelas organizações para o fomento de suas atividades. Ao contrário da *clear web*, cujo conteúdo pode ser acessado por qualquer pessoa por meio de qualquer buscador, como Google, por exemplo, na *deep web* encontra-se todo conteúdo, em geral ilícito, que, além de não ser encontrado por qualquer meio de busca (não há indexação), as pessoas que publicam e oferecem são acobertadas pelo anonimato. É neste ambiente que o crime organizado encontra seu "habitat natural" uma vez que, por meio dos "*black markets*", é possível a comercialização de drogas, armas, dinheiro, documentação, metais preciosos, informação, *malwares*, contratação de matadores, pornografia infantil, entre outros (SALLIS, 2021, p. 611). Assim, sendo a navegação livre, anônima, criptografada e dificilmente detectável é que urge ao Estado a utilização de novas ferramentas. Nesse sentido, Sallis (2021, p. 609):

> [...] el conjunto de personas y organizaciones criminales que se mueven en este entorno hacen que sea muy complejo utilizar los mismos métodos y técnicas de investigación que se usan en la web superficial, haciendo que sea muy difícil saber quién consume contenidos ilegales, o quién o quiénes los publican.

Não pode passar despercebido, eis que é ferramenta deveras importante não apenas para fomento dos negócios ilícitos, mas, especialmente, para se garantir o proveito do crime e a transformação do dinheiro em criptoativos. A utilização de criptomoedas pelas organizações criminosas vem crescendo exponencialmente. As moedas virtuais (criptomoedas) operam mediante um sistema criptográfico por fora do circuito financeiro tradicional e não pertencem a nenhum governo ou banco central (SAIN, 2021, p. 256). O sistema, conforme assevera Silveira (2018, p. 98), "permite pagamentos através da internet, de uma parte a outra parte, sem a intervenção de qualquer instituição financeira". Nesse sentido, tais moedas trafegam em um mercado desregulado e descentralizado, o que permite relativo anonimato. Nesse sentido:

> [...] la idea es ofrecer un sistema de pago seguro y anónimo a los usuarios para que acrediten su identidad para la realización operaciones de compraventa y tanferencias. Las transaciones se realizan de usuario a usuario sin intermediación de bancos u otras instituciones oficiales, son públicas y quedan registradas con un código alfanumérico único y irrepetible, sin dejar rastros. (SAIN, 2021, p. 257).

Ainda que haja um sistema de *blockchain* reconhecido por instituições financeiras que funciona como um banco de dados público que registra o histórico de movimentações dos usuários de criptomoedas, não se pode olvidar que tais moedas podem se

movimentar semelhantemente a um título ao portador, bastando que a pessoa entregue sua *wallets* a outra pessoa ou mesmo realize uma troca. Segundo Silveira (2018, p. 98):

> [...] a possibilidade de anonimato, entretanto, pode vir a assegurar que sua rastreabilidade venha a ser minimizada, caso, *v.g.*, determinado portador de criptomoedas viesse a ter inúmeras carteiras eletrônicas (*wallets*), a ponto de estas mesmas servirem de objeto de escambo ou entrega.

Não obstante, estas tecnologias, saliente-se novamente, não tenham sido desenvolvidas genuinamente para atividades ilícitas, não há dúvidas de que elas, em primeiro lugar, apresentam grande interação entre si e, em segundo lugar, tornaram as organizações criminosas potencialmente mais perigosas e cada vez mais distantes da persecução penal tradicional dos estados.

4 DEFINIÇÃO E ESPÉCIES DE MALWARE

As tecnologias referidas anteriormente dificultam o acesso aos dados de comunicação, quando esses estão em trânsito, uma vez que durante a transmissão da mensagem ponto a ponto esta está encriptada. Assim, é necessário para as agências de investigação a apreensão do dispositivo antes do envio da mensagem ou após o recebimento, visto que, nesse caso, o dispositivo receptor desencriptará o conteúdo da comunicação. Deve ser levado em conta também que os programas anonimizadores dificultam a localização do usuário e a verificação das atividades desenvolvidas. Sem contar, como referido anteriormente, a possibilidade da existência de programas que apagam o conteúdo armazenado nos dispositivos eletrônicos. Nesse sentido, visando superar estas barreiras, mostra-

se necessário o acesso virtual a esses dispositivos para que se possa conhecer as atividades desenvolvidas sem necessidade de apreensão.

Uma solução possível seria a autorização judicial para uma espécie de "hackeamento estatal". O Estado, independentemente da apreensão física do dispositivo, poderia explorar as vulnerabilidades do sistema ou do usuário, por meio de *software* de vigilância, e, assim, acessar o conteúdo das mensagens ou mesmo as operações realizadas, por exemplo, com criptoativos. Uma das vantagens é que todas as informações aportadas no processo penal teriam uma fonte que fora autorizada judicialmente. Essa forma de investigação deixaria de lado qualquer ideia de secretismo e, especialmente, malabarismos processuais das agências de investigação para legalizar determinada informação que adredemente possui, até porque estas tecnologias (programas espiões) são facilmente encontradas no mercado. Interessante a observação de Blanco (2020, p. 94):

> [...] por el contrario, la intervención de dichas comunicaciones es posible para quien cuente con las capacidades técnicas necesarias para "infectar" los puntos de entrada o salida (esto es, el celular o computadora usada por alguna de las personas involucradas en la conversación) con un software de vigilancia especialmente designado para ello, para capturar las comunicaciones en formato de áudio, vídeo y texto sin encriptar (toda vez que los datos se encriptan cuando están en trânsito, no cuando entran o salen del dispositivo receptor o emissor). No se trata de uma mera hipótesis: de hecho, las agencias policiales y de inteligência de EE.UU y otros países ya están recurriendo a este método.

O *malware* – neste contexto, com base nas lições de Campos (2021) e nos conceitos do manual básico da Europol (EUROPEAN CYBERCRIME CENTER, [20--]) – trata-se de um programa informático malicioso que

se aproveita de vulnerabilidades existentes no sistema informático e, em alguns casos, do próprio utilizador. Ele pode ser instalado *in loco* ou remotamente (pela internet), sem consentimento e esclarecimento do alvo. O interessante é que, uma vez instalado, o programa pode levar a efeito um conjunto de tarefas e funcionalidades, em função do que se busca, por exemplo, desvendar a estrutura da organização ou mesmo as formas nas quais ela lava o capital e, sobretudo, a localização dos bens dos integrantes. Por meio do programa, é possível recolher informação interna do sistema informático (dados armazenados, não armazenados – exemplo de um *e-mail* que seria escrito e o armazenador resolveu apagar – ou produzidos em tempo real ou informação externa, p.ex. ativação da *webcam* ou do microfone de modo a captar o que está ao redor.

O *malware* – meio atípico de produção de provas – destarte, com autorização judicial, é uma ferramenta "camaleônica" que permite "uma extensa possibilidade de monitoramento da atividade do alvo e de recolha de dados do sistema informático de forma subreptícia (*surreptitious surveillance*), "consoante o tipo e respetivas funcionalidades que estejam a ser utilizados" (CAMPOS, 2021, p. 40).

Chamo a atenção a dois grupos de *malware*: a) aqueles que, para a instalação, dependem da interação do alvo (utilizador), p.ex. cavalo de Troia*, rootkis* e o *spyware*; e b) aqueles no qual a interação não é necessária (p.ex. *worm*). Em resumo, no primeiro caso, o *malware* surge com a aparência de um *software* legítimo ou verificado e leva o alvo investigado a proceder à instalação, a qual, por sua vez, depende da abertura de um anexo de um *e-mail*, do *download* ou da execução de um arquivo de determinado *website* (uma imagem, p.ex.). Na segunda forma, o programa se autorreplica sem a interação do utilizador. Ele invade os computadores que estejam ligados à mesma rede e ainda não infectados. Pode eliminar

arquivos, enviar documentos via *e-mail*, realizar *downloads* e instalar outros tipos de *malware*.

Nessa senda, a técnica intrusiva, seja a vigilância na fonte ou a captação de dados, poderá, como fonte de provas, trazer ao conhecimento do Estado elementos para que seja possível ao magistrado uma aproximada demonstração das hipóteses fáticas descritas pela acusação e, por conseguinte, afastar o postulado da presunção de inocência. Considerando que direitos constitucionais serão restringidos em prol da investigação, como a intimidade, a privacidade pessoal – art. 5º, inciso X – às vezes a privacidade familiar, esta na dimensão da "invasão domiciliar virtual" – art. 5º, inciso XI –, a autodeterminação comunicacional – art. 5º, inciso XII – e a autodeterminação informacional – necessidade de proteção de dados nos meios digitais (art. 5º, inciso LXXIX, inserido pela Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022), a pergunta a ser formulada é se o sistema jurídico nacional, nos moldes atuais, permitiria referida técnica?

5 DIMENSÃO INTERNACIONAL E O DIREITO COMPARADO

Como mencionado anteriormente, uma das características da criminalidade organizada é a transnacionalidade. As fronteiras não são mais os limites físicos, pois a execução dos delitos não encontra qualquer limitação territorial, especialmente por conta do tráfego de informações propiciadas pela intercomunicabilidade de dados. Nesse sentido, é que houve a necessidade de imposições internacionais objetivando entre os estados democráticos certa uniformidade do tratamento penal e processual penal do crime organizado.

O enfrentamento do crime organizado e dos delitos conexos (lavagem de ativos, tráficos de pessoas, órgãos, drogas, armas e

animais), os quais movimentam quantias astronômicas de valores, sem dúvida é um dos maiores desafios do mundo moderno. Em razão disso, e objetivando estândares normativos comuns, é que houve a necessidade da transnacionalização das regulações jurídicas e, portanto, da ingerência internacional na busca de uma harmonização penal e processual penal.

A Convenção das Nações Unidas contra a delinquência organizada transnacional (Convenção de Palermo, aprovada em dezembro de 2000, com vigência em 29 de setembro de 2003), assinada pelo Brasil em 12 de dezembro de 2000, ratificada pelo Congresso Nacional em 29 de janeiro de 2004, com caráter vinculante, em resumo, buscou harmonizar as leis penais e processuais penais em todo o mundo e, o que é mais importante, evitar paraísos de impunidade, vale dizer, locais nos quais o crime organizado possa fincar bandeira e desenvolver atividades ilícitas.

A Convenção de Palermo alinhou cinco eixos sobre os quais deveria haver a atuação legislativa dos estados. São eles:

> a) la tipificación ordenada y conjunta de conductas vinculadas con esa forma de criminalidad organizada; b) la tipificación de conductas relacionadas de manera conexa con las actividades llevadas a cabo por esas organizaciones criminales; c) el incremento sustancial de las medidas de injerencia en él ámbito de la privacidad de los indivíduos mediante la aplicación de las nuevas tecnologícas; d) el endurecimento de las condiciones de libertad procesal y la limitación en el ejercício del derecho de defensa, y, por último, e) el agravamento de las condiciones de ejecución de la pena mediante la regulación de medidas postdelictuales. (ABOSO, 2019, p. 84).

Considerando a finalidade do presente trabalho, vale notar o eixo da letra "c" que é referente às técnicas especiais de investigação previstas no art. 20, cujo objetivo é "combater eficazmente a criminalidade organizada". Determinou a normativa internacional dentro dessa linha de autuação mudanças no processo com o incremento de medidas de ingerência no âmbito da privacidade, mediante a utilização de novas tecnologias (vigilância eletrônica e outras fontes de vigilância), além de operações de infiltração de agentes.

Outro documento internacional que merece destaque é a Convenção de Budapeste – Convenção sobre Delitos Cibernéticos – de 23 de janeiro de 2001 – que fora promulgada no Brasil por meio do Decreto-Legislativo n. 37/2021, em 12 de dezembro de 2021. Esta Convenção também é um marco importante no âmbito de luta contra a cibercriminalidade tendo em conta abordar problemas ligados a delitos praticados por meio das redes telemáticas. A convenção, ainda, traça as linhas principais de uma política criminal destinada a sentar as bases de uma harmonização integradora das leis penais e processuais nos países subscritores (ABOSO, 2018, p. 59-60). Esta convenção, com os olhos voltados também à lavagem de dinheiro, ao tráfico de pessoas, drogas e terrorismo, tratou de questões atinentes à produção de prova eletrônica. E, nessa seara, depreende-se dos arts. 19 a 21 que devem os estados estabelecerem medidas relativas ao acesso e busca e apreensão de dados armazenados; à coleta em tempo real dos dados de tráfego e, ainda, à interceptação de dados de conteúdo. Essas medidas podem e devem ser alcançadas com a utilização pelo Estado de *malware* como ferramenta de investigação, eis que com isto se torna possível ultrapassar as barreiras de proteção tecnológica utilizadas no desenvolvimento das atividades ilícitas pelas organizações criminosas.

Diferentemente do Brasil que, a despeito da necessária observância dos dois documentos internacionais mencionados, não possui uma legislação expressa sobre essa forma de intervenção na privacidade, essa técnica de investigação é realidade em alguns países e aqui, a título de ilustração, serão citados Espanha e Itália[1].

A Espanha, por meio da reforma legislativa de 2015 (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de ocutubre), mesmo admitindo o maior alcance e potencial de vulneração da intimidade pessoal, previu e permitiu, para alguns crimes – relacionados em *numerus clausus* –, o que garante a proporcionalidade da medida (SALT, 2021, p. 165) o acesso remoto a sistemas informáticos. No art. 588, septies a) no qual estabelece os pressupostos, estabeleceu-se que o juiz poderá autorizar a utilização de dados de identificação e códigos, assim como a instalação de um *software* que permita, de forma remota e telemática, o exame a distância e sem conhecimento do seu titular ou usuários do conteúdo de um computador, dispositivo eletrônico, sistema informático, instrumento de armazenamento de dados informáticos em massa ou base de dados, sempre que se persiga determinados delitos, dentre eles, delitos cometidos por organizações criminosas. O legislador, ainda, estabeleceu os requisitos necessários para a medida determinada judicialmente, notadamente o esclarecimento do *software* que será utilizado para a medida de intrusão.

A Itália caminhou no mesmo sentido. Por meio da Reforma de Orlando (2016, aprovada em 2017), previu-se de forma expressa a utilização do *malware* como meio de obtenção de provas. Esta medida procurou dar ao Estado ferramentas mais modernas para o enfrentamento de uma criminalidade igualmente moderna, mais

[1] A Alemanha também permite referida técnica. Remetemos o leitor para as lições de Salt (2021, p. 166-169); Aboso (2018, p. 489-508) e Campos (2021, p. 105-142). Em relação à professora Juliana Campos, frise-se que há importantes considerações também referentes a Itália, Estados Unidos e Espanha.

agressiva e sofisticada, como é o caso da criminalidade organizada. Nesse sentido:

> foi contemplada no n. 2 do artigo 266 e n. 2-bis do art. 266 do CPPenale, no Cap. IV, relativo à 'intercettazioni di conversazioni o comunicazioni' sob a designação de 'captatore informatico' (sensor ou coletor informático). (CAMPOS, 2021, p. 109).

Tal qual o legislador espanhol, o italiano também estabeleceu o rol de crimes – os menos nos quais é possível a interceptação telefônica – e os requisitos aos quais deve estar adstrita a autorização judicial.

6 PROPOSTA DE SOLUÇÃO: FERRAMENTA AUTORIZADA NA INFILTRAÇÃO VIRTUAL

Como mencionado, no Brasil não há previsão expressa da utilização do *malware* como meio de investigação. Entretanto, temos que, a título de proposta, essa novel forma de investigação, adotada em outros países, poderia aqui ser utilizada considerando os dispositivos e as autorizações legais em vigor, sem prejuízo de, em uma visão multinível, considerarmos que a autorização para a produção deste meio de prova atípico decorra das convenções internacionais adrede mencionadas.

A verdade é que o Estado brasileiro, que tem o dever de investigar as organizações criminosas, não pode ficar à mercê simplesmente da sorte, vale dizer, contar que, seja na realização de uma prisão em flagrante, seja no cumprimento de eventual mandado de busca e apreensão, em algum dispositivo informático apreendido, haja informações relevantes em relação à estrutura de determinada

organização, aos crimes por ela praticados ou, ainda, sobre o destino do produto dos crimes ou bens adquiridos com o dinheiro oriundo do ilícito. A persecução penal deve ser feita de maneira legal, sem secretismos, inteligente, organizada e contando com os instrumentos adequados. A sorte – como evento incerto – é deveras importante, entretanto, não pode ser o centro de qualquer investigação.

Nesse sentido, temos que toda normativa atinente à infiltração de agentes, com destaque para a infiltração virtual, pode ser utilizada objetivando dar segurança jurídica e justificar a flexibilização dos direitos individuais que certamente serão atingidos com esta medida de investigação que é sobremaneira invasiva.

Antes, todavia, cumpre salientar que essa medida somente pode ser utilizada quando, de fato, tratar-se de crime organizado e houver elementos robustos de provas que demonstrem que a autoridade está defronte a uma criminalidade organizada nos moldes exigidos pela lei (art. 1º da Lei n. 12.850/2013). Esta medida não pode ser utilizada para qualquer tipo de criminalidade sob pena de banalização desse meio de produção de provas. Conforme aduz Hassemer (apud COUTINHO, 2017, p. 112) ao tratar dos limites do Estado de Direito para o combate à criminalidade organizada, não se deve utilizar canhões contra pardais ("no se deberia – justo en el campo de los ataques jurídicos del derecho estatal – disparar con cañones a los gorriones").

E mais, em atenção ao princípio da subsidiariedade, essa medida jamais poderá ser a primeira adotada pelo Estado na persecução. Somente após esgotadas todas as medidas possíveis de investigação e sendo, ainda, necessária a continuação da persecução investigativa para desvendar e comprovar a estrutura da organização, sua composição, os crimes praticados ou o destino dos bens, é que se torna possível ao Estado socorrer-se do *malware*.

A Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), no art. 10 e seguintes, estabelece toda a regulamentação da infiltração de agentes. A lei, a seu turno, prevê dois tipos de infiltração: a) a presencial; e b) a virtual. O procedimento da infiltração virtual não difere muito do procedimento da infiltração presencial. Tornam-se necessárias a observância dos pressupostos relativos a: i – legitimidade; ii – autorização judicial; iii – distribuição sigilosa; iv – prazo de duração; v – fixação de limites; vi – controle judicial e do Ministério Público; e vii – apresentação de relatórios circunstanciados (NUCCI, 2021, p. 135-138; MASSON; MARÇAL, 2020, p. 406-447).

A infiltração presencial é mecanismo de produção de provas deveras custoso para o Estado na medida em que é necessária a formação do agente, além de um treinamento social e psicológico, até porque o agente de polícia dependerá da interação dissimulada – com identidade oculta – com membros da organização visando ganhar a confiança para, a partir de então, passar a recolher elementos de prova. Não se pode perder de vista, portanto, que se trata de meio altamente perigoso ainda mais se considerarmos que um dos mecanismos de manutenção da *omertà* das organizações criminosas é a prática da violência. Nesse sentido, é clara a alta probabilidade de insucesso da medida. Destarte, neste contexto, a infiltração virtual mostra-se um meio mais econômico e seguro para o Estado persecução.

A infiltração virtual, no que interessa e nos limites do presente texto, está disposta especialmente no art. 10-A no qual o legislador estabelece os requisitos necessários para a medida (BRASIL, 2013). Assim, devem ser demonstrados os elementos que indiquem tratar-se de uma organização criminosa e os crimes por ela praticados, incluindo os conexos como a lavagem de dinheiro; o alcance das tarefas dos policiais; dados indicativos das pessoas investigadas (nomes e apelidos) e, sendo possível, dados de conexão ou cadastral.

Além desses requisitos, para a autorização judicial, é necessário que a autoridade policial ou o Ministério Público apresentem um plano operacional para a realização da infiltração virtual. Neste plano, salientamos, a autoridade deverá delimitar a espécie de *malware* que utilizará e quais os objetivos que pretende alcançar com a infiltração virtual mediante a utilização de determinado *malware*.

Cumpre anotar que, a título de argumentação, caso se tratasse de infiltração presencial, no mandado de infiltração o juiz delimitaria (ou deveria fazê-lo) as atividades que o agente poderia realizar, como, por exemplo, a possibilidade de apreensão de documentos. Todavia, não é incomum, a depender da especificidade da infiltração, que o agente tenha que utilizar outros meios de investigação, como a realização de escutas e/ou filmagens ambientais em locais públicos ou privados, eis que, ressalte-se, não haveria tempo, diante da dinamicidade da infiltração, para, toda vez que necessitasse o agente realizar referidas investigações, parasse a produção probatória e pedisse autorização do magistrado. Nesse caso, o magistrado também estabeleceria no mandado de infiltração quais métodos de captação de provas estaria o agente infiltrado autorizado a fazer. Assim, se na infiltração pessoal é possível a busca de provas por outros meios igualmente invasivos da intimidade do sujeito, por que haveria óbice na infiltração virtual com a utilização de *malware*?

E mais, além dos limites fixados pelo magistrado, nos termos do art. 10-D, todos os atos eletrônicos – e aqui a recolha da prova por meio do *software* – devem ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz. Neste ponto, a fim de se garantir minimamente a cadeia de custódia digital, deverá haver um código *hash* que assegurará que o que foi recompilado é efetivamente o apresentado ao magistrado.

Sem contar, outrossim, que dentro do prazo da infiltração (até 6 meses) a critério do magistrado, poderá, como medida de controle, serem requisitados relatórios circunstanciados pelo magistrado ou pelo Ministério Público para aferição das atividades desenvolvidas ou em curso.

Cumpre anotar também que, além da infiltração ser mantida em sigilo, somente as provas produzidas que interessarem à investigação serão mantidas nos autos. Quanto às demais, notadamente as que tragam situações relativas à intimidade, deverão ser destruídas. Por fim, qualquer ato do agente que ultrapasse os limites da investigação e atente contra o interesse público deverá ser reprimido pelos meios legais.

7 CONCLUSÃO

Para o Estado enfrentar delitos cada vez mais complexos, sobretudo quando os ilícitos são praticados por organizações criminosas que se utilizam da tecnologia para desenvolver suas atividades e para tornar seguro o proveito do crime, mostra-se necessária uma adaptação e atualização tecnológica das ferramentas de investigação utilizadas pelos órgãos de persecução.

Os meios tradicionais de produção de prova cada vez mais se tornam obsoletos para superarem as barreiras impostas pela tecnologia. São *softwares* e aplicativos que, não obstante tenham sido desenvolvidos com finalidade lícita, utilizados pelas organizações para fomentar e ocultar a atividade delitiva.

Nesse sentido é que se insere o *malware* como método atípico de produção de provas. Por meio da utilização do *malware* é possível ao Estado superar os obstáculos criados pelos programas e aplicativos

anonimizadores e de criptografia e, por conseguinte, alcançar o desiderato que é descobrir a localização dos membros da organização, suas funções, estrutura do concerto delitivo e o destino que fora dado aos bens oriundos ou adquiridos com os proventos do crime.

Entretanto, em que pese não haja uma autorização expressa para utilização do *malware*, como se vê em outros países, temos que o emprego é possível se esse meio for utilizado como ferramenta da infiltração virtual, meio este de produção de provas autorizado pela lei. Ainda, não é despiciendo afirmar que as convenções internacionais, numa tentativa de harmonização das regulações penais e processuais penais, dispõem sobre estas novas técnicas de vigilância e captura de dados.

Com este novel meio de produção de provas, nos limites estritos da infiltração virtual e da autorização judicial, somente para casos nos quais haja elementos que, de fato, mostrem se tratar de organização criminosa, tendo o Estado esgotado os meios de investigação, será possível ao magistrado autorizar a medida que buscará elementos de prova, os quais, posteriormente valorados, tornarão possíveis ao magistrado uma reconstrução histórica dos fatos, dentro das regras do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ABOSO, Gustavo Eduardo. **Criminalidad organizada y derecho penal**. Buenos Aires: IBdef, 2019.

ABOSO, Gustavo Eduardo. **Derecho penal cibernético**: la cibercriminalidad y el derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnologia de la comunicación. Buenos Aires: IBdef, 2018.

BLANCO, Hernán. **Tecnología informática e investigación criminal**: uso de hackers por el estado - spyware legal - nuevas tecnologías de vigilancia - acceso remoto a datos informáticos - búsquedas transfronterizas - desencriptación compulsiva - anonimización y agente encubierto digital - big data y software predictivo - obtención, resguardo y análisis forense de la evidencia digital - deep fakes - prueba informática aportada por hackers. Buenos Aires: La Ley, 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. *In*: CALLEGARI, André Luís (org.). **Crime organizado**: tipicidade – política criminal – investigação e processo – Brasil, Espanha e Colômbia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2016. p. 11-24.

CAMPOS, Juliana Filipa Sousa. **O malware como meio de obtenção da prova em processo penal**: a investigação oculta em ambiente digital. Coimbra: Almedina, 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Hassemer e os "límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada". *In:* INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS *et al*. **IBCCRIM 25 anos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 109-129.

EUROPEAN CYBERCRIME CENTER. **Malware basics**. [*S. l.*]: EUROPOL, [20--]. Disponível em: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/malwarebasicscomplete.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *In*: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (org.). **Repressão penal e crime organizado**: os novos rumos da política criminal após 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 226-265.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (Coleção o Novo Processo Civil).

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021. (Coleção Raciocínio Probatório).

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. (Coleção Raciocínio Probatório).

SAIN, Gustavo. Criminalidad organizada e internet: el uso de tecnologías digitales para el blanqueo ilícito de capitales. *In*: DUPUY, Daniela (dir.); KIEFER, Mariana (coord.). **Cibercrimen**: aspectos de derecho penal y procesal penal. cooperación internacional. recolección de evidencia digital. responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Buenos Aires: IBdef, 2021. p. 249-276.

SALLIS, Ezequiel. Desafíos de la investigación de los delitos informáticos en la "deep & dark web". *In*: DUPUY, Daniela (dir.); KIEFER, Mariana (coord.). **Cibercrimen**: aspectos de derecho penal y procesal penal. cooperación internacional. recolección de evidencia digital. responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Buenos Aires: IBdef, 2021. p. 601-616.

SALT, Marcos G. Allanamiento remoto ¿un cambio de paradigma en el registro y secuestro de datos informáticos? *In*: DUPUY, Daniela (dir.); KIEFER, Mariana (coord.). **Cibercrimen II**: nuevas conductas penales y contravencionales. inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. cooperación internacional y victimologia. Buenos Aires: IBdef, 2021. p. 151-181.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais**: em busca do marco penal das criptomoedas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TAVAREZ, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

TEMPERINI, Marcelo; MACEDO, Maximiliano. Nuevas herramientas de investigación penal: el agente encubierto digital. *In*: DUPUY, Daniela (dir.); KIEFER, Mariana (coord.). **Cibercrimen**: aspectos de derecho penal y procesal penal. cooperación internacional. recolección de evidencia digital. responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Buenos Aires: IBdef, 2021. p. 481-516.