

RDPol



REVISTA DE DIREITO POLICIAL
da Academia de Polícia Civil
Rio Grande do Sul - Brasil

AUTOR CONVIDADO

A necessidade de observância ao rito processual na investigação criminal: uma obviedade que precisa ser destacada

Del. Pol. Fábio Motta Lopes

Chefe de Polícia do Estado
do Rio Grande do Sul

O poder discricionário do delegado de polícia no atendimento de requisições ministeriais e a finalidade bidirecional do inquérito policial
Fernanda Generali

Da atribuição para investigar infrações penais na esfera estadual

Janquiel Paulo Grando

A nova lei de abuso de autoridade:

(in)constitucionalidade material e punibilidade exacerbada da autoridade policial como medida legislativa de autotutela parlamentar

Fernanda Drews Amorim

Abuso sexual infanto-juvenil: análise dos casos ocorridos no município de Santa Maria/RS
Olinda Barcellos e Márcia de Fátima Sarturi

A lavagem de capitais e os crimes contra a ordem tributária: a eficácia na recuperação de ativos
Diego Traesel

O sigilo da fonte humana como prerrogativa da atividade policial
André Lorbiecki Roese

A novel decisão do STF sobre prisão temporária e seu reflexo na investigação criminal
Waleska Aline Viana de Alvarenga

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
POLÍCIA CIVIL
ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL**

RDPol
REVISTA DE DIREITO POLICIAL

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
POLÍCIA CIVIL
ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL**

RDPol

**REVISTA DE DIREITO POLICIAL
DA ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Vol. 3, n.1, jan./dez. 2022

ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL

Endereço: Av. Antônio de Carvalho, 555 - B. Jardim Carvalho

Porto Alegre/RS - CEP 91430-001

Tel: (51) 3288.9300

E-mail: acadepol@pc.rs.gov.br

Link de acesso para RDPol: www.pc.rs.gov.br/acadepol

2022

Diagramação/Edição/Impressão:



www.gartensul.com.br

Editora-Chefe

Dr^a Elisangela Melo Reghelin

Conselho Editorial

Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

(Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos/RS)

Dr. André Luís Callegari

(Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP-Brasília/DF)

Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá

(Universidad Autónoma de Madrid-Espanha)

Dr^a. Sandra Regina Martini

(UniRitter-RS)

Me. Andersson Pereira dos Santos

(Academia Nacional de Polícia - ANP/PF)

Me. André Luiz Bermudez Pereira

(Academia de Polícia Civil - SC)

Me. Stenio Santos Sousa

(Comitê Executivo da Revista SUSP/MJSP;
Comissão e Conselho Editorial da Revista Mercopol - Mercosul)

Pareceristas

Dr^a. Érika Pase Londero

Dr^a. Francini Kiyono Jorge Yatsu

Dr^a. Olinda Barcellos

Dr. Ricardo Bizzotto de Oliveira

Me. Alcides Marques Porto Pacheco

Me. Charles Dias do Nascimento

Me. Márcio Abreu Moreno

Me. Valquiria Palmira Cirolini Wendt

Me. Vinícios Batista do Valle

R454

RDPol. Revista de Direito Policial / Academia de Polícia Civil do Rio Grande do Sul. – Vol.3, n.1 (Jan./Dez. 2022). – Porto Alegre : Acadepol, 2022.

Annual

ISSN 2675-7869

1. Direito Policial. 2. Investigação Criminal. 3. Polícia Civil.

CDU 343
CDD 341.5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária Ana Paula Benetti Machado CRB 10/1641

Autorização de Reprodução. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida desde que citada a fonte.

Equipe Editorial

Me. Daniela Ruschel Malvasio
Comissário de Polícia Henri Welter Osório

Periodicidade

Anual

CHEFIA DE POLÍCIA

Delegado de Polícia Fábio Motta Lopes
Chefe de Polícia - RS
Delegado de Polícia Vladimir Peukert Urach
Subchefe de Polícia - RS

ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL

Diretora-Geral

Delegada de Polícia Elisangela Melo Reghelin

Diretora da Divisão dos Programas de Pós-Graduação

Delegada de Polícia Elisangela Melo Reghelin

Diretora da Divisão de Recrutamento e Seleção

Delegada de Polícia Daniela Ruschel Malvasio

Diretora da Divisão de Ensino

Delegada de Polícia Clarissa de Oliveira Lopes Castilhos

Diretora da Divisão de Assessoramento Especial

Delegada de Polícia Anita de Oliveira Caruccio

Equipe da Divisão de Programas de Pós-Graduação

Comissário de Polícia Henri Welter Osório
Escrivã de Polícia Loren Kircher de Vasconcellos

Arte de Capa

Comissária de Polícia Tatiana de Oliveira Wiestel

Diagramação/Edição/Impressão

Gráfica Garten Sul Ltda.

APRESENTAÇÃO

Com imensa satisfação apresentamos o terceiro número da Revista de Direito Policial – RDPol, da Academia de Polícia Civil do Rio Grande do Sul, quando esta comemora 85 anos de formação e de qualificação de excelência da Polícia Civil gaúcha. Trata-se de uma Revista que, cada vez mais, vem inovando e trabalhando na construção de uma literatura policial escrita para e por policiais que fazem, do dia a dia, seu melhor e mais rico campo de observação.

Nesse novo número da Revista, também passamos a contar com um magnífico Conselho Editorial, formado por renomados profissionais do mundo acadêmico e/ou policial, os quais não apenas emprestam seus nomes para emoldurar o trabalho final, mas contribuem, diuturnamente, para as melhorias efetuadas nos rumos da publicação. Outra novidade é que a partir dessa edição os artigos foram escolhidos de avaliações realizadas por um Corpo de Pareceristas, no sistema *double blind review*, garantindo o sigilo a pesquisadores e avaliadores, permitindo correções, ajustes e transparência na eleição do material a ser publicado, com segurança e anonimato. Devemos ainda, por questão de justiça, fazer especial registro de gratidão ao trabalho detalhado e minucioso de revisão final da obra, a cargo da Diretora-Executiva Delegada de Polícia Daniela Rushel Malvasio, conferindo especial qualidade ao resultado ora apresentado à comunidade policial e acadêmica. Aliás, o edital de submissão de artigos está permanentemente aberto e pode ser acessado através do link <https://www.pc.rs.gov.br/acadepol>, aliás onde também podem ser encontrados os volumes anteriores da revista na versão eletrônica.

Quanto ao primeiro artigo, trata-se de autor convidado. Como professor universitário e autor de obras importantes, Fabio Motta Lopes brinda-nos, neste exemplar e a pedido desta Editoria, com o artigo de sua lavra, intitulado “A Necessidade de Observância ao Rito Processual na Investigação Criminal: uma obviedade que precisa ser destacada”, assunto de extrema atualidade e importância teórica, processual, prática e estratégica, para as Polícias Judiciárias do país, ousamos afirmar. Fábio, nosso atual Chefe de Polícia e ex-Diretor dessa Casa de Ensino, incentiva e fortalece o papel da Academia de Polícia como órgão estratégico de consecução das metas institucionais tão relevantes à sociedade gaúcha. Valoriza, sobremaneira, as atribuições da Polícia Civil, salutares para o sistema acusatório constitucional, onde o inquérito policial não é mera peça informativa ou preambular, mas fonte fundamental de direitos e deveres para todos os envolvidos, sendo a atividade de Polícia Civil, pois, de natureza absolutamente essencial à Justiça.

Cumpramos ressaltar que os artigos ora publicados foram selecionados a partir de edital aberto a todos os pesquisadores, policiais ou não, acadêmicos

e, também, alunos-delegados do curso de formação de ingresso na carreira de Delegado de Polícia, que abrilhantam o presente volume. O poder discricionário da autoridade policial no atendimento de requisições ministeriais frente à bidirecionalidade do inquérito policial, a atribuição da investigação criminal e suas delimitações em matéria estadual, a nova lei de abuso de autoridade diante da (in)constitucionalidade material e punibilidade exacerbada da autoridade policial como medida legislativa de autotutela parlamentar, o abuso sexual infanto-juvenil com a análise de casos no município de Santa Maria-RS, a lavagem de capitais e os crimes contra a ordem tributária no tocante à eficácia na recuperação de ativos, o sigilo da fonte humana como prerrogativa da atividade policial e a novel decisão do Supremo Tribunal Federal sobre prisão temporária e seus reflexos na investigação criminal são temas enfrentados com precisão e profundidade, e instigam à leitura mesmo daquele que, diferentemente de nós, não opera diretamente com o tema.

Nosso muito obrigada a todo o corpo docente, discente e de servidores da Academia de Polícia Civil do RS, especialmente à equipe da Divisão do Programa de Pós-Graduação (DPPG), nas pessoas do Comissário de Polícia Henri Welter Osório e da Escrivã de Polícia Loren Kircher de Vasconcellos, os quais, de modo aguerrido e com brilhantismo, eficiência e muita criatividade, transformam projetos em realidade. Cumpre agradecer, também muito carinhosamente, à equipe Diretiva da ACADEPOL, a quem rendemos nossas homenagens nas pessoas das Delegadas de Polícia Daniela Ruschel Malvasio (Recrutamento e Seleção e Diretora-Executiva da Revista), Clarissa de Oliveira Lopes Castilhos (Ensino) e Anita de Oliveira Caruccio (Assessoramento Especial). Sem o apoio incansável, diário e, principalmente, sem a boa vontade dessas mulheres incríveis e suas equipes, seria impossível transpor tamanhos desafios.

Por fim, agradecemos, efusivamente, à Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul (ASDEP), na pessoa de seu Presidente Fernando Edison Domingues Soares e a toda a Direção, pelo patrocínio, novamente, da versão impressa. É claro que temos a versão eletrônica do periódico, como já dito. Mas as obras impressas são diferentes... elas têm cor, cheiro, por que não um sabor especial? Obrigada, à ASDEP, por confiar na RDPol e nessas linhas que são escritas a tantas mãos.

Esperamos que tenham todos uma boa leitura!

Porto Alegre, por ocasião do 85º aniversário da ACADEPOL RS.

Elisangela Melo Reghelin
Editora-Chefe

SUMÁRIO

AUTOR CONVIDADO

A Necessidade de Observância ao Rito Processual na Investigação Criminal: uma obviedade que precisa ser destacada

Chefe de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul

LOPES, Fábio Motta 11

- 1 O Poder Discrecional do Delegado de Polícia no Atendimento de Requisições Ministeriais e a Finalidade Bidirecional do Inquérito Policial

GENERALI, Fernanda 31

- 2 Da Atribuição para Investigar Infrações Penais na Esfera Estadual

GRANDO, Janquiel Paulo 53

- 3 A Nova Lei de Abuso de Autoridade: (in)constitucionalidade material e punibilidade exacerbada da autoridade policial como medida legislativa de autotutela parlamentar

AMORIM, Fernanda Drews 77

- 4 Abuso Sexual Infanto-Juvenil: análise dos casos ocorridos no Município de Santa Maria/RS

BARCELLOS, Olinda ; SARTURI, Márcia de Fátima 105

5	A Lavagem de Capitais e os Crimes Contra a Ordem Tributária: a eficácia na recuperação de ativos	
	TRAESEL, Diego	127
6	O Sigilo da Fonte Humana como Prerrogativa da Atividade Policial	
	ROESE, André Lorbiecki	149
7	A Novel Decisão do STF sobre Prisão Temporária e seu Reflexo na Investigação Criminal	
	ALVARENGA, Waleska Aline Viana de	171

A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO RITO PROCESSUAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA OBVIIDADE QUE PRECISA SER DESTACADA

Fábio Motta Lopes¹

RESUMO: Tradicionalmente, sustentava-se que, por ser o inquérito policial peça informativa e por não incidirem na investigação criminal os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não existiriam nulidades na fase pré-processual, mas somente irregularidades, que não maculavam o processo penal. Não obstante, como existem meios de provas relevantes e provas definitivas no âmbito do inquérito policial, como são, por exemplo, os reconhecimentos e as provas periciais, respectivamente, os tribunais vêm reconhecendo, conforme o caso, a invalidade ou a diminuição da eficácia de determinados atos realizados na etapa preliminar ao processo criminal quando a polícia judiciária não respeita o procedimento formal pré-estabelecido na legislação. Em razão disso, faz-se imperioso que as polícias judiciárias observem sempre as formalidades processuais para a realização desses atos investigativos ou justifiquem, caso o procedimento não seja possível, a impossibilidade a respeito desse atendimento, com o intuito de que sejam evitadas absolvições em juízo pelo reconhecimento de nulidades decorrentes, exclusivamente, da inobservância do rito pré-determinado no ordenamento jurídico para a execução de certas diligências investigativas e de que sejam inócuos, em razão desse aspecto, os resultados de muitas investigações criminais. Apesar de ser uma conclusão lógica, as polícias judiciárias, no compreensível afã de quererem elucidar as infrações penais rapidamente, na prática, nem sempre observam o procedimento formal em meios de prova significativos e em provas definitivas, dando causa, assim, à nulidade de diligências policiais ou ao enfraquecimento no seu valor probatório.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidade no inquérito policial. Irregularidades no inquérito policial. Reconhecimento pessoal. Reconhecimento fotográfico. Prova pericial.

¹ Delegado de Polícia. Chefe da Polícia Civil do Rio Grande do Sul. Mestre em Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor na Academia de Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

THE NEED TO OBSERVE THE PROCEDURAL RITE IN CRIMINAL INVESTIGATION: AN OBVIOUSNESS THAT NEEDS TO BE HIGHLIGHTED

ABSTRACT: *Traditionally, it was sustained that, as the police inquiry was an informative document and in the criminal investigation the constitutional principles of contradictory and general defense did not apply, there would not exist nullities in the pre-procedural phase, but only irregularities, that did not tarnish the criminal process. However, as there are means of proof that are both relevant and definitive in the scope of the police inquiry, such as recognitions and forensics proof, the judicial courts have been recognizing that, according to the case, the are invalidities or diminished efficacy of certain acts performed in the preliminary phase of the criminal process when the judicial police do not respect the formal procedure pre-established in the legislation. As a result, it is imperative that the judicial police always follow the procedural formalities to the realization of this investigation acts or justify, in case this procedure is not possible, the impossibility to do so, so that the acquittals can be avoided in the judicial court as the result of the recognition of the resulting nullities, do, exclusively, to the non-observance of such pre-determined rite in the legal system for the execution of certain investigative diligences and therefore, are innocuous, due to this, many results of criminal investigations. Despite a logical conclusion, the judicial police, as a result of the understandable urge of wanting to solve quickly the criminal offenses, does not always observe the formal procedure in significant and definitive proof, causing, sometimes, the nullity of police investigations or the weakening of their value as proof.*

KEY WORDS: *Nullities in the police inquiry. Irregularities in the police inquiry. Personal recognition. Photographic recognition. Forensics proof.*

INTRODUÇÃO

As polícias judiciárias, na realização das investigações criminais, sabidamente, possuem discricionariedade para a definição da ordem das diligências que serão executadas, bem como para definir o padrão de formalização de muitos desses atos investigativos. De acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, a autoridade policial decidirá, por exemplo, conforme as peculiaridades do caso investigado, se ouvirá primeiro a vítima, uma testemunha ou se interrogará o suspeito, ou se cumprirá algum mandado de busca domiciliar antes dessas oitivas. Da mesma forma, ainda que todo documento possua elementos que são essenciais para a sua validade (como local, data e assinatura do responsável), as polícias também possuem liberdade para a formalização de certas diligências, como a degravação de conversas telefônicas ou ambientais

que foram gravadas.

Nas situações ilustradas, assim como em outros atos de investigação, percebe-se que a legislação processual penal não estabelece (e nem poderia estabelecer) uma ordem para as diligências, especialmente em virtude das especificidades de cada infração penal e do dinamismo das investigações, nem um excessivo rigor para a formalização dessas atividades investigativas, motivo por que as polícias judiciárias agem com poder discricionário para, dentro dos limites legais, a produção e o registro dos atos de investigação.

No entanto, há determinados meios de prova que, pela sua importância, se não for observada a forma para a sua realização, não podem ser refeitos em juízo, conforme vêm decidindo o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). É o caso dos reconhecimentos (pessoal ou por fotografia), em que há previsão, na legislação processual penal, de um rito a ser seguido para a realização do ato. Na mesma esteira, mormente por se tratar de prova definitiva, a jurisprudência também vem anulando outros elementos probatórios que sejam, porventura, usados no lugar das provas periciais, quando os vestígios ainda estavam nos locais de crimes e era possível, assim, a realização do exame direto.

Para a demonstração da importância de as polícias judiciárias seguirem o rito previsto na legislação processual penal, usar-se-á como exemplo a não realização de perícia para demonstração do rompimento ou da destruição de obstáculo para a subtração de objetos de valor, situação que configura uma qualificadora do delito de furto, quando ainda é viável o exame direto. Ainda que haja decisões judiciais no sentido de que outros elementos poderão substituir, em casos de fácil constatação dos vestígios, o laudo pericial, já existem julgados reconhecendo que a ausência da prova pericial, nas hipóteses em que ela for necessária, não pode ser suprimida por outra prova, não servindo a falta de estrutura das polícias e dos órgãos periciais como justificativa para a inobservância do rito processual, conforme se mostrará ao longo do texto.

1 A EXISTÊNCIA DE NULIDADE NA FASE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Para muitos autores, o inquérito policial apenas possui valor informativo, por se tratar de um procedimento de investigação criminal que leva ao titular da ação penal os elementos necessários para descrição, na denúncia ou na queixa, do fato típico.² Dessa forma, parte da doutrina, partindo da premissa equivocada de que o inquérito policial é peça meramente informativa, por somente possuir a finalidade de angariar elementos para que o órgão de acusação possa

² Como exemplo, cf. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 102.

intentar com a ação penal, sustenta que, na fase pré-processual, não existem nulidades, mas somente irregularidades, que não devem macular o processo penal.³

Além disso, por ser o inquérito policial um procedimento inquisitorial, em que não há a incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tem-se sustentado que o procedimento possui um “valor probante relativo”, razão pela qual os elementos colhidos na fase pré-processual, à exceção da prova pericial e das provas citadas no art. 155 do CPP (provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), devem ser renovados em juízo ou confirmados, sob o crivo dos princípios referidos.⁴

Entretanto, não merece prosperar a afirmação de que, por ser o inquérito policial “mera peça informativa”⁵, somente existem irregularidades na fase da investigação criminal. Como se passa a demonstrar, pode haver, sim, nulidade de certas diligências praticadas na fase pré-processual, caso a polícia judiciária não observe o rito estabelecido na legislação.

Conforme observa Avena, não se pode reconhecer a nulidade de toda a investigação criminal, mas dos atos que não observarem as diretrizes legais. De acordo com o autor, como não existe um rito específico para a elaboração da plenitude do inquérito policial, o procedimento “não pode padecer de vícios que o nulifiquem”. No entanto, apesar da manutenção da validade do inquérito policial, alguns atos da investigação é que podem ser nulos, como uma perícia feita por peritos não oficiais que não sejam portadores de diploma de nível superior ou o interrogatório do investigado com a vedação de acompanhamento pelo advogado por ele constituído.⁶

De fato, eventual nulidade no inquérito policial só pode atingir o próprio ato que seja viciado, sendo válidos os demais atos de investigação, ou seja, a nulidade de determinado ato não deve se estender a todo o procedimento policial e, em consequência, ao processo penal. Porém, deve-se ter cuidado, como adiante se demonstrará, com relação à prova ilícita por derivação, já que pode ser conferido aos atos posteriores o efeito da contaminação por extensão.⁷

³ Nessa linha, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 199; FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 181. É importante registrar, porém, que este autor excepciona exames, perícias e avaliações (idem, ibidem).

⁴ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 147.

⁵ Em sentido contrário, em que se demonstra a importância da investigação criminal e o equívoco dessa afirmativa, cf. LOPES, Fábio Motta. *O Inquérito Policial é Mera Peça Informativa?* Boletim do IBCCrim, São Paulo, n. 181, dez. 2007.

⁶ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 150.

⁷ Nesse sentido, LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91.

Em linha similar, Rangel esclarece, ao citar exemplo de um auto de prisão em flagrante lavrado apenas pelo escrivão de polícia, sem a presença da autoridade policial, que há defeito de legalidade na investigação criminal “que acarrete o desfazimento (nulidade) do ato praticado”.⁸ Não obstante, para o autor, apesar de reconhecer que pode haver nulidade de determinados atos na fase policial,⁹ como o inquérito policial é peça meramente informativa, o processo judicial não será contaminado por tal vício.¹⁰

O STJ, em linhas gerais, também vem adotando a tese de que irregularidades no inquérito policial não contaminam o processo penal, conforme se verifica em recente julgado, em que o tribunal analisava a falta de advertência, durante o interrogatório policial, com relação ao direito ao silêncio:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. CRIME FORMAL. EVENTUAIS IRREGULARIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INFORMAÇÃO SOBRE O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Supostas irregularidades ocorridas na fase de inquérito policial não têm o condão de contaminar a ação penal. 2. Eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso [...]¹¹

É importante frisar, porém, que se fala em “irregularidade”, em regra, quando se está diante da prova oral (informações da vítima, declarações de testemunhas ou interrogatório do investigado). Como essas oitivas na fase policial não são realizadas sob o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, há entendimento, como se verá na sequência, de que não são atos de prova, mas indícios (atos de investigação).¹² Assim, como a prova oral,

⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 121.

⁹ A diferença do seu pensamento para alguns autores clássicos do processo penal é que Paulo Rangel admite, como exposto, a existência de nulidade de certos atos na investigação criminal, enquanto aqueles falam somente em “irregularidade”.

¹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 121.

¹¹ STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 703.604/PE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10/05/22, DJe 13/05/22.

¹² Não se desconhece que os indícios aparecem no Código de Processo Penal, especificamente no art. 239, como prova (Título VII – Da prova) e que podem ser usados como um dos elementos para a condenação, desde que não sejam usados “exclusivamente” como fundamento para essa decisão, conforme estabelece o art. 155.

necessariamente, deverá ser renovada em juízo, em que incidirão os princípios referidos, eventual irregularidade na realização de oitivas na etapa da investigação criminal, de fato, não atinge a ação penal.

Analisando esse aspecto inerente às oitivas na fase policial, em que cita como exemplos os depoimentos das testemunhas e a confissão do investigado no interrogatório policial, Nucci ensina que esses elementos não devem ser tratados como provas diretas, mas como indícios, já que o magistrado não deve considerar “toda e qualquer prova que possa ser renovada em juízo sob o crivo do contraditório”.¹³

Seguindo a mesma diretriz, explica Lopes Jr. que as testemunhas ouvidas na fase policial, para que a prova possa ser valorada na sentença, devem ser reinquiridas na audiência de instrução e julgamento, etapa em que incide o princípio do contraditório, sob a presidência do juiz da instrução e submetidas “ao exame cruzado das partes”.¹⁴

Contudo, como se mostrará adiante, algumas decisões do STJ vêm admitindo, no âmbito das investigações criminais, as nulidades de provas definitivas e, mais recentemente, de reconhecimentos (pessoais ou fotográficos) realizados sem a observância às formalidades legais.¹⁵ Trata-se de uma evidência de que, diferentemente do que sustenta Lopes Jr.,¹⁶ há, sim, provas que são obtidas no âmbito da investigação criminal. Não se está fazendo alusão às oitivas na fase policial, que deverão ser renovadas na fase judicial para que sejam valoradas pelo magistrado, mas àqueles atos que não são repetíveis em juízo, como as provas periciais, as apreensões, os resultados de interceptações telefônicas, de escutas ambientais e de extrações de dados de aparelhos celulares etc., bem como meios de provas que, pela sua importância, se forem realizados durante o inquérito policial sem respeito às diretrizes estabelecidas no CPP, não poderão ser reproduzidos em juízo ou, se forem, terão o valor probatório reduzido, como é o caso dos reconhecimentos.

Ademais, destaque-se que, doutrinariamente, as provas que infringem

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 186.

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 76.

¹⁵ No HC 598.886/SC, julgado em 27/10/20, que será analisado adiante, a 6ª Turma do STJ reconhece a “nulidade da prova” obtida na fase pré-processual.

¹⁶ Para o autor, os “atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual servem para justificar o recebimento ou não da acusação”, razão pela qual devem ser considerados como “atos de investigação” e não podem ser valorados na sentença, que deverá levar em consideração, exclusivamente, os atos praticados no curso do processo penal, que são denominados de “atos de prova” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 74). Em sentido contrário, sustentando que há, sim, instrução probatória na fase da investigação criminal, cf. PEREIRA, Eliomar da Silva. *A Investigação Probatória no Processo Penal Contemporâneo*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 201-217.

normas de direito processual são classificadas como *ilegítimas*, em que a violação acontece durante a sua produção e a sanção para o descumprimento do procedimento adequado será, especificamente, processual.¹⁷ Assim, trata-se de uma prova que, por ter violado norma processual penal no momento de sua produção, deve ser considerada nula e, em razão disso, por se tratar de um ato ineficaz, a consequência jurídica é de que não poderá ser admitida no processo.¹⁸ Como regra, declarada a nulidade, admite-se a possibilidade de repetição, o que não é possível na hipótese de provas ilícitas, que são aquelas que violam normas de direito material e que atingem todas aquelas que são derivadas delas (teoria dos frutos da árvore envenenada). Feitas essas considerações, verificar-se-á adiante se o STF e o STJ admitem ou não, nos casos de inobservância do procedimento processual para os reconhecimentos ou de ausência de prova pericial, a renovação do ato na fase judicial.

Saliente-se, ademais, como tem decidido o STF já faz algum tempo, mesmo nos casos de nulidade absoluta, existe a necessidade de se demonstrar o prejuízo causado para alguma das partes (art. 563 do CPP), não podendo haver presunção nesse sentido (princípio *pas de nullité sans grief*).¹⁹

Analisadas essas questões referentes à existência de nulidade na etapa preliminar ao processo penal, passa-se, na sequência, à abordagem da prova pericial e da consequência no âmbito do processo penal quando ocorrer a inobservância do rito estabelecido para a sua produção.

2 A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA EM INFRAÇÃO PENAL QUE DEIXA VESTÍGIO

A prova pericial se caracteriza por ser um exame feito para atestar a existência de uma circunstância que exige um conhecimento científico, normalmente realizado nos vestígios da infração penal e durante a fase da investigação criminal. Trata-se, pois, de uma análise executada por um profissional que detém um saber de técnico, em que o *expert* emitirá um juízo de valor a respeito do material que observou ou dos elementos deixados na cena do crime.

O art. 158 do Código de Processo Penal estabelece que, sempre que a in-

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: 2009, Revista dos Tribunais, p. 31; MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 367-8; ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50-1 e p. 63.

¹⁸ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12-3 e p. 15.

¹⁹ STF, HC 210.982 AgR/TO, rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/04/22, DJe 03/05/22; STF, HC 106.397/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/02/11; STF, HC 103.510/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. 30/11/10; STF, HC 100.867/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14/12/10.

fração penal deixar vestígios,²⁰ se faz necessária a realização do exame de corpo de delito (direto ou indireto) e que nem a confissão do acusado pode supri-lo. Dessa forma, no caso dos crimes materiais – que são aqueles delitos em que a consumação acontece com a produção de um resultado natural e, assim, deixam vestígios –, deve a polícia judiciária, no curso do inquérito policial, realizar prova pericial para demonstrar os sinais da infração penal. Esse procedimento é importante para que especialistas materializem durante a investigação criminal os vestígios que, com o passar do tempo, irão desaparecer.

Em razão da urgência na sua realização, a perícia é uma prova que, na maior parte dos casos, deve ser feita no curso do inquérito policial e se tornará definitiva, já que não existe a possibilidade de ser repetida em juízo, uma vez que os vestígios desaparecem rapidamente porque, como leciona Badaró, “são facilmente perecíveis ou podem ser suprimidos ou adulterados pela atividade do homem”.²¹

No caso específico do furto praticado com destruição ou rompimento de obstáculos, ponto de corte que se usou neste artigo para a ilustração do que se pretende demonstrar, o art. 171 do Código de Processo Penal é expresso em exigir, para a comprovação dessa qualificadora no delito referido, prova pericial, devendo o perito, além da descrição dos vestígios, indicar “com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado”.

Na prática, porém, em razão da falta de estrutura em muitas localidades, como a ausência de peritos oficiais e a dificuldade em se ter um cadastro de pessoas portadoras de diploma de nível superior que se disponham a atuar como peritos nomeados, bem como da necessidade em se dar celeridade às investigações, em boa parte dos casos, a polícia judiciária acaba substituindo a prova pericial por outros tipos de levantamentos (fotos ou gravações, relatórios da equipe de investigação) e com oitivas (vítima, testemunhas), em vez de realizar a perícia no local da infração, mesmo nas hipóteses em que os vestígios ainda permaneçam no cenário do crime quando a situação chegou ao seu conhecimento. E esse procedimento também ocorre nos furtos com destruição ou rompimento de obstáculos, em que muitos órgãos policiais não realizam a prova pericial para a comprovação da qualificadora, substituindo-a por fotos, filmagens, declarações de testemunhas, confissão ou documentos, como nota fiscal de compra de algum material e recibos que demonstram o pagamento de profissionais que consertaram os obstáculos rompidos.

A consequência da inobservância dessa regra processual, no entanto, quando ainda era possível a realização do exame direto, conforme vem decidindo o STJ, é a desclassificação do furto qualificado, que tem uma pena de reclusão de 2 a 8 anos, para furto simples, que possui uma pena de reclusão de 1 a 4 anos.

²⁰ Hoje, de acordo com a redação do § 3º do art. 158-A, “vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 230.

Cita-se como exemplo a decisão no Agravo Regimental no HC 664.314/SC, em que o STJ julgou da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPRESCINDIBILIDADE DO EXAME PERICIAL. NÃO INDICAÇÃO DOS MOTIVOS DA DISPENSA DO EXAME. ILEGALIDADE CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO. FURTO SIMPLES. DECISÃO REFORMADA DECISÃO REFORMADA.

1. Para a incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, é imprescindível que o rompimento de obstáculo seja comprovado por exame pericial. 2. Somente é possível a substituição do exame pericial por outros meios probatórios quando o delito não deixar vestígios, quando esses tiverem desaparecido ou quando as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. 3. Não indicados os motivos pelos quais foi dispensado ou impossibilitado o exame pericial, fica configurada ilegalidade passível de justificar o afastamento da qualificadora e, conseqüentemente, a desclassificação do delito para furto simples. 4. Agravo regimental provido.²²

Cabe registrar, porém, em respeito à transparência que deve nortear qualquer pesquisa, que há decisões do STF e do próprio STJ reconhecendo como dispensável o exame pericial para a comprovação da destruição ou do rompimento de obstáculo à subtração da coisa quando outros meios de prova forem suficientes para a demonstração da qualificadora – como a confissão, declarações de testemunhas e imagens – e quando a ruptura for de fácil percepção, inclusive nas hipóteses em que os vestígios não tinham desaparecido quando a infração penal chegou ao conhecimento da polícia.²³

Destaque-se que se está analisando a necessidade de perícia somente naquelas hipóteses em que os vestígios ainda estão presentes no local da infração penal quando o fato chega ao conhecimento da polícia judiciária. Por outro lado,

²² STJ, AgRg no HC 664.314/SC, 5ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10/05/22, DJe 13/05/22. No mesmo sentido, em outros julgados: STJ, AgRg no HC 708.341/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 29/03/22, DJe 01/04/22; STJ, AgRg no REsp 1.577.337/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/03/16, DJe 16/03/16; STJ, HC 131.763, rel. Min. Félix Fischer, j. 23/06/09, DJe 14/09/09.

²³ STF, AgRg no Recurso Ordinário em HC 208.086/SC, rel. Min. Rosa Weber, j. 25/02/22, DJe 08/03/22; STF, RHC 196.816/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/02/21, DJe 23/02/21. Na mesma linha, no STJ: AgRg no REsp 1.885.086/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 15/09/20, DJe 22/09/20.

nos casos em que os vestígios desapareceram antes de o delito chegar ao conhecimento da polícia judiciária, outros elementos de prova, como exames indiretos, provas testemunhais, relatos das vítimas ou imagens, poderão demonstrar a destruição ou o rompimento de obstáculo à subtração das coisas, já que se torna impossível a realização da perícia. É o que acontece, por exemplo, nas situações em que a vítima, por questões de segurança, repara a porta da residência que foi arrombada antes de comunicar o furto para a polícia.²⁴

No entanto, seguindo-se a diretriz do STJ e para que se evite a desclassificação, em que o autor da infração penal não será, pela inobservância da forma na investigação criminal, responsabilizado pelo crime que, de fato, cometeu, mas por outro de menor gravidade, é que se faz imperioso que as polícias judiciárias tenham a consciência de que é fundamental o respeito ao rito estabelecido na legislação processual penal para a realização de determinadas diligências policiais (aqui, especificamente, a realização de prova pericial).

Apesar de serem trazidas ao texto decisões do STJ que se referem ao afastamento de qualificadora no crime de furto com rompimento de obstáculo (situação usada, repita-se, como ponte de corte para ilustrar a necessidade de observância das regras processuais), a mesma diretriz, em tese, seria aplicável nos casos em que não seja realizado o exame pericial nas circunstâncias em que há a possibilidade para a sua produção, para a demonstração da materialidade da infração penal. Nesta hipótese, a consequência natural seria o reconhecimento da falta de comprovação da existência do delito ou da contravenção penal. Contudo, refira-se que o STJ, ao menos por enquanto, vem decidindo no sentido de que a demonstração da materialidade, quando não for feita a perícia, inclusive nas infrações penais que deixam vestígios, pode ser realizada por outros elementos probatórios.²⁵

Essa conclusão é um efeito da natureza jurídica da prova pericial, já que ela assume, por ser, como regra, irrepetível, a característica de ser um ato instrutório,²⁶ mesmo que produzida durante a investigação criminal, em que o contraditório será observado em juízo somente após a produção da prova (contraditório diferido ou postergado).

À luz do exposto e voltando-se à análise feita no tópico anterior, verifica-se que os tribunais estão reconhecendo a nulidade de certos atos realizados durante a investigação criminal, como é o caso das perícias. Ainda que a doutrina sustente que, em linhas gerais, nos casos de nulidades em decorrência da inobservância de regras processuais, a prova pode ser refeita em juízo, na hipótese da prova pericial, especialmente em decorrência do desaparecimento dos

²⁴ STF, HC 167.759/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14/02/19, DJe 19/02/19.

²⁵ Cf., entre outros julgados, STJ, AgRg no RHC 141.911/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/10/21, DJe 03/11/21.

²⁶ Nessa esteira, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 232.

vestígios com o passar do tempo, esse procedimento, na prática, será inviável. Em razão do exposto, faz-se necessário que as polícias judiciárias observem o rito estabelecido no Código de Processo Penal nos casos dos delitos que deixam vestígios, para que não haja desclassificação do crime que efetivamente foi praticado para outro de menor gravidade e para que não seja em vão o resultado decorrente de horas de investigações.

3 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES PARA A REALIZAÇÃO DOS RECONHECIMENTOS

O reconhecimento é um meio de prova em que uma pessoa (vítima ou testemunha, por exemplo) identifica outro indivíduo (reconhecimento de pessoas), normalmente suspeito de ser o responsável por uma infração penal,²⁷ ou a qualidade de um objeto (reconhecimento de coisas).

Em conformidade com o que ensina Tornaghi, o reconhecimento é o meio através do qual o reconhecedor “verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu (ouviu, palpou – que já lhe caiu sob os sentidos), que conhece”.²⁸

Segundo o art. 226 do Código de Processo Penal, que determina o procedimento para a realização do ato de reconhecimento, o reconhecedor deve descrever, previamente, as características de quem será identificado (inciso I). Após, quem deverá ser reconhecido é colocado, sempre que possível, ao lado de outras pessoas com as mesmas características (inciso II), sem especificar a legislação o número mínimo de indivíduos.²⁹ Ao final, na presença de duas testemunhas (inciso IV), o reconhecedor será convidado a apontar, se for o caso, quem identifica (inciso I), lavrando-se “auto pormenorizado” de todo o procedimento realizado (inciso IV).

É importante destacar que esse procedimento somente deverá ser realizado se a vítima ou a testemunha não conhecia, antes da infração penal, o autor do crime. Como já foi referido, o reconhecimento é um meio de prova destinado,

²⁷ Fala-se em “normalmente suspeito” porque nada impede que se realize, embora não seja algo habitual, o reconhecimento para a identificação de vítima ou de testemunhas, para que se confirme, por exemplo, se estavam na cena do crime. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 257; NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 397.

²⁸ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, p. 437.

²⁹ Apesar do silêncio do Código de Processo Penal nesse sentido, recomenda-se que seja colocado ao lado do suspeito, sempre que possível, o maior número de pessoas semelhantes. Lopes Jr., por exemplo, sustenta que o ideal seria colocar-se ao lado do suspeito, pelo menos, outras quatro pessoas que com ele guardem semelhança (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 216).

basicamente, a identificar a autoria do delito. Por outro lado, se a vítima ou as testemunhas já conheciam o autor da infração penal, não faz nenhum sentido que se realize o procedimento previsto para o reconhecimento, uma vez que a indicação da pessoa a ser “identificada” sempre ocorrerá. Afinal, como explica Badaró, o reconhecimento pessoal “visa ao descobrimento da identidade física da pessoa”,³⁰ razão por que não se faz necessária a execução do procedimento quando o reconhecedor já conhece a pessoa suspeita de ser autora da infração penal. Nessa hipótese, portanto, não há a obrigatoriedade de a polícia judiciária adotar o rito estabelecido no art. 226 do Código de Processo Penal, especialmente porque inexistente o risco de o reconhecedor, por inobservância do rito previsto na lei, apontar a pessoa errada.³¹

Outro problema que ocorre frequentemente, quando há prisão em flagrante, são as confirmações de identidades feitas, pelas polícias militares, nas ruas, em que o suspeito de ser o autor da infração penal é colocado sozinho diante da vítima (que está, em boa parte dos casos, no interior de uma viatura), sem que outras pessoas parecidas sejam postadas ao lado dele. Trata-se, pois, de uma praxe das polícias militares, em que também não se observa o rito imposto pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Nessa conjectura, se a vítima (ou uma testemunha) já identificou, diretamente, o autor da infração penal, pode a polícia judiciária deixar de proceder ao reconhecimento pessoal nos moldes previstos na legislação processual penal, justificando as razões para a sua não realização, já que o resultado de um posterior reconhecimento formal, feito poucos minutos após a diligência descrita, será sempre a identificação do suspeito. Entretanto, cabe consignar que a identificação feita sem outras pessoas parecidas ao lado do suspeito não pode ter o mesmo valor probatório e, assim, de convencimento em comparação com aquela que foi realizada com observância do rito legal.

O procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal também deve ser utilizado para o reconhecimento por fotografias. Apesar de ser admitido e de ser considerado como prova inominada, é importante registrar que se trata de um meio de prova temerário em virtude da sua falibilidade, razão por que, sempre que possível, é recomendável que seja confirmado pelo reconhecimento pessoal.³²

Assim, não pode a polícia judiciária, com o intuito de identificar o autor de uma infração penal, mostrar para a vítima ou para uma testemunha, pessoalmente, por e-mail ou por envio por aplicativo de mensagens (WhatsApp,

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 257.

³¹ Nessa linha, STJ, REsp 1.969.032/RS, rel. Min. Olindo Mendes (Des. convocado do TRF da 1ª Região), j. 17/05/22, DJe 20/05/22.

³² Nessa linha, NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 548.

por exemplo), somente a foto de um suspeito. Deve a autoridade policial, isso sim, seguir o mesmo procedimento previsto no Código de Processo Penal para o reconhecimento pessoal, ou seja, após o reconhecedor descrever, previamente, as características do autor da infração penal, devem ser mostradas a ele, além da foto do suspeito, fotografias de outros indivíduos com características semelhantes. Da mesma forma, à luz do que estabelece o art. 228 do CPP, deve ser evitado o procedimento de se enviar ao reconhecedor, por aplicativos ou por e-mail, as imagens do suspeito. Por mais que esse procedimento traga celeridade e dinamismo para a investigação criminal, não há como a autoridade policial, se não estiver presencialmente com o reconhecedor, garantir que ele não se comunique com outras pessoas ou que não tenha sido induzido por terceiros a identificar alguém.

Analisando situação em que a polícia, uma hora depois de um roubo, enviou para as vítimas, por WhatsApp, “uma única imagem de uma pessoa” que era suspeita de ser autora do delito, em que afirmaram, prontamente, ser ele o responsável pela infração penal, o STF, em 28/09/21, concedeu medida cautelar no RHC 206.846/SP e determinou a soltura do acusado, em virtude da inobservância do rito para a realização do reconhecimento e pela inexistência de outra prova que confirmasse a autoria. Saliente-se, por oportuno, que o mérito desse recurso em *habeas corpus*, como se verá adiante, foi julgado 22/02/22, ocasião em que o Supremo deu provimento a ele, absolvendo o recorrente.³³

Outra observação importante de se fazer é a respeito da necessidade de as polícias justificarem as hipóteses em que não seja possível a observância do rito estabelecido na legislação processual penal. Em algumas situações pontuais nem sempre será possível a localização de um número mínimo de pessoas que sejam parecidas com o suspeito. Pense-se, por exemplo, no caso de uma prisão em flagrante ocorrida, durante a madrugada, em um pequeno município, em que a polícia judiciária, para ter a certeza da autoria, precisa submeter o conduzido a um reconhecimento pessoal. Nessa circunstância, certamente, não serão localizados indivíduos semelhantes ao suspeito, nem se pode postergar a realização do ato, que é necessário para a tomada de decisão por parte da autoridade policial (manutenção da prisão em flagrante ou soltura do conduzido). Outro exemplo são as hipóteses em que o indivíduo, depois de ter sido identificado por fotografia, não foi localizado pela polícia para o reconhecimento pessoal, por estar foragido, ou não comparecer ao órgão policial, depois de devidamente intimado, para a realização do ato. Destarte, quando não for possível seguir, rigorosamente, o procedimento previsto para o reconhecimento ou a sua realização pessoal, deve a autoridade policial deixar claras no procedimento policial as razões pelas quais deixou de observá-lo.

Feitas essas observações, resta analisar agora como os tribunais estão jul-

³³ STF, RHC 206.846/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/02/22, DJe 25/05/22.

gando as situações em que as polícias judiciárias não seguem as diretrizes do Código de Processo Penal para os reconhecimentos, quando eles forem necessários. É o que se passa a ver.

Recentemente, a 6ª Turma do STJ, no julgamento do HC 598.886/SC,³⁴ decidiu que o reconhecimento, seja pessoal ou fotográfico, somente será válido quando respeitar as formalidades estabelecidas no art. 226 do CPP e desde que não seja o único elemento probatório que aponte a autoria, devendo ser, assim, corroborado em juízo por outras provas independentes, colhidas sob o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Para a turma referida, caso haja a inobservância do procedimento, o ato será inválido, não podendo servir de base para uma condenação, mesmo que seja confirmado em juízo, já que o ato inicial viciado atinge a lisura dos atos subsequentes. Igualmente, a turma vem entendendo que o reconhecimento fotográfico deve ser visto como um ato preliminar ao reconhecimento pessoal, ou seja, a identificação por imagens deve ser confirmada por reconhecimento pessoal. Na esteira da 6ª Turma do STJ, em síntese, não se está diante “de mera diminuição da força probante do ato, mas sim de verdadeira nulidade”.³⁵

Na mesma linha, há decisões atuais da 5ª Turma do STJ, como se percebe no julgamento do HC 652.284/SC, em que foram considerados inválidos os reconhecimentos fotográfico e pessoal feitos na fase policial sem a observância da regra contida no art. 226 do CPP. Dessa forma, em razão desse aspecto e da ausência de outras provas independentes, o indivíduo acusado da prática de um roubo acabou sendo absolvido.³⁶ Saliente-se, por oportuno, que a 5ª Turma do STJ, em alguns julgados, embora faça alusão à invalidade da prova, vem reconhecendo, na realidade, a falta de eficácia do ato para um juízo condenatório (campo da valoração da prova), mas não a sua nulidade (campo da validade). Cita-se, como exemplo, o julgamento proferido no AgRg no HC 722.795/RS, em que se entendeu que a inobservância das disposições legais para o reconhecimento “compromete a confiabilidade do ato”.³⁷ Ainda, no julgamento do AgRg no AREsp 2.019.212/SP, num caso em que o reconhecimento pessoal na etapa policial não observou o rito previsto no art. 226 do CPP, mas foi ratificado pelas vítimas na instrução processual e havia outras provas que confirmavam a autoria, a mesma turma entendeu que era válido o procedimento, inexistindo motivo para se falar em nulidade.³⁸

No STF, por outro lado, já houve decisão mais antiga na esteira de que a

³⁴ STJ, HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 27/10/20, DJe 18/12/20. No mesmo sentido, STJ, HC 712.781/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/03/22, DJe 22/03/22.

³⁵ STJ, REsp 1.977.550/MG, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26/04/22, DJe 03/05/22.

³⁶ STJ, HC 652.284/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27/04/21, DJe 03/05/21.

³⁷ AgRg no HC 722.795/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17/02/22, DJe 20/05/22.

³⁸ STJ, AgRg no AREsp 2.019.212/SP, rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. convocado do TJDFT), j. 19/04/22, DJe 26/04/22.

realização do reconhecimento pessoal sem observância ao rito previsto no art. 226 do CPP “elide sua força probante” para um juízo condenatório.³⁹ Mais recentemente, a 1ª Turma do STF⁴⁰ decidiu que a inobservância das formalidades estabelecidas no artigo referido não leva à invalidade da prova, mas à diminuição significativa da “relevância probatória do reconhecimento”, mesma diretriz que está sendo adotada, como visto acima, pela 5ª Turma do STJ.

No âmbito da 2ª Turma do STF, no RHC 206.846/SP, conforme registrado anteriormente, houve decisão recente no sentido de que os reconhecimentos (pessoal e fotográfico) devem observar o art. 226 do CPP, “cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa”. Para a turma em análise, a inobservância do rito torna inválido o reconhecimento, mesmo que haja posterior confirmação em juízo, já que a falha viola a tipicidade formal, potencializa a ocorrência de erro e caracteriza, assim, uma nulidade. Dessa forma, nessas circunstâncias, só poderá ocorrer condenação se existirem outros elementos probatórios independentes que apontem a autoria da infração penal.⁴¹

Em suma, a inobservância do rito previsto no art. 226 do CPP tem levado o STF e o STJ, conforme a turma que está analisando a questão, a considerarem os reconhecimentos feitos na polícia judiciária inválidos (campo das nulidades) ou como ato com reduzido valor probatório (campo da valoração das provas), razão pela qual devem ser respeitadas as formalidades determinadas pelo dispositivo em comento.

Ainda, destaque-se que, diante do entendimento de que o reconhecimento fotográfico deve ser considerado como ato preliminar ao reconhecimento pessoal, em muitos casos se fará necessária a decretação da prisão temporária,⁴² principalmente porque muitos suspeitos já possuem antecedentes policiais e criminais. Dessa maneira, se forem intimados para que compareçam espontaneamente aos órgãos policiais para submissão a reconhecimentos pessoais, eles não irão e, certamente, adotarão medidas para que a polícia judiciária tenha dificuldade para localizá-los, conforme se percebe na prática policial. Contudo, caso o Judiciário não decrete a prisão temporária e a polícia judiciária não consiga fazer com o que o suspeito compareça ao órgão policial para o reconhecimento pessoal, deve a autoridade policial mencionar no inquérito policial os motivos que não permitiram a realização do ato.

³⁹ STF, 1ª Turma, HC 70.936, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08/11/94, DJ 06/09/96.

⁴⁰ STF, HC 157.007, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11/05/20, DJe 22/09/20.

⁴¹ STF, RHC 206.846/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/02/22, DJe 25/05/22. Em sentido contrário, em julgamento realizado no final da década de 90, a mesma turma, na ocasião, entendeu que a inobservância do rito não “deveria ensejar a anulação da prova assim obtida”.

⁴² Aqui, logicamente, não se está fazendo alusão aos delitos que não admitem a segregação temporária, mas àqueles em que a prisão é admitida pelo art. 1º, inciso III, da Lei 7.960/89.

Por fim, em virtude da necessidade de realização do reconhecimento pessoal, seja como um ato autônomo, seja como ato posterior a um reconhecimento fotográfico, deve-se destacar que o investigado não possui o direito de não se submeter a tal procedimento. No reconhecimento pessoal, a participação do investigado é passiva, ou seja, quem irá produzir a prova não será ele (contra si mesmo), mas as vítimas e as testemunhas. Como leciona Nogueira, o investigado é obrigado a participar do reconhecimento por ser a sua participação meramente passiva, por não ser o ato invasivo (agressivo) e por se tratar de um ato neutro (pode ou não o suspeito ser identificado), sob pena de desobediência ou, se obstar a prática mediante violência ou grave ameaça, resistência.⁴³

Levando em consideração o critério do sujeito que faz ingressar na investigação ou no processo uma informação, Binder esclarece que, no reconhecimento pessoal, “la información no es ingresada por el propio imputado, sino por un testigo que, viendo al imputado, lo reconoce”, motivo por que sustenta que não existe o direito “a no declarar contra sí mismo”.⁴⁴

Aliás, refira-se que o STF, em recente decisão proferida nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, analisando o art. 260 do CPP, entendeu que não houve recepção pela Constituição Federal apenas da expressão “para o interrogatório”, em razão do direito à não autoincriminação.⁴⁵ Com isso, resta evidente que a Suprema Corte somente entendeu que o acusado não está mais obrigado a comparecer ao ato de interrogatório, não podendo, assim, o magistrado mandar conduzi-lo à sua presença. Por outro lado, ao entender que o restante do artigo em análise é constitucional, o STF reafirmou que os acusados são obrigados ao comparecimento para os demais atos, como é o caso do reconhecimento, expressamente previsto no art. 260. Pensar o contrário seria assegurar a impunidade para estupradores e autores de roubos, haja vista que a prova fundamental para a demonstração da autoria, em uma parcela considerável desses crimes, é obtida pelo reconhecimento pessoal e não haveria, em regra, outro meio de prova disponível para substituí-lo.

Em outros países, a propósito do tema, é pacífico o entendimento de que o suspeito da prática de crime é obrigado a comparecer ao órgão policial para fins de reconhecimento pessoal. Na Alemanha, por exemplo, o investigado só não poderá ser compelido a participar ativamente dos atos de investigação, circunstância que não se aplica aos reconhecimentos pessoais.⁴⁶ Nos Estados Unidos, igualmente, o entendimento já está consolidado desde 1967, quando a Suprema

⁴³ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Edipro, 2002, v. 1, p. 317.

⁴⁴ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 183-4.

⁴⁵ STF, ADPFs 395 e 444, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/06/18, DJe 22/05/19.

⁴⁶ DIAS NETO, Theodomiro. “O Direito ao Silêncio: Tratamento nos Direitos Alemão e Norte-americano”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 19, jul.-set. 1997, p. 185.

Corte americana decidiu, no caso *Wade vs. United States*, que o suspeito pode ser compelido a participar de reconhecimento na fase da investigação criminal, desde que seja assistido por advogado.⁴⁷

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto ao longo do texto, verifica-se uma tendência jurisprudencial em afastar a tese de que não existem nulidades no âmbito da investigação criminal ou de que os atos realizados pelas polícias judiciárias são somente atos de investigação, sem qualquer valor probatório para o processo criminal. São decisões judiciais que, por reconhecerem a importância de determinadas diligências policiais, como as provas periciais e os reconhecimentos, reforçam a relevância da fase pré-processual, especialmente pela obtenção de elementos probatórios que, por serem definitivos ou fundamentais para o esclarecimento da infração penal, irão convencer o julgador, desde que haja o contraditório diferido e que não sejam os únicos utilizados para um juízo condenatório. Em síntese, na investigação criminal existem provas que são irrepetíveis em juízo ou diligências policiais que, pela sua importância no âmbito criminal, maculam a credibilidade dos atos judiciais posteriores se forem efetivadas sem respeito às regras processuais.

Em razão disso é que a polícia judiciária, apesar da autonomia e do poder discricionário que possui para a atividade de investigação criminal, deve observar, irrestritamente, as formalidades estabelecidas na legislação para a execução e para o registro desses atos, principalmente por serem essenciais ao processo penal. Apesar de essas decisões que reconhecem nulidades de certos atos produzidos na fase preliminar ao processo ou reduzem o seu valor probatório gerarem certa indignação ou incompreensão no meio policial, elas, na realidade, reforçam que a investigação criminal é uma fase que tem grande significado para o processo penal.

É sabido que muitas investigações criminais complexas levam meses para a descoberta da autoria e para a sua conclusão, dada a necessidade, por exemplo, de quebras de sigilos, busca de imagens, extração de dados de equipamentos eletrônicos, análise de documentos e de vínculos. E é exatamente pensando nesse aspecto que, nas hipóteses analisadas, deve a polícia judiciária realizar e formalizar as diligências investigativas em conformidade com os ritos estabelecidos no Código de Processo Penal, para que o resultado de meses de investigação não seja o reconhecimento de alguma nulidade de ato produzido na fase pré-processual ou a redução do seu valor probatório, com a consequente absolvição do acusado. Ainda que não se concorde com essas consequências,

47 COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 339-40.

segundo se demonstrou ao longo do texto, boa parte dos ministros do STF e do STJ vem decidindo dessa forma, motivo por que, para não serem inócuas as provas obtidas pelas polícias judiciárias, é prudente que elas sigam, no curso dos inquéritos policiais, essas diretrizes.

Cabe destacar, ainda, que a polícia judiciária não deve se limitar ao reconhecimento pessoal como o único mecanismo para a apuração da autoria da infração penal, devendo a autoridade policial, sempre que possível, também buscar outros elementos que reforcem o resultado obtido com tal reconhecimento, como, por exemplo, imagens do local do crime ou das suas imediações, que mostram a presença do investigado no cenário, ou a utilização de ferramentas tecnológicas que evidenciem esse aspecto. Sabe-se que o reconhecimento é um meio de grande valia para a elucidação do delito e que em certas situações a polícia judiciária terá dificuldades, pelo modo de execução do crime, para a obtenção de provas independentes. Nesses casos, porém, a autoridade policial deve consignar no inquérito policial que, apesar de esgotar todas as formas para obtenção de provas independentes, não as encontrou e realizar o reconhecimento, mais do que nunca, de acordo com as regras processuais, evitando-se ao máximo a identificação de alguém que não seja autor da infração penal.

É verdade que, ultimamente, se percebem alguns exageros em determinadas decisões do STJ com relação a aspectos relacionados com a investigação criminal, como a necessidade de se filmar a autorização do responsável pelo imóvel para que a polícia judiciária nele ingresse para a realização de busca, inclusive com a determinação de que os efeitos de um julgamento específico, em sede de habeas corpus, se estendam a outras situações, com recomendação a governadores.⁴⁸ Destaque-se, no entanto, que o STF, em decisão monocrática, reformou esse julgado, por entender que o STJ, em síntese, criou requisito (gravação da autorização) constitucionalmente inexistente e transformou um “*habeas corpus* individual em um *habeas corpus* coletivo”, ao estabelecer efeitos vinculantes para a totalidade dos órgãos de segurança pública.⁴⁹

Todavia, não se percebe o mesmo excesso com relação aos pontos analisados neste artigo (necessidade de prova pericial quando o delito deixar vestígio e de respeito ao rito estabelecido na legislação processual para reconhecimentos), já que a observância ao procedimento é determinada pelo Código de Processo Penal e não traz nenhum prejuízo para a demonstração da infração penal e para a elucidação da autoria.

⁴⁸ Nesse sentido, ver STJ, 6ª Turma, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 02/03/21, DJe 15/03/21, posição que também vem sendo adotada pela 5ª Turma do STJ, conforme se verifica no HC 616.584/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 30/03/21, DJe 06/04/21.

⁴⁹ STF, RE 1.342.077/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 02/12/21, DJe 06/12/21. Registre-se, por oportuno, que STF reconheceu, no RE 1.368.160, pendente de julgamento, a repercussão geral do tema relacionado aos pressupostos para a validade do ingresso em domicílio quando há consentimento do morador.

A conclusão a que se chega – observância às formalidades legais no âmbito da investigação criminal –, apesar de parecer simplória, faz-se necessária, em virtude de um número de processos criminais que não é desprezível, em que se discute se a consequência jurídica quando a polícia judiciária não segue o rito previsto na legislação é a invalidade da prova ou a redução no seu valor. Portanto, o respeito aos procedimentos estabelecidos na legislação processual penal nos casos de infrações penais que deixam vestígios e naqueles que exigem a realização de reconhecimentos pessoal ou fotográfico dará ao inquérito policial uma maior confiabilidade e evitará, ao máximo, a ocorrência de equívocos. Enfim, o óbvio – respeito à forma processual – precisa ser dito, para que alguns vícios no inquérito policial, mesmo que as polícias judiciárias ajam sem má-fé e no afã de rapidamente levarem ao esclarecimento da autoria, não sejam repetidos, levando à absolvição dos acusados e sepultando o resultado obtido após meses de investigação.

5 REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo: RT, 2004.

DIAS NETO, Theodomiro. “O Direito ao Silêncio: Tratamento nos Direitos Alemão e Norte-americano”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 179-204, jul.-set. 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Fábio Motta. *O Inquérito Policial é Mera Peça Informativa?* Boletim do IBCCrim, São Paulo, n. 181, dez. 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Edipro, 2002, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: 2009, Revista dos Tribunais.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *A Investigação Probatória no Processo Penal Contemporâneo*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 201-217.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

O PODER DISCRICIONÁRIO DO DELEGADO DE POLÍCIA NO ATENDIMENTO DE REQUISIÇÕES MINISTERIAIS E A FINALIDADE BIDIRECIONAL DO INQUÉRITO POLICIAL

Fernanda Generali^{1*}

RESUMO: A discricionariedade do Delegado de Polícia na condução do inquérito policial, como autoridade policial presidente da investigação, é tema de grandes discussões doutrinárias. Para trabalhar esta temática se faz necessário analisar as características do inquérito policial, a partir de uma doutrina vanguardista, em especial a finalidade bidirecional do instrumento (tendo função preparatória, mas também preservadora de direitos e garantias fundamentais). Ainda, comporta um estudo do sistema penal acusatório, reconhecendo a independência do Delegado de Polícia, como a primeira autoridade preservadora dos direitos e garantias fundamentais. Pela modalidade de pesquisa de revisão bibliográfica, a título de considerações finais, se defende a ausência de obrigatoriedade no cumprimento das requisições de diligências oriundas do Ministério Público, durante a fase investigativa da persecução penal. A solução apresentada perpassa pela atribuição constitucional da Polícia Civil, tornando obrigatório o cumprimento de diligências requisitadas apenas após a elaboração do relatório final pelo Delegado de Polícia, ou na fase judicial da persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade. Inquérito Policial. Polícia Judiciária. Requisições do Ministério Público. Sistema Acusatório.

THE DISCRETIONARY POWER OF CIVIL POLICE AUTHORITY AND THE BIDIRECTIONAL INVESTIGATION PROCEDURES

ABSTRACT: *The Police Chief's discretion in conducting the police inquiry, as the chief police officer in charge of the investigation, is the subject of major doctrinal discussions. In order to work on this theme, it is necessary to analyze the characteristics of the police investigation, based on an avant-garde doctrine, especially the bidirectional purpose of the instrument (having a preparatory function, but also preserving fundamental rights and guarantees). It also includes a study of the accusatory penal system, recognizing the independence of the Police Chief, as the first authority to preserve fundamental rights and guarantees. The bibliographic*

¹ *Pós-Graduada em Segurança Pública pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS; Delegada de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço de e-mail: fernanda-general@pc.rs.gov.br.

review search modality, as final considerations, defends the absence of mandatory compliance with due diligence requests from the Public Ministry, during the investigative phase of criminal prosecution. The solution presented goes through the constitutional assignment of the Civil Police as an auxiliary to the Judiciary (judicial police), making it mandatory to comply with the requisite diligences only after the preparation of the final report by the Police Chief, or in the judicial phase of criminal prosecution.

KEY WORDS: *Discretion. Police Inquiry. Judiciary Police. Public Prosecutor's Requests. Accusatory System.*

1 INTRODUÇÃO

Uma das discussões mais prementes no que tange à atividade policial, em especial quanto às atribuições do Delegado de Polícia, autoridade a quem cabe a presidência do inquérito policial, por expressa disposição do artigo 4º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941a) e do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 12.830/13 (BRASIL, 2013), diz respeito à conceituação e características desse instrumento investigativo, uma vez que a doutrina clássica costuma menosprezar a sua importância na atividade estatal da persecução penal. Uma doutrina mais vanguardista busca enfatizar a relevância desse instrumento, bem como da atividade preliminar de investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, reforçando atributos inerentes ao processo penal brasileiro, em especial a adoção do sistema acusatório.

A visão moderna do inquérito policial robustece a função do Delegado de Polícia, como primeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais das partes (seja da vítima, seja do investigado), nos termos do voto do e. Ministro Celso Antônio Bandeira de Melo, no julgamento do Habeas Corpus 84548/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015a), e reconhece a discricionariedade da autoridade policial na condução das investigações.

Nesses termos, o inquérito policial é apresentado com natureza jurídica de processo administrativo; com finalidade preparatória e preservadora (assim reconhecendo a sua bidirecionalidade); e como um procedimento apuratório, indispensável e com valor probatório.

No que tange à metodologia a ser empregada, para fins de investigação e elaboração do artigo científico, como técnica de pesquisa, será adotada a documentação indireta (modalidade bibliográfica e pesquisa documental). Já o método científico de abordagem será o dedutivo, partindo da análise da legislação vigente (em nível constitucional e infraconstitucional) para suportar as hipóteses de pesquisa. Nesse panorama, a revisão de literatura se fará a partir de títulos contidos predominantemente em bibliotecas físicas e virtuais.

Diante desse contexto metodológico, este trabalho apresentará, por objetivo, investigar a possibilidade de o Delegado de Polícia negar cumprimento a requisições oriundas do Ministério Público (problema de pesquisa), com fundamento na divisão constitucional de atribuições, na adoção do sistema processual penal acusatório e com base nas características de discricionariedade e bidirecionalidade do inquérito policial (hipóteses de pesquisa).

2 ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

A Segurança Pública vem tratada unicamente no artigo 144 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), dentro do título da defesa do Estado e das instituições democráticas, não obstante a sua importância para o Estado Democrático de Direito, bem como a prolixidade do texto constitucional para outros temas. Tal dispositivo busca estabelecer as atribuições constitucionais dos órgãos que a compõe, que é dever do Estado (aqui não tratado apenas como Estado membro), e um serviço público, podendo ser exigido pelo particular (pois não apenas é uma obrigação, mas também um direito).

O próprio texto constitucional deixa claro que a segurança pública é responsabilidade de todos, inclusive do cidadão, tendo como objetivos: a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, além da apuração das infrações penais. Ou seja, são elencadas tanto atividades de prevenção em relação aos ilícitos penais, como atos de repressão e investigação.

As instituições mencionadas em rol taxativo da Constituição Federal (MORAES, 2004) têm, portanto, função de prevenção e repressão do crime, o que acarreta uma divisão doutrinária (SANNINI e HOFFMANN, 2019a) entre órgãos de polícia administrativa e órgãos de polícia judiciária (não obstante possam exercer outras funções de forma atípica como, por exemplo, a função de polícia administrativa, no controle marítimo, aeroportuário e de fronteiras, exercida pela Polícia Federal, órgão eminentemente de polícia judiciária, nos termos do artigo 144, parágrafo 2º, inciso III, da Constituição Federal – BRASIL, 1988). Nesse sentido, a primeira evita crimes, por meio do policiamento ostensivo e manutenção da ordem pública, se apresentando identificada/uniformizada nas vias públicas.

Já a segunda, realiza a repressão e investigação de infrações penais, com a missão precípua de colher elementos informativos e probatórios acerca da materialidade e da autoria. Essa apuração pode ser realizada por diferentes procedimentos investigativos, sendo o inquérito policial o instrumento principal.

Nesse sentido, não há sobreposição de funções na repartição constituio-

nal de atribuições, evitando, assim, a hipertrofia de poder e o abuso de autoridade (SANNINI e HOFFMANN, 2019a). No âmbito público, as polícias somente podem atuar quando expressamente autorizadas pela legislação, como decorrência do princípio constitucional da legalidade (artigo 37 da Constituição Federal – BRASIL, 1988).

Ou seja, o modelo brasileiro separa as funções de prevenir e reprimir o crime em órgãos diferentes. Assim, apenas um conjunto de instituições (Polícia Federal e Polícia Civil) tem a tarefa da investigação criminal, tendo a exclusividade da atribuição de polícia judiciária, nos termos do artigo 144, parágrafos 1º e 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como do artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941a).

O interesse da investigação criminal é a proteção do cidadão, de só ser investigado por aquele agente público autorizado, e o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 12.830/13 (BRASIL, 2013) estabelece a presidência do inquérito policial, e de outros procedimentos investigativos previstos em lei, à autoridade policial, ou seja, ao Delegado de Polícia.

Reforçando a previsão legal, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 90.099/RS (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009a), de relatoria do Ministro Celso de Mello reconheceu que “a investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito”.

Estabelecida a divisão constitucional de atribuições e a presidência das investigações criminais ao Delegado de Polícia (Federal ou Estadual), cabe analisar as características do principal instrumento de apuração de infrações penais, qual seja, o inquérito policial.

3 O INQUÉRITO POLICIAL E SUA IMPORTÂNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No ano de 1871 é prevista a atribuição do Chefe de Polícia, Delegados e Subdelegados para procederem ao inquérito policial, sendo a primeira menção legal a esse instrumento investigativo, nos termos do artigo 11, parágrafo 2º, do Decreto nº 4.824/1871: “Compete-lhes, porém: [...] Proceder ao inquérito policial e a todas as diligências para o descobrimento dos factos criminosos e suas circunstancias, inclusive o corpo de delicto”. (BRASIL, 1871).

Cumprido referenciar que a doutrina tradicional (já superada por posicionamentos mais vanguardistas e alinhados a uma visão constitucional democrática da persecução penal), conceitua o instituto como “um procedimento admi-

nistrativo, preparatório da ação penal, conduzido pela polícia judiciária, com o propósito de colher provas para apurar a materialidade de uma infração penal e a sua autoria”. (NUCCI, 2008, p.27).

Já Norberto Avena (2018, n.p) entende o inquérito policial como um “conjunto de diligências realizadas sob a presidência de delegado de polícia de carreira, visando, no aspecto de sua função preparatória, angariar elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade de fato caracterizado como infração penal (fato típico)”.

Dessa conceituação podem ser extraídas as principais características do inquérito policial apontadas pela doutrina tradicional (as quais são duramente contestadas): natureza jurídica de procedimento administrativo; com finalidade preparatória/unidirecional; inquisitivo; dispensável (com fundamento no artigo 39, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal – BRASIL, 1941a); e informativo.

Em oposição, a doutrina mais vanguardista (HOFFMANN, 2019) e alinhada a uma fase persecutória constitucional, entende o inquérito policial e demais instrumentos investigativos com: natureza jurídica de processo administrativo; indispensável, como regra geral; apuratório; informativo e probatório; discricionário; com finalidade preparatória e preservadora (bidirecional); e presidido pelo Delegado de Polícia.

Nesse sentido, a conceituação trazida por Vinicios Batista do Valle:

Não há um conceito legal brasileiro de inquérito policial, mas não deixa dúvidas que é um instrumento escrito e oficial do Estado para o cumprimento de suas funções no sistema criminal (investigar, acusar e julgar), cuja finalidade é reunir, ao máximo, elementos informativos e/ou provas para que os atores da persecução penal possam desempenhar seus respectivos papéis e tomada de decisões. (VALLE, 2018, p. 64)

No que tange a sua natureza jurídica, não se pode olvidar que processo é uma sequência de atos concatenados, com indivíduos envolvidos e com a possibilidade de terem os seus direitos fundamentais mitigados (por exemplo, a medida cautelar de interceptação telefônica, que mitiga a intimidade do indivíduo). Nesse sentido, o inquérito policial pode ser encarado como um processo administrativo (*sui generis*):

[...] nada impede o etiquetamento do inquérito policial como processo administrativo *sui generis* [...]. Apesar de não existirem partes, vislumbram-se imputados [...] existem, sim, controvérsias a serem dirimidas por decisões do delegado de polícia que podem resultar na restrição de direitos fundamentais do suspeito [...].(HOFFMANN, 2019, p. 28).

A vantagem de se reconhecer o instituto com natureza jurídica de processo importa na incidência da cláusula constitucional do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal – BRASIL, 1988), estabelecendo o dever de esse se desenvolver com respeito aos direitos e garantias fundamentais como, por exemplo, a motivação das decisões e a possibilidade de defesa técnica, nos termos do artigo. 7º, parágrafo 11º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, 1994).

Tal posicionamento caminha em consonância com a Súmula Vinculante 14 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009b), a qual estabelece que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Já a indispensabilidade do inquérito policial vem sustentada na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941b):

Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de

instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

Na mesma linha, a observação de ordem prática do Delegado de Polícia Vinícios Batista do Valle:

Percebemos que o discurso de que o inquérito policial é “mera” peça informativa, dispensável e sem relevo ao processo penal se traduz em falácia, não condizendo com a realidade forense em que a maioria das ações penais/processos são “dependentes” do inquérito policial, em que seus atores processuais seguem a trilha pavimentada pela investigação policial, já que, conforme Choukr, em âmbito processual a atividade acusatória pouco produz de inovação probatória [...]. (VALLE, 2018, p. 118)

Assim, compatível com o nosso tão caro sistema processual acusatório, indispensável para o exercício da finalidade protetiva e característica intimamente relacionada com o bidirecionalidade das investigações criminais.

Tem-se preferido nominar o inquérito policial como apuratório, e não inquisitivo, para evitar eventual confusão com o sistema processual inquisitivo (não adotado no ordenamento jurídico brasileiro) e aproximá-lo do modelo acusatório. Isso porque a nomenclatura indica que se trata de apuração criminal que compatibiliza a oficiosidade, discricionariedade, o sigilo interno parcial e externo do inquérito policial, imparcialidade (em especial porque não concentradas as funções em uma única autoridade) e dignidade da pessoa humana (HOFFMANN, 2019).

Atualmente, reconhece-se o valor probatório do instituto, porquanto o próprio Código de Processo Penal permite a produção de provas (em especial as perícias, os documentos requisitados ou obtidos por quebra de sigilo, a transcrição das interceptações telefônicas, entre outros) na fase preliminar da persecução penal, quais sejam: as cautelares, as antecipadas e as irrepetíveis (artigo 155 do Código de Processo Penal – BRASIL 1941a).

Ademais, malgrado o posicionamento dos Tribunais Superiores no sentido de que eventuais vícios na fase investigatória configuram mera irregularidade, não tendo o condão de macular a ação penal (RHC 98.731/SC, de relatoria da Min. Cármen Lúcia – BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010 -, e RHC 112.336/SP, de relatoria da Min. Laurita Vaz – BRASIL. Superior Tribunal

de Justiça, 2019), a partir da nova redação do artigo 7º, inciso XXI, da Lei nº 8.906/94 (BRASIL, 1994), promovida pela Lei nº 13.245, de 2016, o patrono tem direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, reforçando o valor probatório do inquérito policial, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – BRASIL, 1988).

3.1 Bidirecionalidade das investigações

Merece tratamento em separado a questão referente à uni/bidirecionalidade do inquérito policial, enquanto instrumento preparatório à ação penal.

A finalidade preparatória atribuí ao inquérito policial a função de reunir elementos informativos para embasar a futura ação penal (a formação da *opini delicti* pelo Ministério Público).

No entanto, essa função preparatória é subsidiária e nem sempre ocorre, porquanto, como já mencionado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941b), o inquérito policial serve para evitar uma ação penal temerária. Nesse sentido, conforme a doutrina de Leonardo Marcondes Machado, as “penas da investigação”, o rótulo estigmatizante do investigado criminal, causam efeitos deletérios e devem ser objeto de preocupação por parte da autoridade investigante (MACHADO, 2019a).

Ademais, a investigação preliminar ganha, nesse prisma, um papel contramajoritário, porquanto não deve estar comprometida com o atendimento das expectativas gerais. A autoridade policial não pode agir pretendendo, apenas, dar respostas à sociedade pelo exercício do sistema criminal (MACHADO, 2019c).

O inquérito policial não serve somente para a acusação, mas também para a defesa, com função preservadora de direitos e garantias fundamentais, sendo bidirecional. Assim ensina Henrique Hoffmann:

A polícia judiciária, por ser órgão imparcial (e não parte acusadora, como o Ministério Público), não tem compromisso com a acusação ou tampouco com a defesa. Além da função preparatória, de amparar eventual denúncia com elementos que constituam justa causa, existe a função preservadora de garantia de direitos fundamentais não somente de vítimas e testemunhas, mas do próprio investigado, evitando-se acu-

sações temerárias ao possibilitar o arquivamento de imputações infundadas. (HOFFMANN, 2019, p. 31).

Essa dupla função/objetivo já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 593.727, de relatoria do Ministro Cezar Peluso:

Nos diversos sistemas de processo penal conhecidos, tem-se por inafastável, em regra, alguma forma preliminar ou prévia de apuração da responsabilidade, com função preservadora e preparatória. [...] Há, ainda, para além da função preservadora da liberdade contra-acusações infundadas, uma segunda relevante função da persecução preliminar e que se pode dizer preparatória ou acautelatória. Com o decurso inexorável do tempo, os vestígios do delito tendem a desaparecer, reclamando, assim, a existência de mecanismo que acautele meios de prova, às vezes inadiáveis ou intransponíveis, levando-os ao conhecimento do juiz e, depois, ao bojo de eventual ação penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015b)

Assim, a partir de uma visão moderna do inquérito policial, baseada em um sistema processual acusatório, forçoso reconhecer que a polícia judiciária não está a mero serviço do Ministério Público ou do querelante, uma vez que se qualifica como órgão desvinculado da acusação e da defesa, possuindo o compromisso apenas com a apuração da verdade (SANNINI e HOFFMANN, 2019b), havendo autonomia na investigação.

3.2 Discricionariedade da autoridade policial

Essa autonomia na investigação está intimamente relacionada com a característica da discricionariedade do Delegado de Polícia na condução do inquérito policial, ora tratada como uma liberdade de atuação, no sentido de que a autoridade policial possa escolher o caminho mais conveniente no caso concreto, respeitados os limites traçados pela legislação (LIMA, 2016), não havendo que se falar em arbitrariedades.

Conforme já explorado nas atribuições constitucionais e legais da polícia judiciária, a presidência do inquérito é feita pela autoridade policial, quem seja, o Delegado de Polícia.

Quanto à independência funcional (que seria aquela atuação livre de

pressões políticas e controle ideológico, de forma isenta e imparcial), o artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.830/13 previa: “O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade” (BRASIL, 2013). Todavia, referido dispositivo restou vetado:

Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal. (DA SILVA, 2013)

Nesse sentido, surgiram vozes na doutrina (DA SILVA, 2013) no sentido de que o referido dispositivo legal “tornaria a requisição do Ministério Público um mero requerimento, sem força obrigatória, o que contrariaria a própria Carta Magna, por isso, conforme razões do veto, faria com que surgisse um conflito de atribuições investigativas”.

Todavia, não se pode negar a existência do livre convencimento técnico-jurídico do Delegado de Polícia, que decorre da discricionariedade na condução das investigações. Um exemplo é o indiciamento, nos termos do artigo 2º, parágrafo 6º, da Lei nº 12.830/13 (BRASIL, 2013), o qual não poderá ser requisitado pelo Ministério Público ou autoridade judiciária, nos termos do HC 115.015 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013) e do RHC 47.984 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014).

Ainda, reconhecido o Delegado de Polícia como integrante de carreira jurídica, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.441 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2006) e por doutrina abalizada na área (AVENA, 2018).

O próprio Código de Processo Penal elenca, em seus artigos 6º, 7º, 13-A e 13-B (BRASIL, 1941a), por exemplo, uma série de diligências que poderão ser determinadas pela autoridade policial, com vistas à apuração da materialidade e autoria da infração penal, a depender das características do caso concreto. Ademais, o artigo 14 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1941a) deixa clara a discricionariedade do Delegado de Polícia ao estabelecer que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

Por fim, não se olvida que a atuação da autoridade policial vem pautada pela isenção e imparcialidade, corolários dos princípios administrativos da

impessoalidade e moralidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal (LIMA, 2014), bem como do sistema processual acusatório adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

4 NEGATIVA DE CUMPRIMENTO ÀS REQUISIÇÕES DE DILIGÊNCIAS ORIUNDAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Por primeiro, cumpre limitar a abordagem do presente artigo científico à análise do poder requisitório do Ministério Público referente a diligências no curso da fase preliminar da persecução penal, não se adentrando na questão relativa a requisições de instauração de inquérito policial.

O interesse da investigação criminal é a proteção do cidadão, de só ser investigado ou acusado por aquele agente público autorizado. Assim, o modelo constitucional brasileiro atribui essa tarefa à polícia judiciária (nos termos do artigo 144 da Constituição Federal – BRASIL, 1988). Já a titularidade da ação penal pública foi constitucionalmente delegada a órgão estatal diverso, qual seja, o Ministério Público, buscando atender a um comando de separação de funções, como corolário da adoção de um sistema processual acusatório (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal – BRASIL, 1988).

Nesse sentido, nos termos dos ensinamentos de Leonardo Marcondes Machado, “É necessário [...] romper com essa permanência autoritária e levar a sério a supremacia da Constituição.” (MARCONDES, 2019b, p. 256). Ou seja, a Magna Carta deve ser o parâmetro hermenêutico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro e o texto constitucional é claro no tocante às atribuições dos referidos órgãos estatais. Na mesma linha de pensamento, Francisco Sannini e Henrique Hoffman:

Ora, assim como o Ministério Público é o titular da ação penal, o delegado de polícia é o titular do inquérito policial devendo conduzi-lo com discricionariedade na busca da verdade possível acerca dos fatos apurados, exarando decisões de acordo com o seu convencimento jurídico e nos termos da sua *opinio delicti*. (SANNINI e HOFFMANN, 2019b, p. 44).

Todavia, a própria Constituição Federal (artigo 129, inciso VIII – BRASIL, 1988), partindo da ideia de titularidade da ação penal pública pelo *parquet*, autoriza que o Ministério Público faça requisições de diligências a serem cumpridas pela autoridade policial durante o curso das investigações. Tal previsão vem reforçada pelo artigo 13, inciso II, do Código de Processo Penal e pelo artigo 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 75/93:

Artigo 129 da Constituição Federal. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (BRASIL, 1988)

Artigo 13 do Código de Processo Penal. Incumbirá ainda à autoridade policial: [...] II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; (BRASIL, 1941a)

Artigo 7º da Lei Complementar nº 75/93. Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: [...] II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; (BRASIL, 1973)

Essas requisições, para a doutrina clássica, seriam vinculantes à autoridade policial (PACELLI, 2017). Ou seja, haveria a obrigatoriedade no seu cumprimento, não com base em uma relação de hierarquia entre o membro do Ministério Público e o Delegado de Polícia, mas com fundamento na natureza jurídica do pedido. Todavia, tal obrigatoriedade não se sustenta.

Malgrado o controle externo da atividade policial seja realizado pelo *parquet* (artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal – BRASIL, 1988), esse se limita a incidir na atividade-fim da polícia, e não nos órgãos e cargos que a compõe (ZANOTTI e SANTOS, 2018). Portanto, hialino que inexistente vínculo hierárquico entre as instituições.

Reforça tal posicionamento, a doutrina de Rafael de Carvalho Missiunas (2009), no sentido de que a natureza do controle externo é administrativa, porquanto a atividade policial é exercida por órgãos integrantes do Poder Executivo: “por certo não é intuito do legislador criar verdadeira hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial e seus funcionários aos agentes do Ministério Público”.

Ademais, no tocante à alegada obrigatoriedade do cumprimento, não se pode olvidar do disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941a), ou seja, se o Delegado de Polícia tem discricionariedade para negar cumprimento a diligências investigativas solicitadas pelo indiciado ou pela vítima, também o poderia fazer em relação às medidas solicitadas pelo autor da ação penal, sob pena de se criar uma disparidade de armas entre a acusação e a defesa, em total descompasso com um dos princípios vetores do Estado Democrático de Direito, qual seja, a igualdade (artigo 5º da Constituição Federal – BRASIL, 1988).

Nesse passo, a doutrina de William Garcez e Joaquim Leitão Junior (2020), no sentido de que, havendo o indiciamento criminal pelo Delegado de Polícia haveria, em tese, elementos mínimos acerca da materialidade e da autoria da infração penal. Dessa forma, “qualquer requisição de diligências complementares dirigidas à autoridade policial, para complementar dados investigatórios, deve ser fundamentada, pertinente e imprescindível [...]”.

Nessa linha de valorização da atuação do Delegado de Polícia na condução da investigação criminal, de respeito às atribuições constitucionais dos órgãos estatais e de reconhecimento de paridade de armas entre os sujeitos envolvidos na fase preliminar da persecução penal, a doutrina de Henrique Hoffmann:

Na fase anterior à instauração da investigação criminal e durante o seu curso, o parquet desempenha sua função fiscalizatória, exercendo estritamente um controle de legalidade em todo o desenrolar da fase inquisitorial. Trata-se de atividade de caráter vinculado, sendo-lhe vedada a invasão na discricionariedade de escolha do caminho apuratório conferida à autoridade policial, sob pena de indireta assunção da presidência do inquérito policial. Portanto, até o encerramento da investigação policial, notam-se atuações bem definidas do Ministério Público (caráter fiscalizador e vinculado) e da polícia judiciária (caráter investigador e discricionário). [...] Essa interpretação sistemática da legislação, sob a lente constitucional, resguarda a função preservadora do inquérito policial, impedindo uma visão monocular que hipertrofie a acusação e desprestigie a defesa. (HOFFMANN, 2016).

O pensamento vem reforçado por Marcio Adriano Anselmo, expresso quanto à possibilidade de negativa de cumprimento a diligências requisitadas pelo *parquet*:

A requisição da instauração do inquérito policial, como dito, apresenta caráter vinculado, devendo ser atendida pela autoridade policial. Apesar disso, o conteúdo da portaria, peça que formaliza o início da investigação criminal, é campo discricionário e exclusivo do delegado de polícia, a quem cabe definir a capitulação legal e as diligências investigatórias iniciais. É vedado ao órgão ministerial se imiscuir neste campo sob pena de assumir, por via oblíquas, a presidência/condução da investigação criminal, o que encontra expressa vedação na Lei 12.830/13 e na jurisprudência dos tribunais superiores. Eventuais diligências referidas na requisição de instauração, em que pese posição contrária de Aury Lopes

Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, devem ser entendidas como sugestões de diligências, sempre submetidas ao juízo do presidente da investigação, a quem compete analisar sua conveniência e oportunidade. (ANSELMO, 2015).

Assim, a solução apresentada perpassa pela ideia de que, após o encerramento do inquérito policial, com a confecção do relatório final pelo Delegado de Polícia (artigo 10, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal – BRASIL, 1941a), viável a requisição de diligências investigatórias, por parte do Ministério Público, quando imprescindíveis para a propositura da ação penal (artigo 16 do Código de Processo Penal – BRASIL, 1941a), porquanto titular da ação e necessário o seu convencimento quanto à existência de justa causa (artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal – BRASIL, 1941a).

No mesmo sentido, o recurso trazido por Marcio Adriano Anselmo:

A partir da apresentação do relatório, o papel de protagonista da persecução penal é transferido do delegado de polícia, presidente da investigação criminal, para o Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe promover a processualização do feito por meio da apresentação da peça acusatória. Aqui reside o instante em que se mostra cabível a requisição das diligências investigatórias em face do delegado, enquanto presidente da investigação, sem que ocorra disfunção ou desvirtuamento dos órgãos da persecução penal (ANSELMO, 2015).

Ou seja, da instauração do inquérito policial até o relatório final eventuais requisições do Ministério Público devem ser recebidas como meras sugestões ao Delegado de Polícia (ZANOTTI e SANTOS, 2018). Outro não é o pensamento do finado doutrinador Luiz Flávio Gomes, em obra conjunta com Fábio Scliar (GOMES e SCLiar, 2008), no sentido de que a requisição ministerial no decorrer das investigações não é vinculativa, tendo a mesma estrutura do requerimento de diligências formulado pelo investigado.

A partir do momento em que se concluem as investigações, a requisição do Ministério Público passa a ser tempestiva e em conformidade com o texto constitucional. Segundo Bruno Taufner Zanotti “[...] o Código de Processo Penal, no seu art. 16, aponta somente esse momento após o relatório final para que sejam requisitadas as diligências pelo membro do Ministério Público.” (ZANOTTI e SANTOS, 2018, p. 141).

Ainda, não se pode olvidar que a eventual negativa de requisições atende a outro princípio constitucionalmente assegurado: a duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal – BRASIL, 1988). Não foi outra a justificativa contida no Projeto de Lei nº 132/12, convertido na Lei nº 12.830/13 (BRASIL, 2013), ao se buscar dar maior discricionariedade à autoridade policial condutora das investigações (SANINNI e HOFFMANN, 2019b, p. 45): “Com tais medidas, a investigação ganhará agilidade, qualidade e imparcialidade, pois o Delegado de Polícia não sofrerá interferências escusas na condução do inquérito policial ou termo circunstanciado”.

Também justifica a negativa de cumprimento a existência legal do poder requisitório por parte do Ministério Público, conforme William Garcez e Joaquim Leitão Junior:

O Ministério Público tem quadro funcional muito bem aparelhado e os promotores gozam do mesmo poder requisitório que a autoridade policial, sendo vedado que se utilize da intermediação de outra instituição para a obtenção dos elementos de convicção que julgar necessários, acarretando ônus desnecessário à polícia judiciária. (GARCEZ e LEITÃO JUNIOR, 2020)

Assim, a partir de uma visão moderna do inquérito policial, baseada em um sistema processual acusatório, forçoso reconhecer que a polícia judiciária não está a mero serviço do Ministério Público ou do querelante, uma vez que se qualifica como órgão desvinculado da acusação e da defesa, possuindo o compromisso apenas com a apuração da verdade (SANNINI e HOFFMANN, 2019b), havendo autonomia na investigação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida de que a presidência da investigação criminal é atribuição do Delegado de Polícia. Todavia, a discricionariedade de autoridade policial na condução da fase pré-processual da persecução penal é tema de grandes discussões doutrinárias.

Os problemas enfrentados pela Polícia Judiciária - assoberbada por um quase sem número de investigações pendentes - perpassa, dentre outras mazelas, pelo não reconhecimento da possibilidade da condução dos trabalhos com absoluta discricionariedade (não arbitrariedade) por parte do Delegado de Polícia.

Nesse sentido, de extrema importância redimensionar o inquérito poli-

cial a partir de uma doutrina vanguardista, superando conceituações e características trazidas por operadores tradicionais, para salientar a finalidade bidirecional do instrumento (preparatória e preservadora), a partir da adoção de um sistema penal acusatório, reconhecendo a independência do Delegado de Polícia, como a primeira autoridade preservadora dos direitos e garantias fundamentais.

Passo importante no reconhecimento da independência funcional da autoridade policial restou vetado da Lei nº 12.830/13 (BRASIL, 2013), sob o fundamento de que poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

Como forma de retomar e acentuar essa independência na condução da fase persecutória, uma das soluções apresentadas torna obrigatório o cumprimento de diligências requisitadas – seja pelo Ministério Público, seja pelo magistrado - somente após a elaboração do relatório final pelo Delegado de Polícia (último ato do inquérito policial), ou na fase judicial da persecução penal.

Tal conclusão é possível, ao nosso sentir, diante da discricionariedade da autoridade policial na condução das investigações (consagrada no artigo 14 do Código de Processo Penal – BRASIL, 1941a), da finalidade bidirecional do instrumento (tendo função preparatória, mas também preservadora de direitos e garantias fundamentais) e da própria atribuição constitucional da Polícia Civil.

Sendo assim, pensar o processo penal constitucional democrático impõe ao pesquisador do direito a postura teórica e prática de valorizar o sistema penal acusatório, reconhecendo a independência do Delegado de Polícia (com atuação livre de pressões políticas e controle ideológico, de forma isenta e imparcial, nos termos do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.830/13 – BRASIL, 2013), como a primeira autoridade preservadora dos direitos e garantias fundamentais.

A medida proposta em nada afronta as atribuições constitucionais dos personagens da persecução penal (Poder Judiciário e Ministério Público), especialmente diante da existência legal do poder requisitório por parte do *parquet*, bem como da atividade probatória subsidiária pelo juiz criminal. Pelo contrário, a investigação ganha agilidade, qualidade e imparcialidade (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal – BRASIL, 1988), pois o Delegado de Polícia não sofrerá interferências escusas na condução do inquérito policial do termo circunstanciado.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policial-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>. Acesso em: 27 abr. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019. E-book.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL, **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL, **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941a. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciaria. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL, **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL, **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.441-3**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impugnação da expressão “podem ser exercidas por policial civil ou militar e correspondem, exclusivamente, ao desempenho das atividades de direção e chefia das Delegacias de Polícia do interior do Estado”. Parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 7.138, de 25 de março de 1998, do Estado do Rio Grande do Norte. Em frontal violação ao § 4º do art. 144 da Constituição, a expressão impugnada faculta a policiais civis e militares o desempenho de atividades que são privativas dos Delegados de Polícia de carreira. De outra parte, o § 5º do art. 144 da Carta da República atribui às polícias militares a tarefa de realizar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. O que não se confunde com as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, estas, sim, de competência das polícias civis. Ação procedente. Relator: Min. Carlos Britto, 05 de outubro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409294>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 115.015**. Habeas Corpus. Processual Penal. Crime contra a Ordem Tributária. Requisição de indiciamento pelo magistrado após o recebimento da denúncia. Medida incompatível com o sistema acusatório imposto pela Constituição de 1988. Inteligência da Lei 12.830/2013. Constrangimento ilegal caracterizado. Superação do óbice constante na Súmula 691. Ordem concedida. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. Relator: Min. Teori Zavascki, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499239>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.548**. Habeas Corpus. 2. Questão de ordem. Renovação da sustentação oral. Alteração substancial da composição do Tribunal. A alteração da composição do Tribunal não autoriza a renovação da sustentação oral. Maioria. 3. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta da necessidade da prisão. No entendimento da maioria, a comoção popular não é, por si só, suficiente para demonstrar a necessidade da prisão. 4. Poderes de investigação do Ministério Público. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. Maioria. 5. Rejeitada a questão de ordem por maioria. Ordem

concedida, por maioria, apenas para cassar o decreto de prisão preventiva. Relator: Min. Marco Aurélio, 04 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 90.099**. HABEAS CORPUS - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A DELEGADO E A AGENTES POLICIAIS CIVIS - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS INTEGRANTES DA POLÍCIA CIVIL - (...) NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a “informatio delicti”. Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o “dominus litis”, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua “opinio delicti”, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. (...). Relator: Min. Marco Aurélio, 04 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 593.727**. Recurso. Extraordinário. Ministério Público. Poderes de investigação. Questão da ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. Relator: Min. Cezar Peluso, 27 de agosto de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 98.731**. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INÚMERAS NULIDADES NA AÇÃO PENAL: INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. (...) 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que não mais cabe discutir o flagrante ou o despacho indeferitório da revogação da custódia quando existir sentença de pronúncia, que, expressamente, manteve a sua prisão, sendo também inviável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, pois as nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedentes. (...) 5. Recurso ordinário desprovido. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 02 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618116>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230&termo=>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 112.336**. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA ATOS INVESTIGATÓRIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. QUESTÃO SUPERADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO. (...) 3. Ademais, o recebimento da denúncia pelo Juiz de primeiro grau torna prejudicado o exame da alegada nulidade do procedimento inquisitório, que se constitui em peça meramente informativa, motivo pelo qual eventuais irregularidades nessa fase não tem o condão de macular a futura ação penal. (...) 5. Recurso ordinário desprovido. Relatora: Min. Laurita Vaz, 07 de novembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1886098&num_registro=201901255470&data=20191202&formato=PDF. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 47.984**. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO IDOSO. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AUDIÊNCIA

PRELIMINAR. RECUSA DOS ACUSADOS À PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO SINGULAR. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º, § 6º, DA LEI 12.830/2013. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. É por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração. 2. Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o Delegado de Polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, não se admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Inteligência do artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 3. Recurso provido para anular a decisão que determinou o indiciamento dos recorrentes. Relator: Min. Jorge Mussi, 04 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1361356&num_registro=201401147008&data=20141112&formato=PDF. Acesso em: 27 jul. 2022.

DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Lei nº 12.830/2013**: comentários sobre a nova lei. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24790/lei-n-12-830-2013-comentarios-sobre-a-nova-lei>. Acesso em: 22 abr. 2020.

GARCEZ, William; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. **Aspectos essenciais ao controle de legalidade da requisição de diligências em sede de investigações policiais**: fundamentação jurídica, imprescindibilidade, pertinência, momento e destinatário. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/11/aspectos-essenciais-ao-controle-de-legalidade-da-requisicao-de-diligencias-em-sede-de-investigacoes-policiais-fundamentacao-juridica-imprescindibilidade-pertinencia-momento-e-destinatario/>. Acesso em: 15 mai. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>. Acesso em: 28 abr. 2020.

HOFFMANN, Henrique. **Juízos de prognose e diagnose do delegado são essenciais na investigação**. <https://www.conjur.com.br/2016-ago-09/academia-policia-juizos-prognose-diagnose-sao-essenciais-investigacao>. Acesso em: 27 abr. 2020.

HOFFMANN, Henrique. Moderno conceito do inquérito policial. *In*: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPodium, 2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Nova cultura na investigação criminal. *In*: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2019a.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Paradigma da investigação criminal. *In*: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2019b.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Potencial contramajoritário da investigação criminal. *In*: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2019c.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. **Controle da atividade policial pelo Ministério Público**. <https://www.conjur.com.br/2009-fev-20/controla-externo-atividade-policial-ministerio-publico?pagina=2>. Acesso em: 26 jun. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática Forense Penal**. 3ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

SANNINI, Francisco; HOFFMANN, Henrique. Modelos de Polícia. *In*: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2019a.

SANNINI, Francisco; HOFFMANN, Henrique. Independência funcional do delegado de polícia. *In*: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2019b.

VALLE, Vinícios Batista do. **A devida fase investigativa constitucional e convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de Polícia em ação**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018.

DA ATRIBUIÇÃO PARA INVESTIGAR INFRAÇÕES PENAIS NA ESFERA ESTADUAL

Janquiel Paulo Grando¹

RESUMO: Este artigo aborda a atribuição para a realização da atividade de investigação de infrações penais comuns em âmbito estadual. O tema revela sua importância porque existem basicamente duas instituições possivelmente destinadas a esse fim no âmbito dos Estados: polícias civis e polícias militares. Em razão disso, são analisadas a Constituição Federal e as regras infraconstitucionais, para responder ao questionamento: a quem é atribuída a investigação de infrações penais comuns? A metodologia aplicada consiste, além da verificação do arcabouço normativo, em rápida análise doutrinária e jurisprudencial, logo, sem pretensão de esgotar o tema. Assim, o artigo está estruturado em três tópicos; o primeiro trata da Constituição Federal e interpretações possíveis sobre o assunto; o segundo analisa os principais dispositivos legais; e, por fim, é dirigido a sucinto exame de alguns casos que chegaram ao conhecimento do Poder Judiciário. Com os três tópicos pretende-se responder a quem cabe a atividade investigativa de infrações penais, bem como se há exceção, além de retratar as implicações da (in) definição para a segurança pública. Conclui-se que a investigação, na esfera estadual, é atividade que deve ser realizada pela polícia civil, pois possui atribuição constitucional e legal para tanto. Ademais, é o órgão especializado nessa atividade.

PALAVRAS-CHAVE: Atribuição. Investigação criminal. Segurança pública.

ASSIGNMENT TO INVESTIGATE CRIMINAL OFFENSES IN THE STATE SPHERE

ABSTRACT: *This article discusses the attribution of responsibility for carrying out the investigation activity of common criminal offenses at the state level. The theme reveals its importance because there are basically two institutions possibly destined for this purpose within the states: civil police and military police. As a result, the Federal Constitution, as well as statutory law, will be analyzed to answer the question: to whom has the investigation of common criminal offenses been as-*

¹ Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Email: janquiel17@gmail.com

signed? The applied methodology will consist, in addition to the verification of the normative framework, in rapid doctrinal and case law analysis, therefore, without pretense of exhausting the theme. Thus, the article will be structured in three chapters. The first will deal with the Federal Constitution and possible interpretations on the subject. The second will look at key legal provisions. The third will be directed to succinct examination of some cases that came to the attention of the Judiciary. With the three chapters it is intended to answer who is responsible for the investigative activity of criminal offenses, as well as if there is an exception, in addition to portraying the implications of the (un) resolved matter. It is concluded that the investigation, at the state level, is an activity that must be carried out by the civil police, as it has a constitutional and legal attribution to do so. Furthermore, it is the body specialized in this activity.

KEY WORDS: *Assignment. Criminal investigation. Public security.*

1 INTRODUÇÃO

A apuração de infrações penais através da busca de provas da existência do crime e indícios da autoria é tema que suscita debates acalorados, especialmente quanto à atribuição para desenvolver referida atividade investigativa. O interesse prático é enorme e o assunto invariavelmente vai parar nos Tribunais. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema em algumas oportunidades, firmando posicionamento de que ao Ministério Público foi assegurado, constitucionalmente, o exercício da atividade sindicante. A doutrina também se debruça sobre essa questão e, como regra, o entendimento converge para o delineado pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora essa questão esteja pacificada, convém uma análise detida da divisão de atribuições constitucionais para verificar a quem realmente foi atribuída a difícil tarefa de investigar infrações penais, uma vez que outros órgãos, especialmente policiais, também reivindicam essa 'competência'. Diante disso, este artigo tem origem a partir do seguinte questionamento: qual (is), dentre os órgãos de Segurança Pública, previstos no art. 144 da Constituição Federal, especialmente no que se refere aos estaduais, quais sejam, polícias civis e polícias militares, possui (em) atribuição para desenvolver atividade investigativa?

Nesse sentido, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar, dentre os órgãos policiais estaduais, especificamente no que se refere às polícias civis e às polícias militares, qual (is) possui (em) essa responsabilidade sindicante, pois há controvérsia prática sobre a titularidade do desenvolvimento da atividade investigativa entre essas duas instituições. Em específico, o trabalho buscará analisar, primeiramente, a fonte constitucional das funções das polícias civis e

militares, a fim de interpretar as atribuições destinadas pelo constituinte a cada um dos órgãos. Em seguida, será feita uma análise de alguns dispositivos infraconstitucionais que possuem relação com o tema. Por fim, sem intento de esgotar o assunto, buscar-se-á verificar como o tema é tratado no Poder Judiciário, o que se fará através de sucinto exame de algumas decisões judiciais.

De início, o art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil trata da segurança pública, fixa os órgãos que a compõem e delimita seus âmbitos de atuação, demandando, assim, uma análise interpretativa do dispositivo a fim de alcançar alguma conclusão. Para tanto, faz-se necessário verificar quais são as funções das polícias tratadas pelo constituinte e as razões da multiplicidade de órgãos com incumbências aparentemente diferentes.

Além disso, existem dispositivos infraconstitucionais que tangenciam o tema e, do mesmo modo, também precisam ser debatidos para alcançar a resposta sobre a quem foi atribuída a função investigativa. Será analisado, especialmente e sem pretensão de esgotar o assunto, o art. 4º do Código de Processo Penal, buscando-se extrair dele uma interpretação lógica e sistemática que permita chegar a uma conclusão igualmente racional. Importa, ainda, tratar da Lei n.º 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, e da Lei nº 9.099/95, especialmente no que toca ao artigo 69 desse diploma legal.

Ressalta-se, como já mencionado, que essa discussão não tem relevância apenas acadêmica, mas, também, e principalmente, prática, já que influência diretamente na eficácia de direitos fundamentais de investigados e da sociedade. Ademais, a conclusão e a segurança jurídica quanto às atribuições de cada instituição permitem políticas públicas mais assertivas e investimentos mais eficazes, consubstanciando o dever de eficiência que se exige da administração.

A metodologia deste artigo está baseada em uma abordagem de natureza qualitativa, utilizando levantamento bibliográfico, através de pesquisa doutrinária de dispositivos legais e constitucionais. Do ponto de vista do objetivo, pode-se dizer que a pesquisa terá cunho descritivo, já que buscará analisar as características dos órgãos policiais, mais especificamente daqueles estaduais. O método é o dedutivo, pois serão exploradas as características gerais dos principais órgãos do sistema de segurança pública para, posteriormente, identificar suas especificidades.

O artigo será dividido em três partes, a partir desta introdução. A primeira delas, conforme mencionado, trará uma análise constitucional e comentários doutrinários respectivos; a segunda, da mesma forma, abordará dispositivos legais pertinentes ao tema e as observações da doutrina sobre o assunto. Por fim, serão buscadas algumas decisões judiciais pertinentes ao tema para cotejá-las com o arcabouço jurídico apresentado.

2 ATRIBUIÇÃO INVESTIGATIVA: uma análise da previsão constitucional

Inicialmente, explorando a fonte normativa do sistema de segurança pública brasileiro, encontra-se, na Constituição Federal, dentro do Título V, que trata da “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, o art. 144, que versa sobre a Segurança Pública. Referido dispositivo traz um rol taxativo de órgãos e, em seguida, divide as atribuições sobre a matéria entre cada um deles. Especialmente no foco de análise da presente pesquisa, visualiza-se a polícia militar e as polícias civis como os principais órgãos com atribuições de segurança pública estadual, conforme se observa abaixo:

Art. 144². A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

² § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)

A própria norma define minimamente o que se entende por segurança pública, dizendo que ela é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. É perceptível, entretanto, que a literatura sobre o tema ainda carece de um conceito mais preciso, uma definição mais clara sobre o que é segurança pública. Por outro lado, isso não impede que se verifique as atribuições de cada ente ali disposto, especialmente daqueles que possivelmente poderiam desempenhar a atividade investigativa, objeto da presente pesquisa.

A referida previsão constitucional estabelece, portanto, o ponto de partida para a classificação das funções exercidas pelas polícias, uma vez que nomeia cada órgão e atribui a cada um deles uma atividade distinta, embora dentro de uma mesma seara. Nesse sentido, ao analisar o dispositivo em tela, Avena (2018, p. 170) identifica as funções de polícia administrativa, de polícia judiciária e de polícia investigativa, quais sejam:

Funções de Polícia Administrativa: são de caráter preventivo, realizadas com o objetivo de impedir o cometimento de atos criminosos, sendo cumpridas pelos variados órgãos ou instituições da administração pública que possuam atividade fiscalizadora. Exemplo típico do exercício de polícia administrativa encontra-se em certas ações da polícia militar, especialmente policiamento ostensivo, tal como previsto no art. 144, § 5º, da CF.

Funções de Polícia Judiciária: visam auxiliar a Justiça (daí a denominação polícia judiciária), cumprindo determinações do Poder Judiciário. São exercidas, com exclusividade, pela polícia federal (art. 144, § 1.º, I e IV, da CF) e pela polícia civil (não obstante, quanto a esta última, tal atributo não esteja presente na literalidade do art. 144, § 4.º, da CF).

Funções de Polícia Investigativa: estão relacionadas à obtenção de elementos que elucidem a prática do fato delituoso de forma a possibilitar a instauração da ação penal contra os respectivos autores. **Essas funções concernem à polícia federal, à polícia civil e a outros órgãos com funções investigativas por força da CF ou da legislação infraconstitucional, a exemplo do Ministério Público** (grifo nosso).

Percebe-se, através da classificação acima, que a polícia militar é instituição que exerce função preventiva, agindo de modo ostensivo, enquanto a polícia civil deve exercer as funções de polícia investigativa e de polícia judiciária. A primeira delas demanda, obviamente, discricionariedade. Em trecho seguinte, o autor questiona qual a relevância dessa distinção, respondendo ao próprio questionamento da seguinte forma:

[...] A relevância consiste no fato de que, na atual concepção – agasalhada, inclusive, pelo STJ, com esteio nos artigos citados da CF e da Lei 12.830/13 –, as **funções exclusivas** das polícias federal e civil são, unicamente, as de polícia judiciária, mas não as de investigação criminal, que podem ser realizadas, também, por outros órgãos que tenham atribuições constitucionais e legalmente previstas para tanto – tal, aliás, como autorizado pelo art. 4º, parágrafo único, do CPP [...] (AVENA, 2018, p. 170, grifo do autor).

Necessário observar, nos exatos termos propostos pelo autor, que deve existir previsão normativa atribuindo ao órgão o poder de investigação. É nesse sentido que o pesquisador, membro do Ministério Público e certamente amparado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, cita o *Parquet* como detentor deste poder-dever de investigar:

Isso, a propósito, é o que ocorre com o **Ministério Público**, cuja faculdade investigativa é prevista no art. 129, VIII, da CF; e, também, com as investigações conduzidas pelo Poder Legislativo, por meio das **Comissões Parlamentares de Inquérito** (art. 58, § 3º) (AVENA, 2018, p. 170, grifo do autor).

Apenas por exigência da citação, impõe-se uma breve observação quanto ao assunto, pois há fortes argumentos para que se negue referida atribuição ao

órgão que é parte no futuro processo penal, parte, diga-se, que deveria ser imparcial. Em resumo, cita-se trecho da obra de Renato Brasileiro, ressaltando-se, entretanto, que ele também defende a posição de que o Ministério Público é detentor do poder investigativo:

[...]de um lado, parte da doutrina e dos Tribunais Superiores posicionava-se contrariamente a esse poder investigatório ministerial com base nos seguintes argumentos: a) a investigação pelo Parquet atentaria contra o sistema acusatório, criando um desequilíbrio na paridade de armas; b) a Constituição Federal teria dotado o Parquet do poder de requisitar diligências e a instauração de inquéritos policiais (art. 129, VIII), mas não lhe conferira o poder de realizar e presidir inquéritos policiais; c) a atividade investigatória seria exclusiva da Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1º, IV, c/c art. 144, § 4º); d) não haveria previsão legal de instrumento idôneo para a realização das investigações pelo Ministério Público (BRASILEIRO, 2020, p. 264).

Portanto, embora tenha sido superada juridicamente essa discussão no RE 593.727/MG, é sempre importante lembrar que a Constituição da República Federativa brasileira é documento analítico, ou seja, minucioso, característica que vai de encontro à teoria dos poderes implícitos, principal argumento favorável ao Ministério Público atuando como investigador (LENZA p. 115).

Retomando a análise do art. 144 da CF/88, e depois de ultrapassada a rápida discussão no tocante ao poder de investigação do Ministério Público, visualiza-se, conforme já citado acima, que a função de investigar infrações penais foi atribuída às polícias civis e à polícia federal. É a essa conclusão que o Delegado de Polícia e escritor Francisco Sanini (2013) chega, primeiramente asseverando que é por meio das instituições policiais que o Estado promove a segurança pública, manifestando, assim, seu poder de polícia. Após, analisando o dispositivo constitucional em tela, ele identifica, ao contrário de Norberto Avena, apenas dois tipos de polícia, quais sejam, a administrativa e a judiciária. Fechando o raciocínio, observa que a do tipo administrativa, exercida pela polícia militar, tem função preventiva e, assim, atua antes da prática do crime. Já a polícia judiciária, exercida pelas polícias civis e federal, atua depois de verificada a prática da infração penal, em uma clara função repressivo-investigativa.

Portanto, em uma separação bipartida, é feita a distinção das funções policiais: uma de caráter pré-delitivo (executada especialmente pela Polícia Militar), outra de caráter pós-delitual (executada especialmente pela Polícia Civil no âmbito estadual). Essa lógica de separar as funções dos órgãos constitucionais

mente é pertinente, conforme ressalta Henrique Hoffmann (2018), para quem a evolução história do processo penal brasileiro fez com que o legislador entendesse por bem efetuar essa divisão das funções da persecução, outorgando-as a órgãos distintos. Quanto à investigação criminal, ele observa que a atribuição foi designada a um ente imparcial e desvinculado da acusação e da defesa. O estudioso conclui que essa divisão não ocorreu por mero acaso, mas para fins de especializar os entes em suas respectivas atividades, bem como para conter o poder estatal, presente quando se acumulam poderes/atribuições em uma mesma pessoa/órgão.

O mesmo autor faz nova referência positiva ao modelo de repartição de funções/competências, reiterando que se trata de efetiva limitação de poder e, conseqüentemente, garantia ao cidadão. Ele argumenta que o modelo brasileiro de repartição de funções na persecução penal é mais avançado do que o de países desenvolvidos, uma vez que não permite que o órgão acusador investigue, como ocorre na Espanha, nem que a polícia judiciária e investigativa titularize ações penais, como na Austrália. Dessa sistemática decorre que o cidadão não será acusado por quem investiga, tampouco investigado por quem acusa. Ao fechar o assunto, Hoffmann observa que eventual falta de eficiência investigativa, que também ocorre com os demais órgãos envolvidos na persecução penal, é mal decorrente dos escassos investimentos do Estado, não do modelo fracionado de atribuições que sequer foi implementado completamente.

Aliás, a previsão constitucional para a divisão das atribuições durante a persecução penal segue a mesma lógica da teoria da tripartição do Poder (ou funções, já que o Poder seria uno), que objetiva evitar a concentração de atividades em um único ente/pessoa. Segundo essa teoria, conforme lição de Célia Galvão Quirino e Maria Teresa Sadek de Souza (1992), o objetivo era garantir liberdade política e impossibilitar o despotismo, separando de maneira completa e absoluta os poderes, princípio básico de Montequieu.

Ora, esse raciocínio parece perfeitamente aplicável às funções policiais, pois, caso contrário, não haveria razão para a existência de uma multiplicidade de instituições concentrando as mesmas atividades. Não por outro motivo, Luigi Ferrajoli (2002), na conhecida obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, identifica três funções policiais: investigativa, sobre crimes e ilícitos administrativos, preventiva destes, e as de execução e auxílio à jurisdição e à administração. Ainda, acrescenta que os órgãos policiais deveriam estar separados hierárquica e administrativamente dos poderes aos quais auxiliam. Aduz, por fim, que esse raciocínio se aplicaria especialmente à polícia judiciária, a quem deveriam ser atribuídas as mesmas garantias do Poder Judiciário:

As diversas atribuições, por fim, deveriam estar destinadas a corpos de polícia separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam. Em particular, a polícia judiciária, destinada, à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender (FERRAJOLI, 2002 p. 617).

E seguindo o mesmo raciocínio aplicado à cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 60, § 4º, inciso III, da CF), percebe-se que seria possível, excepcionalmente, o exercício de atividades atípicas pelos órgãos. Isso significa que, primordialmente, cada instituição possui uma atividade especialmente lhe destinada pelo constituinte, mas, excepcionalmente, outras, relacionadas a seu mister, podem ser exercidas. Nesse sentido, Bernardo Vieira Soares da Nóbrega (2022) reconhece que a polícia civil pode, eventualmente, realizar atividades ostensivas, assim como a polícia militar pode desenvolver atividades investigativas relacionadas aos crimes militares, além de atividades de polícia judiciária, auxiliando a Justiça Militar ou cumprindo mandados judiciais, a exemplo dos de prisão. Ele conclui, diante do enlace de atividades, que há uma prevalência da função típica a cada órgão, mas que é permitida a realização de funções atípicas pelos demais, não existindo, nesses casos, usurpação de função.

Ressalta-se, entretanto, que o exercício de atividades que não são atribuição do órgão, efetuado de forma excepcional, também deve possuir guarida legal, conforme citado anteriormente. Ademais, em um sistema de segurança pública que tem como principal objetivo justamente garantir esse direito fundamental, nada mais natural que os diversos integrantes do setor atuassem de forma harmônica para garantir a consecução desse fim³.

Portanto, da interpretação do dispositivo constitucional, através do qual são extraídas as funções das polícias estaduais, verifica-se que a atividade investigativa, bem como a função de polícia judiciária, com as ressalvas feitas pelo constituinte, é atribuição das policiais civis. Ademais, por meio da análise da doutrina dedicada ao tema, percebe-se que a distinção das atividades policiais

³ Conforme leciona Lenza (2020, p. 1136), “A matéria foi disciplinada pela Lei n. 13.675/2018, que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade”.

objetiva a especialização e a limitação de poder, aspecto no qual a legislação brasileira estaria avançada em relação a outros sistemas. Ultrapassada, assim, a análise da Constituição Federal, passa-se ao exame de alguns dispositivos legais relacionados ao tema.

3 PRINCIPAIS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS SOBRE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Verificou-se na análise constitucional acima realizada que a investigação de infrações penais é atribuição típica das polícias civis e da polícia federal, assim como o é a função de polícia judiciária exercida pelas duas instituições. Isso se dá, para além de uma divisão orgânica do Poder, por motivo de especialização, o que acaba por concretizar o dever de eficiência exigido da máquina pública⁴. Diante disso, a legislação infraconstitucional, partindo da base estabelecida pelo constituinte, reforçou que a investigação de infrações penais é poder-dever das Polícias Judiciárias (investigativas), conforme literalidade do art. 4º do Código de Processo Penal⁵.

Hélio Bastos Tornaghi (1977), em um parecer sobre o dispositivo legal supra, argumentou, de forma inequívoca, que as autoridades policiais ali referidas são as autoridades de polícia judiciária, responsáveis, portanto, pela apuração de infrações penais. Ele esclareceu que o dispositivo legal não comporta outra interpretação, pois seria tautológico dizer que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades da polícia judiciária. Explicando seus dizeres, o professor assevera que: quem não é autoridade, logicamente, não está incluído na regra do referido artigo. Mais especificamente, para ele o texto trata das autoridades de polícia judiciária e não de quaisquer outras, até mesmo porque se extrai do próprio artigo que a lei poderá abrir exceções, ou seja, atribuir competência a outras autoridades para que também desenvolvam investigações por inquéritos policiais. Logo, somente a partir da existência de previsão legal especial outras autoridades poderiam, através de inquérito policial, apurar infrações penais e sua autoria. Repi-

⁴ Ora, do ponto de vista prático nos parece absolutamente lógico que a função de investigar infrações penais seja exclusiva das Polícias Judiciárias. Tal afirmação é subsidiada por diversos fatores, quais sejam: trata-se um órgão especializado na investigação criminal; a polícia, por sua essência, está muito mais próxima da atividade criminosa; por fim, a polícia é um órgão estatal que se faz presente em todas as cidades do território brasileiro, o que possibilita uma maior interação com os problemas de uma comunidade (SANINI, <https://franciscosannini.jus-brasil.com.br/artigos/121943697/policia-judiciaria-e-a-devida-investigacao-criminal-constitucional>).

⁵ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá pôr fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995). Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

sa-se, a quem a lei não atribuiu o dever de apurar infrações penais e sua autoria não está legitimado a exercer tais atividades investigativas criminais.

Soma-se a isso que o assunto, agora, foi esclarecido pela Lei nº 12.830/13 que, apesar de uma redação não tão adequada, fixou o delegado de polícia como sendo a autoridade policial, a quem cabe a condução da investigação criminal, buscando apurar as circunstâncias, a materialidade e a autoria de infrações penais⁶. A referida norma também estabeleceu que o delegado de polícia é a autoridade que possui o poder (e o dever) de requisitar documentos, informações e perícias que entender necessárias à apuração do fato, ou seja, desenvolver a atividade investigativa (art. 2º, § 2º).

Considerando os aspectos tratados na novel legislação, somente um esforço argumentativo questionável é capaz de afastar a conclusão de que cabe ao delegado de polícia, e conseqüentemente às policiais civis (e federal), a investigação das infrações penais. Entretanto, nem esse esforço pode deixar de mencionar a lógica legal estabelecida pela Lei nº 12.830/13, que apenas seguiu ditames já estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código de Processo Penal, entre outros:

E quanto à referência do art. 2.º, caput, parte final, da Lei n 12.830/13 no sentido de que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são “exclusivas de Estado”? Também aqui nos parece que não pretendeu o legislador estabelecer a investigação criminal como função privativa da autoridade policial. O que está sendo dito, isto sim, é que a atuação do delegado na elucidação de fatos delituosos não pode ser transferida ao particular ou, de qualquer modo, privatizada, incumbindo esta, essencialmente, ao Poder Público. Independentemente dessas conclusões, não se pode negar que a Lei 12.830/2013, em seu art. 2º, § 1º, apresenta redação dúbia e pode conduzir à interpretação de que a condução de qualquer procedimento investigatório de natureza criminal seria atribuição exclusiva da autoridade policial. Afinal, refere o dispositivo que ao delegado compete a condução da investigação criminal por meio de inquérito ou outro procedimento previsto em lei, que tenha a finalidade de elucidar a autoria e a materialidade de infrações penais (AVENA, 2018, p. 171-172)

⁶ Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais

Com a delimitação constitucional e a regulação legal anteriormente citadas, a interpretação que parece soar mais adequada ao novo dispositivo é a de que cabe efetivamente às polícias investigativas a apuração de infrações penais. Nesse sentido, ressalta-se, novamente, que a polícia investigativa estadual é a polícia civil. Não parece lógico, ademais, que a atribuição constitucional seja reforçada pelo ordenamento jurídico como um todo e que dentro desse conjunto normativo se busque argumentos que contradigam e subvertam os textos legais.

Ademais, quanto à previsão legal sobre as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais exercidas pela autoridade policial, que, conforme já registrado, é o delegado de polícia, faz-se importante a da lição de Renato Brasileiro (2020), para quem as atividades de investigação devem ser desenvolvidas precipuamente pelas autoridades policiais, motivo pelo qual é proibido que agentes estranhos a ela participem dessa função. Ele acrescenta que é por essa razão que os Tribunais estão considerando ilícitas as provas obtidas através monitoramentos eletrônicos, telemáticos e ação controlada por agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN⁷). Afinal, essas diligências são tipicamente desenvolvidas pelas polícias investigativas, ou seja, no âmbito estadual, pela polícia civil.

Importante observar e repisar, diante do enfoque do presente artigo, que as atividades de investigação são tipicamente exercidas pelas autoridades policiais e não se confundem com atividades de inteligência. A observação é necessária porque, além da ABIN, outros órgãos possuem setores destinados a essa finalidade, a exemplo das polícias militares, que têm previsão de seções conhecidas como “PM2”, conforme regimento interno daquela corporação. Essas seções possuem atribuição para produzir conhecimento, atividade importante, mas que não pode ser confundida com a realização de atos de investigação, função que não lhe cabe, conforme lição de Nucci (2020 apud NÓBREGA, 2022, p. 70).

Investigação produzida pela Polícia Militar: como regra, não é função da Polícia Militar investigar e solucionar crimes, pois a sua atividade constitucionalmente prevista se liga à polícia ostensiva. Entretanto, há situações excepcionais, que contam com a participação do serviço de inteligência da PM, utilizado, muitas vezes, para controlar a própria atuação de seus membros. Dessas investigações internas, podem emergir elementos probatórios relativos a civis. Não se pode simplesmente ignorá-los, mas transmiti-los à Polícia Civil e ao Ministério Público para continuidade da investigação.

⁷ Segundo site do governo federal, a ABIN é o órgão de inteligência de Estado do Brasil. É responsável por produzir conhecimentos e também é o órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN).

As atribuições das polícias foram distinguidas em nível constitucional e legal para, como já mencionado, especializar os órgãos em suas respectivas atividades e evitar sobreposição de esforços e recursos. A especialização garante a eficiência, que é princípio constitucional previsto expressamente no art. 37 da Constituição Federal. Para Matheus Carvalho (2015, p. 71) “eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. Uma atuação eficiente da administração é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional. Buscam-se sempre melhores resultados práticos e menos desperdício [...]”.

Além disso, a atuação estatal é pautada pelo princípio da legalidade, que tem conotação diversa daquela aplicável aos particulares. Conforme bem observa Francisco Sanini (2013), com base nesse princípio, agentes públicos só podem fazer o que a lei determina, já os particulares podem fazer, além daquilo que a lei permite, aquilo que ela não veda, prevalecendo a autonomia da vontade. Logo, agentes estatais devem pautar sua atuação pela lei, que representa a vontade geral do povo. Ele acrescenta que o princípio da legalidade tem estrita relação com o princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo que ambos pautam a conduta do Estado e dos que agem em nome dele. Portanto, o interesse público é determinado legalmente e pela Constituição Federal, motivo pelo qual a ausência de lei que proíba um servidor a agir não autoriza que ele desenvolva a atividade. Melhor explicando, para que um servidor público possa agir, é imprescindível a existência de lei que autorize ou determine essa ação.

Nesse sentido, não restam dúvidas que, entre os órgãos de segurança pública, mais especificamente quanto às polícias, as que possuem atribuições investigativas e de auxílio ao Poder Judiciário são as policiais civis e a polícia federal, ambas dirigidas por delegados de polícia. Não há previsão legal para a investigação de infrações penais comuns por outros órgãos policiais, o que lhes impede de agir nesse sentido, a menos que haja um esforço coordenado entre as instituições.

No cenário apresentado, o Inquérito Policial, previsto nos arts. 4º e seguintes do Código de Processo Penal e na Lei nº 12.830/13 como um dos instrumentos para apuração de infrações penais, é considerado uma garantia de uma investigação baseada na lei. O procedimento policial assegura os direitos constitucionais do investigado e também é apto a alcançar a finalidade do Estado, buscando provas da existência do crime e indícios da autoria. Veja-se, então, que a função não é mera preparatória, mas também garantidora. Pensando nisso, Sanini (2013) observa que o procedimento policial impede que acusações infundadas resultem em um processo, já que o Inquérito Policial é instrumento pelo qual o Estado vai reunir elementos justificadores da ação penal. Com tais argumentos, o pesquisador afirma que o Inquérito Policial deveria até mesmo constar como garantia fundamental da pessoa no rol do art. 5º da Constituição Federal. A essa tese Sanini dá o nome de devida investigação criminal constitu-

cional, pois só através do procedimento investigativo adequado o Estado consegue ultrapassar a fase pré-processual e ingressar na fase processual, para só então efetivar de forma legítima seu direito de punir.

Diante da expressa divisão constitucional e entendendo os motivos do proceder constituinte, qualquer tentativa de atribuir a atividade investigativa criminal a outros órgãos carece de fundamento lógico. Interpretações forçadas, como a teoria dos poderes implícitos, importada de ordenamento jurídico que não reflete a realidade brasileira, são flertes com a relativização de direitos e garantias reconhecidos no texto constitucional.

Por outro lado, como já mencionado, não se olvida a possibilidade de outros entes exercerem atividade investigativa, excepcionalmente. É o que ocorre com o Ministério Público nos inquéritos civis e as Comissões Parlamentares de Inquérito. Entretanto, a finalidade de tais sujeitos é distinta daquela que se refere às polícias. Considerando a finalidade de cada órgão, conforme tarefas divididas constitucionalmente e reforçadas por normas internas, Sanini (2013) observa que o ingresso em cada carreira, desde os certames, passando pelos cursos de formação e especialização, sejam direcionados para a atividade típica. Reforça-se, assim, a especialização, que conduz a uma melhoria na prestação dos serviços para a população, concretizando o dever de eficiência, que decorre do princípio expressamente previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Importante registrar, tomando por empréstimo característica direta da interceptação telefônica, que as demais diligências investigativas também são, em regra, pós-delitivas, ou seja, realizadas após a prática da infração penal. Trata-se, seja qual for a infração investigada, de medida salutar, já que toda investigação, em maior ou menor grau, atinge direitos fundamentais. E assim sendo, inadmissível dar início ao ato de investigar sobre fato que não se verificou a probabilidade de sua real existência. Não se ignora, contudo, os delitos permanentes, que são aqueles em que a consumação se prolonga no tempo e a investigação invariavelmente é desencadeada paralelamente ao andar criminoso. Mas mesmo nestes casos, nada melhor para o Estado e para seus cidadãos do que um órgão precipuamente destinado a verificar os fatos criminosos e buscar seus autores:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente

dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder (SILVA, 2007, p. 109).

Ademais, as atividades da Polícia Judiciária sempre são passíveis de controle, sejam as verificações de procedência das informações ou os Inquéritos Policiais. Por outro lado, quem controlará aquele que no calor da informação decide, de plano, investigá-la? Ninguém, é a única resposta possível, pois, caso confirmado, provavelmente a prisão será efetuada; caso negado, provavelmente nenhuma formalização será realizada.

Frente ao que foi comentando até o momento, também importa observar o que dispõe o art. 69, da Lei nº 9.099/95⁸, que versa sobre a lavratura de Termo Circunstanciado, procedimento simplificado previsto para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Relembrando toda a normativa analisada até o momento visualiza-se que cabe às polícias civis (e federal) o desenvolvimento do famigerado Termo Circunstanciado, pois a própria lei exige que esse instrumento seja lavrado pela Autoridade Policial, ou seja, pelo Delegado de Polícia.

Esse, contudo, não foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.637, na qual foi confirmada a possibilidade de que a polícia militar lavre Termos Circunstanciados, especialmente porque esse procedimento não tem, na visão do Tribunal, natureza investigativa. Ocorre que, conforme Sanini (2022), a investigação criminal é ciência pautada no ordenamento jurídico. Esse conjunto de normas estabelece o objeto da apuração, crime ou a contravenção, a forma com que será apurado, ou seja, através de Termo Circunstanciado, Inquérito Policial ou Procedimento de Apuração de Ato Infracional, bem como os limites da apuração, através de vedações, por exemplo. Ele acrescenta que o objeto da apuração exige uma análise jurídica e, ao final, conclui:

É cediço que, em regra, as infrações de menor potencial ofensivo são apuradas por meio de Termo Circunstanciado. Ocorre que em se tratando de crime praticado no âmbito da Lei Maria da Penha, a apuração será por meio de Inquérito Policial, ainda que estejamos, ao menos em tese, diante de uma infração penal de menor potencial ofensivo (ex.: crimes contra a honra). Resta evidente, portanto, a influência da ciência

⁸ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

jurídica não apenas na definição do objeto da apuração, mas também na forma da apuração (SANINI, 2022, p. 197-200).

O mesmo raciocínio aplicado à Lei Maria da Penha pode ser transportado para tantas outras infrações penais, a exemplo daquelas previstas na Lei de Drogas. Afinal, não há como saber, sem investigação e no calor do momento, se a droga se destinava ao consumo pessoal ou ao tráfico, o que interfere diretamente na instauração do procedimento policial adequado. Aliás, a exigência legal da Lei nº 11.343/03, prevista nos arts. 28, § 2º, e 52, inciso I¹⁰, demanda atuação investigativa, quer se defina ou não pela posse para consumo pessoal, pois deverá existir, por exemplo, investigação para determinar onde a droga ilícita foi comprada. Essa análise se aplica em outras circunstâncias, como a existência ou não de concursos de infrações penais, incidir ou não causa de aumento de pena. Enfim, situações que demandam a intervenção da polícia investigativa, dirigida pelos profissionais com habilitação para decidir nessas situações.

Diante do exposto, percebe-se que nos termos legais, assim como já se observou da análise dos dispositivos constitucionais, a atribuição de investigação de infrações penais foi destinada, no âmbito estadual, à polícia civil. A finalidade segue sendo especializar um órgão do Estado para uma importante etapa da persecução penal, garantindo a eficiência da máquina pública. Na teoria de Valente (2019), a atividade de Polícia deve ser a garantia do bem estar e da qualidade de vida em liberdade, em justiça e segurança na vida de todos os cidadãos, sejam eles delinquentes ou vítimas, com respeito e proteção a dignidade da pessoa humana. Nessa ideia do autor, a Polícia é a defensora da legalidade democrática, visto que atua diretamente nos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa. Em suas palavras, “concebemos uma Polícia que actue sob a égide do equilíbrio entre a defesa e garantias dos direitos fundamentais pessoais e a defesa da sociedade face à criminalidade – de massa e organizada (estruturada) – na afirmação Kantiana da liberdade como o mais elevado valor da justiça” (p. 190). Encerrado este rápido estudo, inicia-se, agora, um breve olhar sobre alguns casos que tangenciam o tema aqui tratado e que chegaram ao conhecimento do Poder Judiciário.

⁹§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente ao juízo:

¹⁰Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

4 CASOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO: uma sucinta análise

Conforme interpretação dos textos constitucionais e legais, em âmbito estadual é atribuição da polícia civil a investigação de infrações penais. Para tanto, há diversos meios de prova e meios de obtenção de prova disponíveis a tal finalidade. Esses meios são exercidos segundo a discricionariedade da autoridade policial. Há, contudo, notícias de investigações de infrações penais comuns desenvolvidas por policiais militares, contrariando tudo o que foi exposto até o momento. E mais, há notícias de policiais militares dando cumprimento autônomo a ordens judiciais sobre infrações penais comuns, mais especificamente executando mandados de busca e apreensão¹¹.

O caso acima citado consistiu em uma denúncia anônima recebida pela Brigada Militar e levada ao conhecimento do Ministério Público, culminando em requerimento de mandado de busca que findou por ser cumprido pela própria polícia militar. Esse fato foi enfrentado juridicamente, em artigo, pelo Delegado da Polícia Civil/RS, Ayrton Figueiredo Martins Júnior (2013), que bem analisou as razões da ilegalidade da prova e sintetizou as razões do julgado da seguinte forma:

Conforme o eminente Relator, as Polícias Militares não teriam legitimidade para officiar ao juízo do feito, bem como sua missão constitucional não abarcaria a investigação de infrações penais comuns, cuja titularidade seria das Polícias Civis. Segundo entendimento da Corte, o art. 144, e seus parágrafos, da CF 1988 estabelece a legitimidade da polícia judiciária para produção de provas em sede de processo penal.

¹¹HABEAS CORPUS. DEFERIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO TENDO POR ÚNICA BASE UMA NOTITIA CRIMINIS ANÔNIMA. SOLICITAÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PELO COMANDANTE DA POLÍCIA MILITAR E EXECUTADO PELA POLÍCIA MILITAR, EM ATIVIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DE COMPETÊNCIA da justiça comum. atribuição da polícia civil. ARTIGO 144 E SEUS PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILICITUDE PROBATÓRIA RECONHECIDA. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. No caso concreto, diante de uma notícia criminis anônima, o Comandante da Polícia Militar sugeriu ao Ministério Público a solicitação de um mandado de busca e apreensão, quem o requereu à autoridade judicial. Deferido, o mandado de busca e apreensão foi entregue à polícia militar, quem o executou, em atividade de investigação de atribuição da polícia civil. Ministério Público e polícia civil não acompanharam a execução.

2. A notícia criminis anônima possui entidade para desencadear uma averiguação do fato noticiado, mas não se reveste de potencialidade suficiente para dar suporte a medidas de investigação que interfiram de forma insidiosa em direitos fundamentais, como no caso em tela, com o ingresso em residência de cidadãos, sem qualquer outra averiguação a dar credibilidade ao anonimato, vedado pela Constituição Federal. Nesse sentido já decidiu o STF – precedente citado no corpo do voto.

3. Segundo o artigo 144 e seus parágrafos, da Constituição Federal, a polícia militar não possui atribuição para investigar infrações criminais, inserindo-se nessa ausência de funcionalidade, o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em atividade investigatória de infração criminal de competência da Justiça Comum.

Ora, todo o sistema jurídico analisado atribui as funções de polícia investigativa e de polícia judiciária à polícia civil (em nível estadual). Não existe qualquer amparo legal para a polícia militar cumprir mandado de busca e apreensão sobre infrações penais comuns por força própria, ou seja, sem somar suas forças a quem detém a legitimidade para tanto. O texto constitucional, que conta com 250 artigos, organiza e divide as atribuições do Estado, atribuindo, repisa-se, a investigação e o auxílio ao Poder Judiciário às polícias civis e federal, fazendo ressalvas específicas. Não obstante, verifica-se que existem julgados que admitem o cumprimento da ordem judicial por policiais militares, conforme ementa abaixo, extraída de decisão do Superior Tribunal de Justiça¹².

Contudo, importante mencionar que a hipótese tratada no julgado se refere à situação de flagrante, o que autoriza ingresso na casa independentemente de ordem judicial. Essa atividade certamente se insere entre as atribuições da

¹² RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. FUNÇÃO DE POLÍCIA INVESTIGATIVA. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. DISPENSABILIDADE DE MANDADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. SUPERAÇÃO. NULIDADES NA FASE DO INQUÉRITO. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A CORRÉU. AUSÊNCIA DE JUNTADA. IMPOSSIBILIDADE DE CONFIRMAR SIMILITUDE FÁTICA. PRISÃO PREVENTIVA. EXPRESSIVA QUANTIDADE. NECESSIDADE DE INTERROMPER ATIVIDADE DE GRUPO VOLTADO PARA O TRÁFICO. RECORRENTE APONTADA COMO LÍDER. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IR-RELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, à polícia federal e às polícias civis compete, com exclusividade, unicamente o exercício das funções de polícia judiciária, o que não se estende à atividade de polícia investigativa. Assim, embora não seja atividade típica da polícia militar, não consiste em ilegalidade - muito menos nulidade - eventual cumprimento de mandado de busca e apreensão pela instituição. 2. Tratando-se de tráfico ilícito de entorpecentes, crime de natureza permanente, encontra-se presente a exceção contida no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, mostrando-se prescindível a existência de mandado de busca e apreensão. 3. Com a conversão em preventiva, a segregação encontra-se amparada em novo título, de modo que eventuais irregularidades na prisão em flagrante, acaso existente, restam superadas. 4. A jurisprudência pátria avançou no sentido de que, não obstante tratar-se de fase com natureza inquisitorial, no inquérito policial deve-se respeitar os direitos fundamentais do acusado, entre eles o de assistência por advogado. 5. Porém, é também firme o entendimento no sentido de que, dada sua natureza pré-processual, eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não maculam a ação penal. 6. Não constando dos autos decisão que não ratificou flagrante de corrêu, fica impossível comprovar a alegada similitude fática com relação à recorrente. 7. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente. 8. Mostra-se devidamente fundamentada a prisão preventiva em hipótese na qual foi apreendida vultosa quantidade de entorpecentes - 523 (quinhentos e vinte e três) pinos e uma porção de cocaína, além de 11 (onze) invólucros plásticos de maconha -, em posse de organização criminosa especializada no tráfico de drogas, da qual a recorrente é apontada como uma das líderes. 9. Eventuais circunstâncias pessoais favoráveis ao agente, como primariedade e bons antecedentes, ou residência no distrito da culpa e exercício de atividade laborativa lícita, não são suficientes à concessão de liberdade provisória, se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar. Precedentes. 10. Recurso desprovido. (RHC 66.450/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, REPDJe 02/12/2016, DJe 30/09/2016).

polícia militar, que não pode simplesmente ignorar a prática delitiva. Tem o dever, aliás, de atuar. As características do caso não se confundem, entretanto, com a possibilidade de representar, ou suscitar ao Ministério Público que requeira, por ordem judicial de mandado de busca, tampouco cumpri-la por si.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo principal analisar qual (ou quais) seria o órgão estadual responsável pela atividade investigativa de infrações penais. Para tanto, buscou-se analisar o art. 144 da Constituição Federal, que dispõe sobre a segurança pública, matéria que é um dos deveres do Estado. Na sequência, com o mesmo propósito, foram analisados alguns dispositivos legais. Por fim, a intenção foi um exame sucinto de algumas decisões do Poder Judiciário sobre o tema.

Diante disso, realizada a análise do texto constitucional, constatou-se que, entre os órgãos policiais estaduais, previstos no art. 144 como alguns dos que têm função de executar o dever de segurança pública do Estado, aquele destinado precipuamente à atividade investigativa é a polícia civil. Foi possível chegar a essa conclusão através do estudo acerca das funções das polícias citadas no texto constitucional, especialmente as funções da polícia militar e da polícia civil. Como se observou, a primeira tem função administrativa, ostensiva e, portanto, incompatível com a atividade investigativa, repressiva e discreta. Esta atividade é exercida pela polícia civil, exceto no quanto às infrações penais militares. A previsão expressa dessa atribuição pela polícia civil é reforçada pelos princípios da eficiência e da legalidade. Sobre o primeiro, pôde-se observar que não há razão para dois órgãos exercerem a mesma função em um mesmo âmbito, já que a eficiência exige, em síntese, o máximo de resultados com o mínimo de gastos. Quanto ao segundo, constatou-se que a inexistência de vedação não permite, por si só, o exercício da atividade.

Ademais, quanto ao enfoque legal, verificou-se, especialmente pela análise do Código de Processo Penal e pela Lei nº 12.830/13, que as funções de polícia judiciária e de investigação de infrações penais foram atribuídas às autoridades policiais. Nesse sentido, consoante parecer de Hélio Tornaghi, sustentado por uma interpretação lógica e sistemática, chegou-se à conclusão de que autoridade policial é termo sinônimo de delegado de polícia.

Assim sendo, a resposta ao problema da presente pesquisa, assim como ocorreu quanto ao enfoque constitucional, também é de que cabe apenas à polícia civil a atividade investigativa de infrações penais comuns (não militares). Não se olvida, contudo, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a polícia militar pode lavrar Termos Circunstanciados (TC), que, como substitutivos do Inquérito Policial, também deveriam ser exclusivamente lavrados pelas auto-

ridades policiais, leia-se, polícia civil – até mesmo por expressa previsão legal. Ocorre que até mesmo o argumento utilizado pelo Tribunal nesse julgamento reforça a tese de que a investigação cabe às polícias civis. Isso porque a admissão de lavratura de TC pela polícia militar teve como fundamento o fato de o procedimento policial simplificado não se caracteriza como uma investigação propriamente dita.

Por fim, foram analisados alguns julgados. Em um deles se visualiza nítida situação que fere a divisão de atribuições dos órgãos de segurança pública, uma vez que a Brigada Militar, após receber denúncia anônima, deu ensejo ao requerimento de mandado de busca pelo Ministério Público e, por fim, cumpriu a ordem judicial. Ora, o conjunto normativo analisado não permite esses desvios. E mais, tal ação gera a possibilidade de sobreposição de esforços, pois a polícia que precipuamente tem o dever de investigar poderia já estar realizando diligências sobre o mesmo fato. Assim, regras e princípios são descumpridos e, pior, a eficiência das instituições é reduzida, além de gerar uma prova inútil, que desencadeia custos para o Estado através de processos fadados ao fracasso.

Portanto, todo o conjunto de informações analisado permite concluir que a polícia civil é o órgão estadual precipuamente destinado à investigação das infrações penais, bem como ao cumprimento das determinações do Poder Judiciário. À polícia militar cabe, excepcionalmente, as mesmas funções, mas apenas em infrações penais militares. Isso não impede que as duas instituições atuem de forma conjunta e coordenada. Pelo contrário, o sistema único de segurança pública impõe uma constante troca de informações e atuações dos dois órgãos, cada um contribuindo nas suas respectivas esferas de atividade.

A discussão tratada no artigo é importante porque, como se observou nas decisões judiciais que serviram de exemplo, outros órgãos possuem interesse e acabam desenvolvendo a atividade de investigação. No âmbito estadual, é perceptível que, por vezes, a polícia militar excede suas funções preventivas, de polícia ostensiva, praticando atividades típicas de polícia investigativa, que cabem à polícia civil.

Nesse sentido, o avanço sobre as funções da polícia civil, além de ferir normas constitucionais e legais, repercute no investimento estatal na instituição. Essa questão também foi tratada no presente trabalho e a conclusão a que se chegou é de que o aumento do efetivo ostensivo não acarretará redução significativa, muito menos extinção das práticas criminosas. Na verdade, o crime se deslocará e ocupará espaços onde o Estado não se faz presente, aliás, como já ocorre naturalmente. Logo, o fortalecimento da Polícia Civil como órgão destinado à investigação é medida que se impõe, não sendo passível de ser suprida pelo policiamento ostensivo.

Ademais, entre as polícias estaduais, a que já possui expertise para a investigação de infrações penais é a polícia civil. Não há qualquer vantagem, portan-

to, que outra instituição, com outra destinação final, realize a mesma atividade, atividade para a qual não possui treinamento e, muito menos, legitimidade para exercer. Não há dúvida que quando agentes que pertencem a uma força ostensiva – e que não possuem essa finalidade – resolvem ultrapassar os limites de suas funções, realizando investigações, poderão, possivelmente, prejudicar uma legítima investigação. Isso acarretará prejuízos ao Estado e à sociedade.

Ressalta-se, contudo, que isso não impede o diálogo entre as instituições, a troca de informações e o exercício conjunto de operações, uma vez que a finalidade é a mesma. O que se observa, apenas, é que há clara divisão de funções prevista no ordenamento jurídico e que o descumprimento às regras legais dificulta a destinação adequada dos recursos, gera prejuízo a trabalhos que podem ser realizados duplamente, bem como ao futuro da persecução penal que poderá se deparar com uma prova inválida ou ineficaz.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: MÉTODO, 2018

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 maio. 2022.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio. 2022.

_____. Emenda Constitucional nº 140, de 12 de setembro de 1996. **Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições constitucionais transitórias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm>. Acesso em: 10 maio. 2022.

_____. Lei n. 9.099/1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 15 maio. 2022.

_____. 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; define crimes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 jun. 2022.

_____. Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013. **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 02 de jun. de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 66.450/MG, da 5ª Turma. Brasília, DF, 22 de setembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus Nº 70047333448, da 3ª Câmara Criminal. Porto Alegre, RS, 15 de março de 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HOFFMANN, Henrique. **Investigação exclusivamente criminal é atribuição da polícia judiciária.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/academia-policia-investigacao-exclusivamente-criminal-atribuicao-policia-judiciaria>>. Acesso em: 05 de jun. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MARTINS JÚNIOR, Ayrton Figueiredo. **Ilegalidade de investigação de crimes comuns pela Polícia Militar - estudo de caso.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25544/ilegalidade-de-investigacao-de-crimes-comuns-pela-policia-militar-estudo-de-caso/2>>. Acesso em: 05 jun. 2022.

NÓBREGA, Bernardo Vieira da. A atuação da polícia ostensiva na repressão ao tráfico de drogas e a adoção das respectivas medidas de polícia judiciária. In: IBRAHIN, Francini Irene Dias; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; DE CARVALHO, Tristão Antonio Borborema (Org.). **Prova e Polícia Judiciária.** São Paulo: Mizuno, 2022.

QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de (Org.). **O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau.** São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

SANINI NETO, Francisco. Investigação Criminal: uma ciência a serviço da justiça. In: IBRAHIN, Francini Irene Dias; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; DE

CARVALHO, Tristão Antonio Borborema (Org.). **Prova e Polícia Judiciária**. São Paulo: Mizuno, 2022.

SANINI NETO, Francisco. **Polícia Judiciária e a Devida Investigação Criminal Constitucional**. Disponível em: <<https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943697/policia-judiciaria-e-a-devida-investigacao-criminal-constitucional>>. Acesso em: 10 de jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORNAGHI, Hélio. **Conceito de autoridade policial**. Disponível em: <<https://blogdodelegado.wordpress.com/conceito-de-autoridade-policial-na-legislacao-processual-penal-brasileira/>>. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

VALENTE, M. M. G. **Teoria Geral do Direito Policial**. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019.

A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: (IN) CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E PUNIBILIDADE EXACERBADA DA AUTORIDADE POLICIAL COMO MEDIDA LEGISLATIVA DE AUTOTUTELA PARLAMENTAR

Fernanda Drews Amorim¹

RESUMO: A Lei n. 13.869/19 é efetivamente eivada de inconstitucionalidade material? Em caso positivo, quais as consequências desta mácula substancial no desempenho das atribuições da autoridade policial? Tal problemática vem exposta através de explanação teórica que busca identificar a discussão legislativa que antecedeu a novel normativa na condição de verdadeira reação parlamentar às consequências oriundas de grandes operações policiais, constituindo-se em medida de autotutela política da criminalidade institucionalizada. Fruto de farta revisão bibliográfica e de pesquisa jurisprudencial e utilizando-se do método científico dedutivo, o objetivo desta pesquisa constitui-se em avaliar a convencionalidade da norma questionada, assim como o direcionamento da punibilidade dos tipos penais traçados pela lei em face de autoridades policiais, o que dificulta o desempenho das atribuições de polícia judiciária e investigativa, traçando-se breve paralelo com o histórico ocorrido na Itália. A reação legislativa de autotutela parlamentar que se observa em território brasileiro após a deflagração de grandes operações policiais não se traduz em exclusividade tupiniquim, sendo reflexo direto da voz da criminalidade institucionalizada – econômica e política – tal como ocorrido na Itália como consequência da Operação Mãos Limpas, ocasião em que igualmente restaram criminalizadas diversas condutas de autoridades ministeriais, policiais e judiciárias até então consideradas lícitas ou, na mais grave das hipóteses, meras irregularidades administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Direcionamento da punibilidade à autoridade policial. Inconstitucionalidade material. Medida de reação legislativa. Nova Lei de Abuso de Autoridade. Proteção à criminalidade institucionalizada.

¹Mestre profissional (*Law Legum Master* em Direito Empresarial) pela Fundação Getúlio Vargas. *Giurista Internazionale d'Impresa* pelo *Istituto di Studi di Management* (Roma/Itália). Delegada de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: fernandaamorim136@gmail.com.

THE NEW ABUSE OF AUTHORITY LAW: MATERIAL (UN) CONSTITUTIONALITY AND EXACERBATED PUNIBILITY OF POLICE AUTHORITY AS A LEGISLATIVE MEASURE OF PARLIAMENTARY SELF-PROTECTION

ABSTRACT: *Law no. 13.869/19 is effectively fraught with material unconstitutionality? If it is so, what are the consequences of this substantial stain on the performance of the duties of the police authority? This problem is exposed through a theoretical explanation that seeks to identify the legislative discussion that preceded the novel normative in the condition of a true parliamentary reaction to the consequences arising from large police operations, constituting a measure of political self-protection of institutionalized criminality. As a result of extensive bibliographic review and jurisprudential research and using the deductive scientific method, the objective of this research is to evaluate the conventionality of the questioned norm, as well as the direction of the punishment of the criminal types outlined by the law against police authorities, which greatly complicates the performance of judicial and investigative police attributions, drawing a brief parallel with what happened in Italy. The legislative reaction of parliamentary self-protection that is observed in Brazilian territory after the outbreak of large police operations does not translate into Tupiniquim exclusivity, being a direct reflection of the voice of institutionalized criminality – economic and political – as occurred in Italy as a consequence of Operation Mãos Limpas, when a lot of conducts by ministerial, police and judicial authorities until then considered lawful or, in the most serious of cases, just administrative irregularities, were also criminalized.*

KEY WORDS: *Directing punishment to the police authority. Material unconstitutionality. Legislative reaction measure. New Abuse of Authority Law. Protection to institutionalized crime.*

1 INTRODUÇÃO

A tentativa de renovação do ordenamento jurídico a partir de um ineditismo legislativo – leia-se a edição da Lei n. 13.869/19 – em relação à anterior normativa regedora do delito de abuso de autoridade não logra êxito no âmbito da comunidade jurídica, eis que comporta tipos penais abertos e com dirigibilidade voltada a autoridades específicas (ministeriais, policiais e judiciárias no âmbito do *jus persecutionis*), violando frontalmente o postulado da legalidade no viés da taxatividade e, via de consequência, autodeclarando-se como uma norma natimorta, dado o questionamento acerca de sua inconstitucionalidade material, o qual não há que escapar da discussão acadêmica.

É indubitável a ineficiência da antiga lei de abuso de autoridade (Lei Fe-

deral n. 4.898/65) em razão da cominação de penas consideravelmente baixas e sem efetivo poder dissuasório. Contudo, a novel legislação deixa de observar diversos princípios constitucionais penais, tais como a anterioridade e a *lex stricta*. Não há descrição pormenorizada das condutas proibidas, de modo a gerar verdadeira inconvenção da norma, que criminaliza posturas genéricas por meio de comandos vagos e imprecisos, comportamento vedado em sede de direito criminal, por ora tipificando penalmente comportamentos que até então configuravam meras irregularidades de cunho administrativo-funcional.

O artigo 27 da Lei n. 13.869/19 mostra-se como exemplo da mencionada vagueza jurídica ao prever a instauração de procedimento investigatório à falta de “qualquer indício” da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa. A carga de insegurança e de subjetivismo veiculada por meio de expressões como “qualquer indício” põe em xeque a autonomia dos poderes constituídos, a exemplo do Ministério Público e do Poder Judiciário, afetando gravemente, em última instância, o desenvolvimento da atividade policial, na medida em que torna praticamente inexecutáveis os atos do delegado de polícia, ferindo a discricionariedade que lhe é ínsita na condução e na concatenação lógica e cronológica dos atos procedimentais do inquérito ou do termo circunstanciado.

A ausência de previsibilidade objetiva e o direcionamento da tipologia penal da Lei n. 13.869/19 não é, no entanto, exclusividade do ordenamento jurídico pátrio. Em território italiano, há cerca de duas décadas fenômeno extremamente similar emerge após o atingimento da cúpula da criminalidade institucionalizada – econômica, política e híbrida – por meio das investigações levadas a cabo pela Operação Mãos Limpas. Verifica-se, portanto, que a reação legislativa brasileira em relação às medidas restritivas de liberdade e de patrimônio efetivadas com a Lava Jato traduz-se em uma reprodução de todo o cenário já visto na Itália na década de 1990 (um mil, novecentos e noventa).

A autoridade policial – a quem são dirigidas diversas figuras penais presentes na novel legislação – acaba por exercer suas atribuições com receios indevidos de uma penalização descabida. Outrossim, verifica-se que a Nova Lei de Abuso de Autoridade viola a tutela mínima anticorrupção e a proibição de retrocesso legislativo no combate a este mal. Medida que supostamente seria tida como frenagem à penalização direcionada a autoridades judiciárias, policiais e ministeriais é a exigência de comprovação do dolo específico na conduta do sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade, isto é, apenas se constituiria o delito com a presença devidamente comprovada de finalidade espúria (prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou, ainda, para atendimento de mero capricho ou satisfação pessoal), vedando-se o crime de hermenêutica. Somente naquelas situações específicas é que restaria configurado algum dos tipos penais delineados pela Lei n. 13.869/19, condição esta que vem sendo amplamente exigida pela jurisprudência.

Ato contínuo, a exigência de atestação do dolo específico inexistia na anterior e revogada Lei n. 4.898/65, bastando qualquer atentado aos bens jurídicos tutelados na norma para a consumação do crime. Entretanto, a exigibilidade de uma finalidade específica de agir não retira da novel normativa a inconstitucionalidade material que a macula, pois a vagueza e a indeterminação da tipologia criminal apresentada mostram-se insanáveis do ponto de vista da interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo salutar a discussão acadêmica e posteriormente parlamentar acerca da ab-rogação da norma, fazendo surgir nova disciplina sobre o abuso de autoridade, o qual não pode ser dirigido indistintamente a todo e qualquer servidor público, como o faz o vigente artigo 2º, eis que nem todos são dotados de autoridade em seu conceito administrativista.

Prefacialmente, portanto, vislumbra-se que o parco debate político que antecedeu a edição da Lei n. 13.869/19 não se caracteriza como uma ingenuidade ou um açodamento do Parlamento nacional, sendo, em verdade, a tentativa de autotutela dos próprios parlamentares, atingidos diretamente por grandes operações policiais recentes, em razão da condição de detentores do poderio econômico e/ou da influência necessária sobre os capitais humano e financeiro brasileiros, traduzindo-se a Nova Lei de Abuso de Autoridade em medida que dificulta sobremaneira a atividade investigativa, dirigindo os tipos penais às autoridades dotadas organicamente de poder de decisão no âmbito da persecução criminal, blindando os próprios sujeitos ativos dos crimes econômicos e funcionais das ações em relação às quais a polícia judiciária concentra seus esforços.

A partir das premissas expostas, o presente trabalho analisará pormenorizadamente os argumentos que militam em prol do efetivo reconhecimento da inconstitucionalidade material da Lei n. 13.869/19 – doutrinária e jurisprudencialmente – perpassando, *a posteriori*, pela análise da dirigibilidade dos tipos penais em detrimento das autoridades policiais de modo desproporcional, o que dificulta o desempenho do mister constitucional da polícia judiciária, para, ao final, traçar breve comparativo com a reação legislativa ocorrida em território italiano após a deflagração da Operação *Mani Pulite*, que igualmente visou o atingimento da cúpula da criminalidade institucionalizada, dotada de poderio político e econômico.

2 A LEI N. 13.869/19 E A SUA QUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Em um cenário jurídico no qual não basta ser probo, sendo igualmente necessário parecer sê-lo, as carreiras policiais deparam-se com a sensibilidade máxima que sempre lhe é ínsita: como decorrência do poder decisório acerca da vida e da liberdade, do máximo e do mínimo penais – tal como já letrava

Zaffaroni (2008) em seu conceito de direito penal subterrâneo – os delegados de polícia veem-se entrincheirados por uma norma que lhes fatia parte da saudável discricionariedade regrada e albergada pelo manto constitucional ao verificarem uma inovação legislativa que pretende cercear-lhes os poderes outorgados legislativamente.

Nesse sentido, sempre atual a lição de Maquiavel (2012, p. 32):

A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, ousarei dizer isto, que tendo-as e observando-as sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. E, porém, precisa ter um ânimo disposto a mudar segundo o comando dos ventos da fortuna e das variações das coisas e, como disse acima, não se distanciar do bem, se puder, mas saber entrar no mal, se precisar. [...]. Trate, pois, um príncipe de vencer e de manter o estado: os meios sempre serão julgados honrados e louvados por todos.

Considerando a máxima de que todo detentor de alguma espécie de poder está fadado a dele abusar, desviando-se de sua finalidade precípua, mostra-se indubitável a necessidade de serem estabelecidos limites e mecanismos de controle, mesmo em situações em que a atribuição de poder é mínima ou quase nula no campo prático. O excesso e o desvio de poder vêm tratados em nosso ordenamento jurídico pátrio pela novel e extremamente discutível Lei n. 13.869/19, consagrando uma tentativa legislativa de direcionar os elementos subjetivos da punibilidade a membros das Polícias Judiciárias, ao Ministério Público e aos juízes enquanto órgãos de jurisdição nacional.

Verifica-se, portanto, que a denominada “Nova Lei de Abuso de Autoridade” tipifica crimes funcionais, revogando integralmente a anterior Lei n. 4.898/65. O hodierno cenário jurídico repete, no entanto, os mesmos vícios que anteriormente eram apontados pela doutrina e pela jurisprudência no tocante à normativa revogada: cria ou mantém tipos penais extremamente abertos, violando o princípio da legalidade em seu viés da taxatividade, de modo a instaurar vagueza e insegurança jurídicas. Como agravante, o atual regramento contou

com pífia discussão legislativa e falta de transparência, votação simbólica (e não nominal) e em regime de urgência, promovendo o clarividente direcionamento da tipificação penal a agentes de segurança pública dotados de poderes investigatórios, dificultando o desempenho de suas funções de modo desproporcional.

A polêmica jurídica não se desgarra do ambiente político no qual a Lei n. 13.869/19 foi proposta, rapidamente discutida e surpreendentemente aprovada e publicada. Após a deflagração de duas grandes operações policiais que alcançaram todo o território nacional – as populares *Mensalão* e *Lava Jato* – a cúpula do poder político e econômico restou fatalmente atingida na tentativa de fulminar a denominada criminalidade institucionalizada, definida como o conjunto de delitos perpetrados por políticos e empresários que lograram posições de destaque público através do sufrágio ou do sucesso econômico, como bem explicitam Anselmo e Pontes (2019, p. 90-91):

O crime institucionalizado, com seus exércitos de nomeados em cargos e funções estratégicas, tem o poder de elaborar e promulgar normas administrativas, e até leis, que facilitem sua própria consecução. Enquanto organizações criminosas convencionais se servem de ameaças e violência explícita contra os adversários, o crime institucionalizado promove vinganças legislativas contra aqueles que se põem em seu caminho. Elas se consumam com a elaboração de projetos de lei que buscam inibir ou dificultar o trabalho dos investigadores.

A reação parlamentar foi construída sobre frágil base jurídica, porém forte apoio da classe politicamente dominante: a vingança legislativa, nos mesmos moldes do ocorrido com a Operação Mãos Limpas na Itália, não tardou a atingir os agentes de persecução penal, tolhendo-lhe atribuições e criminalizando condutas até então tratadas meramente como infrações de cunho disciplinar e, portanto, puníveis na seara administrativa. A autoridade de Polícia Judiciária, nesse contexto, é a detentora do cargo público mais afetado, eis que a sua atividade cotidiana, até então legitimada pelo ordenamento jurídico, consiste em tutelar, na condição de garantidora, determinados direitos fundamentais em detrimento do cerceamento de liberdades individuais.

Em assim procedendo, a Lei n. 13.869/19 violou o princípio da tipicidade penal, inserto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil e reproduzida no dispositivo inaugural do Código Criminal. A alta carga de subjetivismo dos tipos penais trazidos pela novel legislação fere igualmente os limites dos direitos fundamentais, como a reserva de lei proporcional, a título exemplificativo. Nesse sentido, o legislador que age em excesso

ou deficiência o faz de maneira desproporcional e, portanto, inconstitucional. A violação à proibição de excesso legislativo já foi objeto de apreciação pelas Cortes Superiores:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (BRASIL, 2000).

O propósito retaliatório da norma, a destinação de seu conteúdo a parcela específica de agentes públicos, o parco debate jurídico e parlamentar acerca da matéria, a criação e a manutenção de tipos penais vagos, a violação aos princípios da proporcionalidade e da impessoalidade geraram verdadeiro desvirtuamento do processo legislativo por meio do abuso do poder de legislar. Nesta seara, referem Costa, Fontes e Hoffmann (2021) que “Curiosamente não configura abuso de autoridade ‘aprovar lei em manifesta violação a preceitos da Constituição Federal’, o que faz surgir a suspeita do propósito de retaliação na edição da Lei.”

No sentido do que ora se expõe, ditam Pinheiro, Cavalcante e Branco (2020):

Aqui, porém, uma ressalva precisa ser feita: o contexto que circundou a aprovação relâmpago da chamada ‘Lei de Abuso de Autoridade’, sancionada com dezenas de vetos à redação oriunda do Poder Legislativo, que foram objeto de reversão posterior, deixa muito claro que esse diploma legal não foi fruto de uma preocupação real do Parlamento em punir abusos de autoridades no contexto acima referido. [...] A bem da verdade, trata-se de uma legislação concebida originalmente na Câmara dos Deputados sob o espúrio fim de autopreservação de muitos parlamentares investigados, acusados e até mesmo condenados pela prática de diversos crimes, em especial de corrupção (basta ver quem são os seus áduos defensores), numa espécie de retaliação geral.

No entanto, a normativa cujo processo legislativo foi desvirtuado – ironicamente enquadrando-se como abuso do direito de legislar - não restou incólume ao crivo de juristas e operadores do direito pátrio, o que bem se vislumbra pelo ajuizamento de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante a Suprema Corte. A título exemplificativo, as ADI's 6236 (de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros), 6238 (proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e outros), 6239 (ajuizada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil) e 6266 (veiculada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal), todas sob Relatoria do Excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes, com determinação de inclusão em pauta para apreciação pelo Tribunal Pleno datada de 10.02.2021².

Como bem refere Lima (2020, p. 21), “é ingênuo acreditar que o Congresso Nacional deliberou pela aprovação de uma nova Lei de Abuso de Autoridade tendo em vista única e exclusivamente o interesse da sociedade brasileira em coibir prática tão nefasta e odiosa quanto esta”.

A despeito das diversas impugnações judiciais à constitucionalidade da norma, Streck e Lorenzoni (2020) divergem da majoritária opinião doutrinária de que a Lei n. 13.869/19 estaria eivada de vício de inconstitucionalidade, referindo que os conceitos indeterminados presentes no diploma legal não configuram criminalização de hermenêutica ou de funções públicas. Os autores advogam a tese de que a necessidade de comprovação do dolo específico de prejudicar outrem ou de beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou, ainda, de agir por mero capricho ou satisfação pessoal, aliada à cláusula de proteção materializada na previsão de inocorrência de crime de hermenêutica em caso de divergência na interpretação de leis ou de avaliação de fatos e provas (artigo 1º, §2º, da Lei n. 13.869/19) consolidariam o seu caráter plenamente constitucional.

A partir de análise acurada do acervo doutrinário pesquisado, pode-se inferir que as autoridades policiais encontram-se entrincheiradas na busca de solução juridicamente adequada e proporcional à celeuma posta pela novel legislação. Na condição de primeiros tutores dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos que aportam o sistema penal brasileiro, os Delegados de Polícia Judiciária veem-se de todo receosos em desempenhar as funções que lhe são inerentes. A norma ora sob análise consolida certa violência legislativa à mais vulnerável das carreiras jurídicas, aquela que atende, serve e protege a sociedade como um todo, não se restringindo a despachar autos e ocorrências do alto de gabinetes burocráticos e descompassados com os fenômenos criminológicos.

O posicionamento jurisprudencial pátrio, a seu turno, consolidando a ca-

² Saliente-se que todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade mencionadas ainda não foram objeto de decisão de mérito, havendo tão somente pedido de inclusão conjunta em pauta formulado pelo Excelentíssimo Ministro Relator Alexandre de Moraes.

racterística histórica de pouco ou brevemente apurar as questões atinentes ao desempenho da atividade policial, mostra-se, até o presente, de todo tímido ao analisar as eventuais inconstitucionalidades materiais da Lei n. 13.869/19, restringindo-se à aferição do dolo específico (especial fim de agir) da autoridade policial de modo casuístico, assim como traçando orientações (não pacificadas) acerca da *abolitio criminis* ou da continuidade típico-normativa em relação à revogada Lei n. 4.898/65, conforme se vislumbra dos excertos abaixo relacionados, *ipsis litteris*:

Ementa: HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. 1. **NULIDADE DE ATOS PRATICADOS NO INQUÉRITO POLICIAL. ABUSO DE AUTORIDADE. ILICITUDE DA PROVA, POR DERIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA.** Teses de existência de nulidades no cumprimento de mandado de busca e apreensão, bem como em perícia realizada em arma de fogo, afastadas pela apontada *autoridade* coatora, na decisão que rejeitou os argumentos vertidos pelas defesas nas respostas à acusação, a qual apresentou fundamentação suficiente para tanto. Magistrado que consignou, modo expresso, os motivos pelos quais não identificava as máculas apontadas pelas defesas, não se visualizando novos argumentos ou outros elementos que permitam desautorizá-los. **Alegada nulidade decorrente da realização de depoimento noturno de corré, que teria indicado o envolvimento do paciente no fato denunciado, situação que caracterizaria abuso de autoridade e contaminaria toda a prova, tornando-a ilícita,** por derivação, que igualmente não autoriza a concessão da ordem. Apreensão de pequena quantidade de drogas com a corré, quando do cumprimento de mandado de prisão preventiva em seu desfavor, que caracterizava situação de flagrância, **autorizando o procedimento adotado pela autoridade policial, enquadrando-se na exceção prevista no art. 18 da Lei nº 13.869/2019, em combinação com o art. 69, parágrafo único da lei nº 9.099/1995,** a possibilidade de liberação do autor do fato somente estando prevista para momento posterior à lavratura do termo circunstanciado, **a demora para tanto, segundo a autoridade apontada coatora, decorrendo de fato da natureza, qual seja a tempestade que ocasionou pane nos sistemas informáticos da DP. Inexistência de hipótese de abuso de autoridade visualizável de plano.** Prova válida. Existência de elementos mínimos de prova a justificar a propositura da ação penal, a certeza quanto à responsabilidade penal do paciente estando reservada para a fase de cognição exauriente, após a instrução do feito. (BRASIL, 2021, Habeas Corpus Criminal n. 51754104520218217000, grifos nossos).

APELAÇÃO CRIME. CRIMES DO ESTATUTO DO TORCEDOR. PROMOVER TUMULTO E PRATICAR VIOLÊNCIA EM EVENTO ESPORTIVO. **CRIMES DA ANTIGA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE**. ATENTANDO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.PRELIMINAR. 2º FATO. CRIME DO ARTIGO 3º, 'A', DA LEI Nº 4.898/65. ABUSO DE AUTORIDADE POR ATENTADO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. **REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 13.869/2019. ABOLITIO CRIMINIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**. Na espécie, o réu, policial civil, foi acusado e condenado, em primeiro grau, por ter atentado, enquanto em serviço de policiamento discreto, no interior do Estádio Beira-Rio, durante a realização de evento esportivo (Grenal), contra a liberdade de locomoção de um torcedor, atacando-o ilicitamente, com violência, ameaças e imobilização agressiva, conduta que se amoldava, à época, aos lindes do artigo 3º, 'a', da Lei nº 4.898/65. Mas **com a entrada em vigor da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), o fato narrado na denúncia deixou de ser tratado como crime de abuso de autoridade, ausente tipo penal equivalente, no novo diploma legal, assim não sendo caso de aplicação do princípio da continuidade normativo-típica**. E também não há como desclassificar o fato para tipo penal outro, subsidiário, em especial aquele de constrangimento ilegal do artigo 146 do CP, pois não descrito, com todas as suas elementares, na inicial acusatória. Assim, diante da retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, **não mais existindo enquadramento legal para a situação narrada na denúncia, impositiva a extinção da punibilidade do réu, quanto ao 2º fato, com base no artigo 107, III, do CP. [...] PENA. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO, DIANTE DO RECONHECIMENTO DA ABOLITIO CRIMINIS EM RELAÇÃO AO 2º FATO**. REDUZIDA A MULTA APLICADA AO 1º FATO. AFASTADA A PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DESACOLHIDO O PLEITO DEFENSIVO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, 'G', DO CP. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL. 2021, Apelação Criminal n. 70083183269, grifos nossos).

APELAÇÃO CRIMINAL. ABUSO DE AUTORIDADE. LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, ABSOLVENDO OS DENUNCIADOS. INCERTEZA SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO DO DELITO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os apelantes WALDSON AFONSO DIAS DOS SANTOS e WATSON FRANCISCO DIAS

DOS SANTOS pretendem a reforma da sentença que absolveu os apelados diante da incerteza sobre a ocorrência do tipo subjetivo do delito de abuso de autoridade, cujos autores do fato seriam WALDSON AFONSO DIAS DOS SANTOS e WATSON FRANCISCO DIAS DOS SANTOS. 2. Com a criação da Lei nº 13.869 de 2019, a Nova Lei de Abuso de Autoridade, houve a revogação da antiga Lei 4.898 de 1964, devendo retroagir à época dos fatos abarcados na Denúncia, por ser lei que se reveste de caráter mais benéfico aos acusados, no caso concreto. Destaque-se que a nova legislação apenas prevê a punição de agentes públicos cuja conduta abuse o poder que lhe tenha sido atribuído (art. 1º), desde que tais condutas sejam praticadas com a finalidade de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro e ainda por mero capricho e satisfação pessoal (art. 1º, § 2). 3. No presente caso, conforme bem fundamentado pelo juízo de 1º grau, **não restou demonstrado, com a certeza que se exige no processo penal, o animus abutendi dos agentes, ou seja, o elemento subjetivo especial que anima a vontade do agente e que deve permear todas as condutas criminosas. Esse especial fim do agente não se presume, nem se deduz, e deverá ser demonstrado por prova inequívoca.** 4. Neste sentido, a decisão proferida não merece reparo, pois acertadamente concluiu que não restou demonstrada a certeza quanto ao **elemento subjetivo do tipo, essencial à configuração do delito.** APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. RELATÓRIO Dispensado o relatório nos termos do artigo 81, § 3º, da lei nº. 9.099/95. VOTO Os apelantes WALDSON AFONSO DIAS DOS SANTOS e WATSON FRANCISCO DIAS DOS SANTOS pretendem a reforma da sentença que absolveu os apelados diante da **incerteza sobre a ocorrência do tipo subjetivo do delito de abuso de autoridade**, cujos autores do fato seriam WALDSON AFONSO DIAS DOS SANTOS e WATSON FRANCISCO DIAS DOS SANTOS. (...) Com a criação da Lei nº 13.869 de 2019, a Nova Lei de Abuso de Autoridade, houve a revogação da antiga Lei 4.898 de 1964, devendo retroagir à época dos fatos abarcados na Denúncia, por ser lei que se reveste de caráter mais benéfico aos acusados, no caso concreto. Destaque-se que a nova legislação apenas prevê a punição de agentes públicos cuja conduta abuse o poder que lhe tenha sido atribuído (art. 1º), desde que tais condutas sejam praticadas com a finalidade de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro e ainda por mero capricho e satisfação pessoal (art. 1º, § 2). O elemento subjetivo geral no abuso de autoridade é o dolo. **Não há previsão legal de abuso de autoridade culposo.** Entretanto, logo no seu artigo inaugural a lei evidencia que o dolo, por si só, não é suficiente para que o crime

se perfaça. Além da consciência (elemento cognitivo) e da vontade (elemento volitivo) que compõem o dolo, é preciso algo a mais, uma finalidade específica que deve animar a conduta do agente. [...] No presente caso, conforme bem fundamentado pelo juízo de 1º grau, não restou demonstrado, com a certeza que se exige no processo penal, o animus abutendi dos agentes, ou seja, o elemento subjetivo especial que anima a vontade do agente e que deve permear todas as condutas criminosas. Esse especial fim do agente não se presume, nem se deduz, e deverá ser demonstrado por prova inequívoca. [...]

(BRASIL, 2021, n. 0002359-84.2015.8.05.0032, grifos nossos).

DECISÃO RECLAMAÇÃO. PENAL. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 14 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EVIDENCIADO. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. Relatório 1. Reclamação, com requerimento de medida liminar, ajuizada em 20.7.2021 por Carlos Alberto Pereira Cordeiro contra ato do juízo da Vara Criminal e Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária de Brazlândia/DF, que teria contrariado a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, “ao negar acesso aos elementos de provas já documentados nos autos da Ação Penal nº: 0702239-26.2021.8.07.0002”. [...] 3. Em 16.7.2021, ao proferir o ato reclamado, o juízo da Vara Criminal e Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária de Brazlândia/DF assentou: “A garantia constitucional disciplinada na súmula vinculante n. 14 não possui caráter absoluto e deve ser sopesada com o interesse público no sigilo das diligências a serem empreendidas para o êxito da investigação policial.** No caso, a limitação de acesso do advogado ao inquérito tem por objetivo preservar a efetividade das medidas restritivas determinadas e ainda pendentes de cumprimento, entre as quais a prisão temporária do investigado, que se encontra foragido. Nessa condição, se porventura ciente das diligências em curso, poderá comprometê-las. [...] Por fim, registro não desconhecer o que estabelece a Lei n. 13.869/2019; entretanto consigno que **o indeferimento do pleito não configura abuso de autoridade, porquanto temporário, tendo por finalidade garantir a coleta dos elementos necessários à elucidação dos fatos apurados.** [...] Na fundamentação, foi consignada a prevalência do interesse público no sigilo das diligências a serem empreendidas para o êxito da investigação policial em curso. Enfatizou-se que a momentânea limitação de acesso ao feito objetiva preservar a efetividade das medidas restritivas determinadas e**

ainda pendentes de cumprimento, entre as quais a prisão do paciente, que se encontra foragido e, nessa condição, se porventura ciente do teor da representação, poderá comprometê-la. Acrescento que, na ocasião, requisitou-se à autoridade policial a devolução/conclusão do inquérito policial relacionado (ID nº 97650588)". 8. **Para fundamentar o indeferimento momentâneo do acesso à defesa do reclamante, foi "consignada a prevalência do interesse público no sigilo das diligências a serem empreendidas para o êxito da investigação policial em curso".** [...]. Entretanto, o fato de o reclamante estar foragido e a existência de diligências pendentes não significa que a defesa deve ter vedado o acesso à totalidade dos documentos que constem do processo, inclusive àquele cujo acesso não comprometem o andamento da investigação. Na espécie, pelas informações prestadas, **a defesa do reclamante não teve acesso a qualquer documento do processo, inclusive aqueles que não comprometem o andamento das diligências.** Está evidenciada, portanto, a **contrariedade à Súmula Vinculante n. 14 deste Supremo Tribunal.** [...] 9. Pelo exposto, **julgo procedente a presente reclamação para determinar à autoridade reclamada conceda aos procuradores habilitados acesso, nos termos da Súmula n. 14 deste Supremo Tribunal, aos documentos constantes do processo na origem, referentes ao reclamante, já encartados em procedimento investigatório, que não comprometam as diligências em andamento,** adotando as providências necessárias para resguardar os direitos de terceiros e alertando o limite, se for o caso, do acesso e da responsabilidade de todos os que tenham acesso a dados que sigam em sigilo judicial, se descumprida a restrição necessária ao seguimento e efetividade das medidas processualmente adotadas. [...]

(BRASIL, 2021, Reclamação n. 48516, grifos nossos).

Lima (2020), a seu turno, alerta para a desnecessidade de preocupação, pelos agentes públicos, acerca de eventual penalização imposta em razão do desempenho de suas funções quando a conduta restar fundamentada e legitimada pela normativa convencional e constitucional ínsita ao Estado Democrático de Direito, *ipsis litteris*:

Enfim, partindo da premissa de que a Lei n. 13.869/19 não criminaliza nenhuma conduta legítima por parte de um agente público, mas tão somente aquelas em que este excede os limites de sua competência ou quando pratica um ato com finalidade diversa daquela que decorre explícita ou implícita-

tamente da lei, assim agindo com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, não há por que se temer a nova Lei de Abuso de Autoridade, muito menos permitir que sua entrada em vigor sirva como obstáculo ao escorreito exercício de toda e qualquer função pública (LIMA, 2020, p. 26).

A despeito da existência de posicionamentos doutrinários em sentido contrário, conforme visto, a Lei n. 13.869/19 constitui-se em indevida delegação legislativa em branco ou camuflada, incompatível com o princípio da legalidade penal. A insegurança jurídica instaurada compromete o desempenho da atividade policial, na medida em que não há previsibilidade objetiva do que é um comportamento típico ou não, consoante restará analisado no capítulo subsequente.

3 A DESPROPORCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLICIAL – TENTATIVA DE CERCEAMENTO DO DESEMPENHO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Os crimes de abuso de autoridade trazidos pela Lei n. 13.869/19 possuem múltipla objetividade jurídica, isto é, são classificados doutrinariamente como crimes pluriofensivos, eis que atingem, de forma imediata, direitos e garantias fundamentais de pessoas físicas e jurídicas que tenham dessa forma sido vili-pendiados³ e, de modo mediato ou secundário, a normalidade e a regularidade dos serviços públicos, que é objeto de tutela normativa na integralidade de seus artigos. A análise legal contempla ainda outra inferência: os delitos previstos pela Nova Lei de Abuso de Autoridade não admitem modalidade culposa, exigindo, outrossim, a presença de finalidade específica que deve animar a conduta consciente e volitiva do agente: trata-se do elemento subjetivo especial de (i) prejudicar outrem ou (ii) beneficiar a si mesmo ou a terceiro em razão de mero capricho ou para satisfação pessoal⁴, também denominado de *animus abutendi*.

Consoante lição trazida por Costa, Fontes e Hoffmann (2021, p. 46):

³ Nesse sentido, inserem-se a liberdade de locomoção, tutelada pelos artigos 9º, 10 e 12, a liberdade individual, protegida pelos artigos 13, 15 e 18, o direito à informação, querido pelo artigo 16, o direito de petição, tutelado pelo artigo 19, o direito à integridade física, objeto de proteção do artigo 21, o direito à assistência de advogado, protegido pelos artigos 20 e 32 e o direito à inviolabilidade do domicílio, cuja tutela radica-se no teor do artigo 22.

⁴ Refere parte da doutrina de cunho mais garantista que o elemento subjetivo especial dos tipos penais insertos pela Lei n. 13.869/19 é composto de modalidades alternativas, bastando que reste configurada a presença de apenas uma delas a fim de que se entenda pelo efetivo cometimento do delito.

Esse elemento subjetivo específico do tipo não precisa efetivamente se concretizar, bastando que exista na mente do autor, ou seja, é suficiente que a conduta do agente seja orientada por essa particular motivação, que deve ser demonstrada com base em elementos objetivos do caso concreto. Aliás, caso a acusação não demonstre expressamente na peça inaugural essa finalidade especial que anima o agente, a denúncia ou queixa será inepta e deverá ser rejeitada (art. 395, I, do CPP), por impossibilitar ao réu o exercício de seu direito de defesa.

Ressalte-se que, diante da ausência do elemento subjetivo especial, o fato é atípico, como na hipótese em que determinada autoridade policial, no afã de cumprir o seu mister, termina por cometer algum excesso: haverá ilegalidade em sua conduta, porém não restará configurado o delito de abuso de autoridade, dado que ausente o *animus abutendi*. Por tais razões é que os crimes preconizados pela Lei n. 13.869/19 não se compatibilizam com o dolo eventual, além de serem classificados como crimes de intenção e de resultado cortado (na medida em que o delito se consuma independentemente de o agente atingir o propósito pretendido).

A Convenção de Mérida (Convenção da Organização das Nações Unidas de Combate à Corrupção), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 5.687/06, dispõe expressamente, em seu artigo 6, n. 2, que:

Cada Estado-parte outorgará ao órgão ou aos órgãos mencionados no parágrafo I do presente Artigo **a independência necessária**, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, **para que possam desempenhar suas funções de maneira eficaz e sem nenhuma influência indevida.** (BRASIL, 2006, grifos nossos).

A ameaça perpetrada a autoridades policiais e a todos aqueles que atuam na atividade persecutória mediante a imposição legal de penas de prisão e perda do cargo a partir de certa normativa de conteúdo vago, impreciso e indeterminado é uma forma de descumprir cabalmente as disposições da Constituição Republicana e da supratranscrita Convenção de Mérida.

Diante das características postas, devem ser consideradas sobremaneira as peculiaridades das funções policiais quando de eventual imputação de delito de abuso de autoridade a esta categoria de servidores públicos, que laboram quotidianamente sob pressões internas e externas, não raras vezes ao cúmulo

da exaustão, imbuídos de uma missão constitucional bem delineada na Carta Política de 1988 sem, no entanto, estarem providos dos recursos tecnológicos suficientemente necessários à execução de seu mister. Este conjunto de fatores não exime a autoridade policial, a título exemplificativo, de fielmente exercer as funções que lhe são atribuídas, mas cria um cenário não raro insalubre para a consciente e diligente tomada de decisões.

Ao encontro do ora exposto verifica-se a figura delitiva trazida pelo artigo 27 da Lei n. n. 13.869/19, cuja redação resta de indispensável transcrição, *in verbis*:

Art. 27. Requisitar instauração ou **instaurar procedimento investigatório de infração penal** ou administrativa, em desfavor de alguém, **à falta de qualquer indício da prática de crime**, de ilícito funcional ou de infração administrativa⁵:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

(BRASIL, 2019, grifos nossos)

O tipo penal em análise é claramente um delito próprio, com dupla subjetividade passiva, sendo o sujeito passivo imediato ou principal a pessoa física ou jurídica que sofre a conduta abusiva, e o mediato ou secundário aquele catalogado como o próprio Estado ou a Administração Pública. Entretanto, o que causa estranheza é o direcionamento explícito da norma no que tange ao sujeito ativo do tipo: para a prática de “instaurar procedimento investigatório de infração penal...à falta de qualquer indício de prática de crime”, conforme grifos supra, a imputação recairá sobre a autoridade policial ao inaugurar inquérito policial ou termo circunstanciado de ocorrência desprovidos de elementos mínimos. Porém, questiona-se: qual seria a quantidade normativamente aceitável de elementos a fim de não incorrer o delegado de polícia no crime previsto no artigo 27?

Novamente, vislumbra-se que a vagueza da expressão “qualquer indício”, contida no *caput* do tipo penal em comento, é que beira à inconstitucionalidade e, a despeito da suposta blindagem ao cometimento do crime de hermenêutica, conforme artigo 1º, §2º, da Nova Lei de Abuso de Autoridade, a imprecisão contida na norma tem o condão de tão somente dificultar o desempenho da função policial, violando o princípio da legalidade em seu viés taxativo (*lex stricta*), o que lhe

⁵ O artigo em comento foi alçado à condição de exemplo a fim de bem ilustrar o direcionamento da punibilidade da Nova Lei de Abuso de Autoridade em face de delegados de polícia, na medida em que retrata a instauração de procedimento investigatório de infração penal diante da ausência de “qualquer indício” da prática de crime, consabido que a expressão em destaque denota claro propósito de criminalizar conduta a partir de expressão vaga, imprecisa e indeterminada, violando claramente o princípio da taxatividade penal.

rendeu o ajuizamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n. 6234 e 6240). Costa, Fontes e Hoffmann (2021, p. 260), no entanto, refletem que:

Não há que se falar em crime na conduta do delegado que determina a verificação da procedência das informações (art. 5º, §3º, CPP), procedimento cuja finalidade é justamente colher um mínimo de indícios (juízo de possibilidade) que autorizem a instauração de IP, TCO ou BOC.

Pode-se dizer inclusive que o comando legal do suprarreferido artigo 27 viola a concatenação de atos da persecução penal no âmbito do sistema acusatório, eis que consabido, de longa data, que a ausência de princípio de justa causa (indícios mínimos) permite o encerramento anômalo do inquérito policial, na medida em que a justa causa propriamente dita somente será alcançada *a posteriori*, com a conclusão das investigações na fase pré-processual e com o efetivo oferecimento da denúncia ou da queixa-crime (a depender da natureza da ação penal correlata). São necessários indícios enquanto elementos de convicção semiplena, de percepção vertical rasa e cognição sumária.

A celeuma acerca da imprecisão do tipo retorna à baila quando se sabe inexistir na legislação, na jurisprudência ou mesmo no campo doutrinário a definição taxativa de quais elementos configurariam um princípio de justa causa apto a ser utilizado pela autoridade policial. O Supremo Tribunal Federal, no âmbito do *Habeas Corpus* 95.244, julgado em 30.04.2010, manifestou entendimento no sentido de que a denúncia anônima, por si só, não autoriza a deflagração do inquérito policial; por outro lado, consideraram o Pretório Excelso e o Superior Tribunal de Justiça que a matéria jornalística, a palavra do colaborador e o relatório policial poderiam ser considerados indícios mínimos, consoante decisões proferidas no seio do RHC 98.056 (julgado em 04.06.2019), do Inquérito 4.244 (julgado em 20.11.2018) e do AgRg no RHC 104.734 (julgado em 11.04.2019), respectivamente.

No que toca à classificação doutrinária do delito ora em análise, tem-se por crime material, dado que se aperfeiçoa quando da efetiva instauração do procedimento. No caso específico do inquérito policial, tem-se como indispensável haver portaria inicial lavrada, registrada e autuada, sendo insuficiente a realização informal de diligências meramente preliminares. Cuida-se, ainda, de crime instantâneo e de ação múltipla alternativa, sendo admitida a tentativa (*conatus*) justamente em razão de ser o crime plurissubsistente, verificando-se a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*.

Outrossim, importante consignar que a presente consubstancia-se em infração de menor potencial ofensivo, incidindo o procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal, regulamentado pela Lei n. 9.099/95, assim como as

medidas despenalizadoras ali previstas. Não se aplica, no entanto, a defesa preliminar decorrente do procedimento especial aplicável aos crimes de responsabilidade praticados por funcionários públicos, trazida pelos artigos 513 a 518 do Diploma Processual Penal, a despeito de ser classificado como delito funcional. Por fim, inadmissível o acordo de não persecução penal, dado que cabível a transação penal (artigo 28-A, §2º, inciso I, do CPP) e, considerando-se que a pena mínima é de 06 (seis) meses, admite-se a suspensão condicional do processo.

Muito embora tenha sido utilizado o artigo 27 da Nova Lei de Abuso de Autoridade como exemplo apto a atestar as incongruências do diploma legal no que tange à sua delicada imprecisão técnica, à sua provável inconstitucionalidade e ao claro direcionamento da norma às autoridades policiais, dificultando o desempenho do mister constitucional conferido a estas, a integralidade da lei em comento vem ao encontro da temeridade narrada, o que bem se vislumbra igualmente na narrativa dos artigos 10 (decretação descabida de condução coercitiva), 12 (omissão de comunicação de prisão), 16 (omissão de identificação a preso), 18 (interrogatório noturno), 30 (deflagração de persecução sem justa causa), 31 (procrastinação injustificada de investigação) e 32 (negativa de acesso à investigação).

4 O RECRUDESCIMENTO PENAL COMO REAÇÃO LEGISLATIVA A GRANDES OPERAÇÕES POLICIAIS QUE ATINGIRAM A CÚPULA DA CRIMINALIDADE INSTITUCIONALIZADA

A Lei n. 13.869/19 não adveio ao ordenamento jurídico pátrio como resposta legislativo-corporativa a grandes operações policiais – a mencionar-se a Lava Jato – de maneira inédita. Da máxima de que “nada se cria, tudo se copia”, na Itália dos anos 1990 (um mil, novecentos e noventa) e 2000 (dois mil), fenômeno de curiosa similaridade ocorreu nos campos político, jurídico e do alto empresariado, envolvendo nomes como *Silvio Berlusconi* e o magistrado *Giovanni Falcone*, este morto pela máfia italiana no ano de 1992 (um mil, novecentos e noventa e dois) por supostamente investigar membros de um dos maiores poderes paralelos de que se têm notícias até a atualidade: a *Cosa Nostra*.

As reações jurídicas no Velho Continente concentraram-se em atacar o uso da prisão cautelar como abusivo e vinculado à pretensão de promover acordos de colaboração premiada. Em solo tupiniquim, a tese de vincular as prisões cautelares à estratégia de forçar confissões e colaborações premiadas logrou consistência por ocasião das manifestações do Procurador da República Manoel Pastana no seio dos *Habeas Corpus* que tramitavam junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região no início da Operação Lava Jato, em 2014 (dois mil e quatorze). Argumentava o Procurador que a prisão preventiva também seria válida

para influenciar o ânimo do preso em colaborar, o que revelaria eventual pretensão de usar esse instrumento excepcional com finalidade espúria.

O Ex-Procurador da República e então coordenador da força-tarefa da Lava-Jato em Curitiba, Deltan Dallagnol, teceu comentários acerca das comparações feitas entre o número de prisões preventivas levadas a cabo e a expressividade dos acordos de delação premiada:

A vinculação entre prisões e colaborações, feita por críticos, também é falaciosa porque há inúmeros casos no Brasil com prisões preventivas mantidas por meses sem que os réus tenham decidido colaborar, inclusive na Lava-Jato. Prisões, definitivamente, não causam colaborações – a prisão não é condição nem necessária nem suficiente para a colaboração. Além disso, se as prisões tivessem sido usadas na Lava Jato para obter colaborações, seria natural que, após a prisão, o réu fosse procurado pelo Ministério Público com uma oferta tentadora. Contudo, em absolutamente todos os casos de colaboração na Lava Jato, a iniciativa foi do advogado, como estratégia de defesa, e jamais do Ministério Público. (COSTA; FONTES; HOFFMANN, 2021, p. 46).

Na Itália, assim como no Brasil, houve quem comparasse a colaboração premiada de presos às torturas ocorridas na ditadura do regime fascista encabeçado por *Benito Mussolini* ou com as barbáries praticadas com acusados de participação em atos de terrorismo pelos Estados Unidos, mantidos em cativeiro, como que em um limbo jurídico, na Baía de Guantánamo, em Cuba. Tais comparações, na visão de Chemim (2018), seriam totalmente despropositadas, eis que, em sede de colaboração premiada, nenhum réu/acusado vem a ser forçado a dizer o que eventualmente sabe, diferentemente do que ocorre em inquirições pautadas pela tortura física ou psicológica. Segue o autor mencionando que, quando a prova contra o acusado é absolutamente robusta, ele pode usar a colaboração a seu favor para obter uma pena menor, mas apenas se assim o desejar. Caso não esteja de acordo, seja porque não considera a colaboração moralmente aceitável, seja por acreditar que possa ser equiparada à tortura, a saída é simples: recusar-se a celebrar o acordo.

Quanto às reações legislativas propriamente ditas, em solo italiano, disserta Chemim (2018) que, no auge da Operação Mãos Limpas no ano de 1992 (um mil, novecentos e noventa e dois), foram propostas reformas constitucionais que visavam desvincular o Ministério Público italiano da magistratura, não para garantir sua independência e facilitar a atuação como órgão autônomo também em relação ao Poder Judiciário, mas para subordiná-lo ao Poder Executivo ou – inclusive – ao Poder Legislativo. Tal vinculação serviria como propósi-

to espúrio de premiar desvios comportamentais dos detentores de poder, que ficariam imunes a possíveis ações de um *Parquet* a eles subordinado.

Outras inúmeras e inacreditáveis iniciativas legislativas contra a Mãos Limpas implodiram na Itália. No ano de 1993 (um mil, novecentos e noventa e três), o então Ministro da Justiça *Giovanni Conso* publicou um decreto que levou o seu nome – Decreto Conso – prevendo a descriminalização do financiamento ilícito aos partidos (caixa dois). Tal espécie de conduta passaria a ser punível tão somente no âmbito administrativo, com multa passível de parcelamento e custeio pelo partido e não necessariamente pelo político envolvido na condição de pessoa física. O mesmo decreto reintroduziu o sigilo das investigações, eliminado pelo Código de Processo Penal italiano de 1989 (um mil, novecentos e oitenta e nove).

Um possível embrião da Nova Lei de Abuso de Autoridade Brasileira foi o Projeto de Lei n. 4.850/2016, denominado como “Dez Medidas contra a Corrupção”, o qual ironicamente pretendia criminalizar condutas de juízes e promotores relacionadas ao trabalho de combate à corrupção institucionalizada e aos delitos de colarinho branco. As figuras penais então tipificadas no projeto eram significativamente abertas, possibilitando inclusive a criminalização de interpretações divergentes (não se olvidando de que o crime de hermenêutica encontra blindagem legal inserta no artigo 1º, §2º, da Lei n. 13.869/19), manifestando a intenção punitiva em face de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário que, em ações de improbidade administrativa, agissem de maneira “temerária”.

Com tal medida, a Câmara dos Deputados conseguiu reavivar, sem a necessária discussão temática, inclusive com a sociedade civil e com as comunidades interessadas – a partir da realização de audiências públicas, por exemplo -, o famoso Projeto de Lei n. 265/2007, cunhado como “Lei Maluf” ou “Lei da Mordaca”, um evidente passo rumo à consolidação da impunidade da criminalidade institucionalizada.

A trajetória da Operação Mãos Limpas na Itália viu seu *script* sendo reproduzido em território brasileiro quase 24 (vinte e quatro) anos depois: mudam os personagens, não mudam as reações. A despeito de a Polícia Judiciária não deter, na península itálica, a mesma importância político-jurídico-social que vem paulatinamente angariando no Brasil, é fato que a similitude entre as reações legislativas ocorridas em ambos os países traçou destinatários muito específicos: aqueles que, de uma forma ou de outra, influenciariam nas investigações e em futuras condenações dos detentores do poderio político e econômico de cada nação.

Uma série de outros diplomas legais vieram a beneficiar os réus na Operação Mãos Limpas, esvaziando inúmeros processos criminais em tramitação,

tais como:

- (i) Decreto *Biondi* (“Decreto Salva Ladrões”): vedação de prisão preventiva quando do cometimento de crimes contra a administração pública e o sistema financeiro, admissão exclusiva de prisão domiciliar, diminuição do tempo para instrução probatória e proibição de divulgação das investigações pela imprensa;
- (ii) Decreto Tremonti n. 350 (“escudo fiscal”): possibilidade de reingresso de dinheiro angariado ilegalmente ou mantido no exterior para o território italiano, de modo que, com a repatriação, o réu se beneficiaria da extinção da punibilidade por sonegação fiscal, sonegação de contribuição previdenciária, falsificação de documento público, lavagem de capitais, falsidade ideológica e uso de documento falso. Cumpre ressaltar que a legislação brasileira de repatriação de ativos (Lei n. 13.254/16) contou com discussões, no âmbito do Congresso Nacional, acerca da ideia de permitir o reingresso no país igualmente de recursos, bens e direitos de origem ilícita, tal como previa a normativa italiana;
- (iii) Medida Provisória alterando regras para ingresso na magistratura e para atuação e responsabilização de membros do Ministério Público: ao final de julho de 2005 (dois mil e cinco), o governo italiano enviou ao respectivo Parlamento uma medida provisória com o fito de alterar a forma de ingresso na carreira da magistratura e de proibir que membros do Ministério Público explicassem as investigações já efetuadas à imprensa, de modo a punir aqueles servidores que “perseguissem fins diversos daqueles de justiça”, expressão dotada de similar abstração àquelas encartadas na Nova Lei de Abuso de Autoridade. Em território tupiniquim, o Projeto de Lei n. 280/16, relatado pelo Senador Romero Jucá (MDB), visava desde então repaginar os crimes de abuso de autoridade, prevendo similaridades com as disposições da medida provisória italiana, tipificando, a título exemplificativo, o crime de hermenêutica. Felizmente, tal absurdo não restou concretizado, o que não deixa de significar, entretanto, que a legislação em comento seja materialmente constitucional ou que não seja direcionada a agentes públicos específicos, conforme supramencionado.

No entanto, a opinião de que grandes operações levadas a cabo por polícias judiciárias em conjunto com o Ministério Público, tais como a emblemática Lava Jato, descortinaram a criminalidade institucionalizada no Brasil, tal como operado na Itália com a *Mani Pulite*, não é endossada por todos os operadores jurídicos pátrios. Fernandes (2020) traça considerações sobre eventuais abusos que tenham sido perpetrados pelo ex-juiz Sérgio Fernando Moro, mormen-

te quando o magistrado determinara a prisão de investigados, deslocando-os à carceragem da polícia mesmo quando os fatos teriam ocorrido fora da jurisdição paranaense, o que, segundo o autor, seria uma estratégia para dificultar a resistência da defesa.

Entretanto, conforme se vislumbra da exemplificação doutrinária abaixo referida, há quem entenda que ambas as operações ora avaliadas resultaram em maxiprocessos criminais, caracterizados como processos empregados na condição de instrumento de luta contra a criminalidade organizada, traduzindo-se, porém, na imputação de um sem-número de delitos a uma quantidade considerável de acusados, o que configuraria verdadeira expansão pluridimensional do processo penal. De acordo com a lição de Boldt (2020), em uma visão um tanto distorcida do garantismo de *Luigi Ferrajoli*:

Como elemento estrutural do subsistema penal de exceção, o fenômeno dos maxiprocessos se desenvolve em três dimensões distintas: (a) horizontalmente, mediante megainvestigações contra centenas de indivíduos, das quais geralmente decorrem prisões provisórias sem fundamentos aptos a justificá-las, mas extremamente úteis como instrumentos de coerção e obtenção de delações; (b) verticalmente, com a multiplicação da responsabilidade dos investigados e dos réus; (c) temporalmente, por meio do prolongamento excessivo dos processos, violando, no caso brasileiro, a duração razoável do processo e viabilizando a manutenção desmesurada da prisão preventiva, especialmente em virtude da ausência de prazo legal para a sua duração (BOLDT, 2020, p. 07).

No sentido do ora exposto e em contraposição ao argumento-base defendido nesta pesquisa, Débora de Araújo Amaral Ribeiro (2020) entende os megaprocessos criminais como uma consolidação do processo penal de emergência, sendo o *lawfare* um instrumento para a efetivação do gigantismo criminal, o que bem se enquadraria, a despeito da diferenciação ideológica ora atribuída ao fenômeno, nas ocorrências relatadas nas Operações Mãos Limpas e Lava Jato. Nesta toada, disserta Ribeiro (2020, p. 30):

O resultado de todo esse processo é a transferência do *lawfare* das trincheiras dos campos de guerra para os tribunais, que será a nuance analisada por esse capítulo. Acrescenta-se o aspecto político desse movimento de ruptura com a destrutividade dos conflitos armados, sendo agora o fenômeno do *lawfare* nas guerras enfrentadas nos tribunais, a partir da definição de um inimigo – essencialmente – político.

Fernandes (2020) refere ainda que o intento levado a cabo pela Grande Operação brasileira seria um processo de deslegitimação da classe política, amparado pelo isolamento no cárcere e pelo largo uso da imprensa a fim de promover vazamento de informação, mantendo o interesse público elevado com o alto fluxo de informações. O contraponto feito pelo autor alcança ares de militância política no seio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), à qual ele atribui a condição de coautora das supostas barbáries cometidas pelo então magistrado Sérgio Fernando Moro. Denominando a mais bem-sucedida articulação policial-ministerial de “Vaza Jato”, Fernandes (2020) aplaude o jornalista *Glenn Greenwald* e afirma categoricamente que Sérgio Moro agiu de forma diametralmente oposta ao que escreveu em seu texto sobre a *Mani Pulite*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da revisão bibliográfica pormenorizada e cuidadosamente realizada, confirmam-se os vários indicativos de inconstitucionalidade material que maculam substancialmente a Lei n. 13.869/19. Como mencionado, a tramitação célere do processo legislativo que culminou na novel legislação acerca do abuso de autoridade nacional não se deu em razão de uma necessidade bem intencionada de ver revogada a Lei n. 4.898/65, a qual indubitavelmente trazia penas insuficientes à repressão desta espécie de delito. No entanto, passados mais de 50 (cinquenta) anos de vigência de uma normativa rasa e deveras incentivadora de todos os tipos de abuso, típica de um cenário autoritarista pelo qual perpassava o Brasil, surge uma lei claramente direcionada a determinadas carreiras públicas, punindo condutas até então consideradas lícitas ou, quando muito, meras irregularidades administrativo-funcionais.

O delegado de polícia judiciária, no exercício de suas atribuições, vê-se como figura particularmente atingida pela Lei n. 13.869/19, assim como autoridades ministeriais e judiciárias. Os movimentos em prol da declaração de inconstitucionalidade material da normativa em questão estão bem demonstrados pela quantidade e pela qualidade de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que se radicam em tramitação junto ao Supremo Tribunal Federal, ajuizadas por Associações Nacionais de Magistrados, de Delegados de Polícia e de Membros do Ministério Público.

Clara restou, portanto, a diversas categorias de carreiras jurídicas, a inconstitucionalidade da Nova Lei de Abuso de Autoridade, que viola o princípio da legalidade no âmbito da taxatividade penal, inserta no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil e que vem reproduzida no dispositivo inaugural do Código Criminal. Através da criação de tipos penais abertos, o Congresso Nacional, no exercício de uma autotutela parlamentar, logrou dirigir os novos delitos criados a autoridades policiais quando estas, a título exemplificativo, instauram procedimentos investigatórios à falta de indícios

suficientes da prática do crime, tal como delineado no artigo 27 da legislação em comento, tipificação utilizada como exemplo demonstrativo da dirigibilidade da norma a autoridades dotadas de poder decisório na seara penal.

O debate acerca da constitucionalidade da norma não perpassou incólume pela comunidade acadêmica e pela classe advocatícia, meios em que muitos militam no sentido de que a vedação ao crime de hermenêutica e a exigência de dolo específico na conduta do agente, trazidos pelo artigo 1º, §§1º e 2º, da Lei n. 13.869/19, consolidariam o seu caráter constitucional, blindando as autoridades públicas de eventuais imputações de abuso. No entanto, parece-nos que tal ilação é mais uma contrapartida oferecida pelo próprio Parlamento às reivindicações das categorias atingidas em uma tentativa de blindagem da criminalidade institucionalizada, política e econômica.

O recrudescimento penal no tocante à punibilidade dos delitos de abuso de autoridade logra contornos de verdadeira medida de autotutela parlamentar, tal como ocorrido em território italiano após a instauração dos maxiprocessos visando à apuração de crimes cometidos pela máfia siciliana *Cosa Nostra*, operação esta que restou denominada de *Mani Pulite*, substancial inspiração para a nacional Lava Jato.

A autotutela, a bem da verdade, representa uma tentativa exitosa ou não – e a análise deste êxito deve aguardar a passagem do tempo – dos membros da alta cúpula política, ocupantes de cargos eletivos junto ao Congresso Nacional, de proteger a si mesmos e a seus pares em face do *jus puniendi* estatal. Tutelam-se mutuamente, legislando de modo indevido, com ofensa ao devido processo legislativo, que corre a largos passos e vem desprovido do necessário debate prévio, na tentativa de criminalizar condutas policiais, ministeriais e judiciárias que investiguem, promovam ou julguem crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional ou contra a Ordem Tributária, corriqueiramente denominados de delitos de colarinho branco.

A indeterminação e a alta carga de subjetivismo dos tipos penais trazidos pela novel legislação ferem igualmente os limites dos direitos fundamentais, como a reserva de lei proporcional, traduzindo-se em abuso do poder de legislar do Parlamento ao ironicamente tentar estabelecer uma blindagem político-econômica à eventual ocorrência de abusos perpetrados por servidores públicos de carreira investidos em cargos cujo poder decisório lhes seja ínsito. A redoma pretendida não se traduz em um ineditismo brasileiro, sendo tal reação legislativa aos resultados logrados com a Operação Lava Jato extremamente similares ao cenário jurídico-criminal que se instaurou na Itália após a conclusão da *Mani Pulite*. Talvez porque, assim como o crime, a sociedade política seja cíclica: avanços e retrocessos repetem-se em um círculo vicioso, corruptivo e substancialmente imitativo. Que não seja a polícia judiciária, no entanto, a face mais frágil e suscetível deste fenômeno, sob pena de ver-se Sísifo sem possibili-

dade de ressignificação na sociedade democrática.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio; PONTES, Jorge. **Crime.gov**: quando corrupção e governo se misturam. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter e TRAVAGLIO, Marco. **Operação Mãos Limpas**: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Porto Alegre: Citadel, 2016.

BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1209-1237, set./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.385>. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407**. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 13-12-2000. 2000. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1633066>. Acesso em: 09 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869compilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Criminal n. 51754104520218217000**. Paciente/impetrante: Segredo de Justiça. Impetrado: Segredo de Justiça. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. Julgado em: 27-10-2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70083183269**. Apelante: Cristian da Silva Lopes. Apelado: Ministério Público. Relatora: Desembargadora Isabel de Borba Lucas. Julgado em: 29-01-2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Recurso Inominado n. 0002359-84.2015.8.05.0032**. Apelantes: Waldson Afonso Dias dos Santos e Watson Francisco Dias dos Santos. Apelados: Elton Silva Queiroz e Bruno Alberto dos Santos Menezes Nascimento. Relatora: Juíza Nícia Olga Andrade De Souza Dantas. Julgado em: 26-04-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 48516**. Reclamante: Carlos Alberto Pereira Cordeiro. Reclamado: Juiz de Direito da Vara Criminal e Tribunal do Júri de Brazlândia. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em: 20-08-2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6223813>. Acesso em: 09 jun. 2022.

CAPEZ, Fernando; ROBERT, Hans. **Lei de abuso**: limite da liberdade jurisdicional para assegurar a individual. Revista Consultor Jurídico, out 2019, n.p. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/lei-abuso-limite-liberdade-jurisdicional-liberdade-individual>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato**: a corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: CDG, 2018.

COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. **Lei de abuso de autoridade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DALLAGNOL, Deltan. **Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus**. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoas-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>. n.p. Acesso em 30 mar. 2022.

FERNANDES, Fernando Augusto. **Geopolítica da intervenção**: a verdadeira história da Lava Jato. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MALAN, Diogo. Megaprocessos e direito de defesa. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução e Notas Leda Beck. São Paulo: Martin Claret Editora, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A nova lei de abuso de autoridade**. Migalhas, out 2019, n. p. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/312282/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 27 mar. 2022.

PASTANA, Manoel. **Por que sustento prisão preventiva para corroborar delação premiada**. Revista Consultor Jurídico, dezembro 2014, n. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-01/manoel-pastana-sustento-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em: 25 mar. 2022.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. **Nova lei do abuso de autoridade: comentada artigo por artigo**. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020.

REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *In: Revista de Direito Público*, n. 39-40, p. 73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

RIBEIRO, Débora de Araújo Amaral. **A prática do lawfare político nos maxiprocessos e a imparcialidade judicial**. Orientador: Francisco Ortigão. 2020. 70 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

SILVA, Ivan Luís Marques da; MARQUES, Gabriela Alves Campos. **A nova lei de abuso de autoridade**. 1^a. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. **Comentários à nova Lei do Abuso de Autoridade: artigo por artigo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL: ANÁLISE DOS CASOS OCORRIDOS NO MUNICÍPIO DE SANTA MARIA-RS

Olinda Barcellos¹

Márcia de Fatima Sarturi²

RESUMO: A temática deste trabalho é o abuso sexual infanto-juvenil, focando-se na identificação e estudo de casos. Trata-se de crime e é considerado um fenômeno social complexo e de difícil enfrentamento, já que costuma ser praticado por uma pessoa próxima da vítima, muitas vezes, da própria família. Além disso, o abuso sexual, no Brasil, é a segunda maior violência praticada sobre esta faixa etária que pouco ou nada pode fazer em sua defesa. Então, é fundamental pesquisar este assunto para saber quais as formas e ferramentas podem ser utilizadas, tanto no combate deste crime como na proteção das vítimas. Para tanto, o objetivo desta pesquisa foi descobrir quais as características que estão presentes nos casos de abuso sexual infanto-juvenil no município de Santa Maria-RS, no período de 2010 a 2015. Cabe destacar que os dados foram coletados por meio da análise de procedimentos elaborados pela Delegacia de Polícia de Proteção à Criança e Adolescente - DPCA/3ª RP/PC/RS. A metodologia utilizada para a elaboração deste estudo foi a bibliográfica, com método de abordagem dialético dedutivo e método de procedimento estatístico. Enfim, frisa-se que os resultados obtidos com esta pesquisa se mostram bastante relevantes, uma vez que eles permitiram conhecer os contornos do problema e geraram subsídios para combater tal crime. Além disso, evidenciou-se que é preciso mais atenção e políticas de prevenção para que a tutela dos infantes seja eficaz, como prevê a legislação vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso sexual. Direito Penal. Família. Infanto-juvenil. Polícia Civil.

¹ Doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), Faculdade Palotina (FAPAS) e Academia de Polícia (ACADEPOL). E-mail: barcellos.olinda@gmail.com.

² Graduada em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, 2003) e em Direito pela Faculdade Palotina (FAPAS, 2007). Inspetora da 2ª Delegacia de Polícia Civil de Santa Maria. E-mail: marcia-sarturi@pc.rs.gov.br; sarturim@hotmail.com.

SEXUAL ABUSE OF CHILDREN AND YOUTH: ANALYSIS OF CASES OCCURRED IN THE MUNICIPALITY OF SANTA MARIA-RS

ABSTRACT: *The theme of this work is the children's sexual abuse, focusing on the identification and case studies. As this type of crime is considered a complex social phenomenon of difficult confrontation, as it is usually practiced by a person close to the victim, often of their own family. Furthermore, sexual abuse, in Brazil, is the second major violence on this age, that little or nothing can do to in its own defense. So, it is fundamental to research this subject to find out the ways and tools which can be used, both in combating this crime and in protection of victims. Therefore, the objective of this research was to find out what features are present in cases of child and adolescent sexual abuse in Santa Maria-RS, in the period between 2010 and 2015. It is worth highlighting that the data was collected through analysis procedures drafted by the Protection Police Department for Children and Adolescents - DPCA/3rd RP/PC/RS. The methodology used for the elaboration of this study was the bibliographical, with deductive dialectical method of approach and method of statistical procedure. Finally, it emphasizes that the results from this research show quite relevancy, since they allowed to know the problem outlines and generated grants to combat such crime. Moreover, it was shown that it takes more attention and preventive policies for the effectiveness of protection of infants, as envisaged by the law.*

KEY WORDS: *Sexual abuse. Criminal Law. Family. Children and Youth. Civil Police.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema o abuso sexual infanto-juvenil, focando-se na identificação e análise dos casos ocorridos no município de Santa Maria-RS, entre 2010 e 2015. A relevância do assunto se dá na medida em que este tipo de crime é considerado um fenômeno social complexo e de difícil enfrentamento, já que a vítima é pessoa frágil, ou seja, tem pouca ou nenhuma possibilidade de evitar ou de se defender do ato praticado por seu algoz.

Diante disso, o objetivo desta pesquisa é identificar quais as características desse tipo de crime (número de casos, quem é o comunicante da ocorrência policial, sexo, idade, endereço da vítima, local dos fatos, quem é o abusador, se indiciado ou não) que podem estar presentes nos casos de abuso sexual infanto-juvenil no município de Santa Maria-RS, entre 2010 e 2015. Também, verificar e analisar os casos de abuso sexual infanto-juvenil ocorridos no município de Santa Maria-RS, entre 2010 e 2015, a partir dos procedimentos elaborados pela Delegacia de Polícia de Proteção à Criança e Adolescente – DPCA/3^a RP/PC/RS.

Dessa maneira, buscou-se obter uma amostra do contexto conceitual de abuso sexual como crime violento contra criança e adolescente, bem como, sua diferenciação de exploração sexual; ainda, analisar as características de casos de abuso sexual infanto-juvenil no município pesquisado.

Quanto à metodologia utilizada, cabe esclarecer que esta é de cunho bibliográfico, por este se tratar de um trabalho acadêmico e científico. Desse modo, para compor a pesquisa bibliográfica, foram pesquisadas: leis, doutrinas e artigos referentes ao tema. A partir deste material coletado, foi desenvolvido o primeiro capítulo deste estudo.

No que concerne ao método de abordagem, adota o dialético indutivo. O objetivo da aplicação desta metodologia tem a finalidade de analisar os crimes de abuso sexual praticados contra crianças e adolescentes no âmbito familiar ou fora dele. Em relação ao método de procedimento, é aplicado o estatístico qualitativo e quantitativo com levantamento de dados primários e secundários. Desse modo, com os resultados desta pesquisa de campo, obteve-se subsídio e suporte necessários para o desenvolvimento do segundo capítulo.

Diante disso, para melhor exposição, este trabalho está estruturado desta maneira: Considerações Iniciais; Capítulo 1: Abuso sexual: crime caracterizado pelo silêncio, com a conceituação de abuso sexual como crime violento contra criança e adolescente e a diferenciação de abuso sexual e exploração sexual infanto-juvenil; Capítulo 2: Análise das características de casos de abuso sexual infanto-juvenil no município de Santa Maria-RS, quais os tipos de abuso sexual e os casos de abuso sexual infanto-juvenil ocorridos nos anos de 2010 a 2015 neste local; e Considerações Finais.

Finalmente, sublinha-se que a resultante desta pesquisa despontou dados relevantes acerca do abuso de crianças e adolescentes ocorridos no período e lugar analisados. Além disso, evidenciou-se que é preciso mais atenção e políticas de prevenção para que a tutela dos infantes seja eficaz como prevê a legislação vigente. Pressupõe-se que, a partir das informações coletadas e analisadas, novos rumos sejam dados para efetivar a proteção das vítimas deste tipo criminal, que devem ter prioridade ímpar, conforme consta na letra da lei.

2 ABUSO SEXUAL: CRIME CARACTERIZADO PELO SILÊNCIO

De início, cabe expor que o abuso sexual infanto-juvenil é um fenômeno social complexo e de difícil enfrentamento, pois envolve um emaranhado de ações que agregam questões legais, que visem garantir a proteção integral à criança e ao adolescente, a punição do abusador, além de ações e intervenções terapêuticas que garantam atenção à saúde física, mental e psicológica das vítimas e suas famílias. É um crime de grande relevância social que influencia no

desenvolvimento da criança e adolescente como sujeitos de direito garantidos por lei com prioridade absoluta³ (ARAÚJO *apud* FERREIRA, 2011, p. 12).

Além disso, os abusos sexuais acontecem quase sempre em segredos, são escondidos, muitas vezes, por muito tempo e podem ser chamados de a “lei do silêncio” (PERRONI; NANNINI *apud* SCHMICKLER, 2006, p. 33), que quer dizer, a situação quando a criança foi abusada sexualmente e é obrigada a se calar e guardar para si, geralmente, por medo das ameaças feitas pelo abusador ou por sentir vergonha do que aconteceu. É um ato imposto por violência, ameaça, coação ou mesmo uma relação sem palavra, o segredo tem por função manter uma coesão familiar e proteger a família do julgamento de seu meio social.

Os pactos de silêncio são mantidos pela família, amigos, vizinhos e profissionais que acobertam, desqualificando as manifestações verbais e não-verbais da criança ou do adolescente, vítima do abuso, negando evidências e sinais, devidos a interesses de diversas ordens, medos, sigilos profissionais e de justiça. Muitas vezes, a possibilidade de o agressor ser preso, perder o poder familiar ou a perda da sustentação financeira fazem com que a revelação seja mais grave que o próprio abuso. Ademais, o momento da descoberta pode ser um trauma para a vítima (MAES; CECYN JUNIOR, 2014).

Feitas essas considerações, cabe esclarecer que este capítulo discorre sobre o abuso sexual como crime violento contra criança e adolescente, apresentando o conceito e os tipos de abuso. Além disso, esta parte do trabalho apresenta a diferenciação de abuso sexual e exploração sexual infanto-juvenil.

2.1 Abuso sexual como crime violento contra criança e adolescente

O abuso sexual existe há muitos anos e é uma das formas mais cruéis e violentas de maus tratos infanto-juvenis, porque além de afetar fisicamente a criança ou adolescente, destrói todo o sentimento de pureza e dignidade que ela possui. Vale frisar que esse fato tem aumentado a cada dia e, que ainda sofre discriminação da maioria das pessoas, independente de classe social e do nível cultural dos envolvidos, bem como advém, na maioria das vezes, de uma situação transgeracional, ou seja, que passa de geração para a outra.

Sobre isso asseveram Batista, Barros e Delbem (2015, p. 2) que:

³ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (ECA, 1990).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CF, 1988 - Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

O abuso e a violência sexual transgredem os direitos da criança e do adolescente, dessa forma qualquer tipo de maus tratos a essa criança e/ou adolescente são envolvidos pelas leis que as protegem, tendo como base as consequências, físicas, psicológicas, que este acontecimento as causou.

Da leitura acima, evidencia-se que o crime sexual não apenas maltrata fisicamente a vítima (pela dor física do ato em si), mas por consequências posteriores que passa a conviver pelos demais dias de sua vida com reflexos negativos psicológicos e, às vezes, mentais tornando-se um problema de ordem da saúde pública, conforme salientam os mesmos autores na sequência imediata do fragmento supracitado.

Esses fatores analisam os crimes de abuso sexual infanto-juvenil diante da aplicação das leis que emanam da Constituição Federal, fonte da qual gerou o Código Penal e levou à adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/90. Estes são instrumentos de humanização da fase probatória nos crimes contra a liberdade sexual de pessoas em processo de desenvolvimento. No entanto, esse assunto ainda se trata de uma temática bastante complexa, corroboram Maes e Cecyn Junior (2014).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) conceitua a violência contra crianças e adolescentes como toda e qualquer forma de maus-tratos físicos, emocionais, abuso sexual, negligência ou exploração comercial ou de outro tipo que provoque dano real ou potencial à saúde da vítima, à sua sobrevivência, ao seu desenvolvimento ou à sua dignidade, no contexto de uma relação de confiança ou poder (SILVANY *apud* RODRIGUES, 2009, p. 909).

O Código Penal Brasileiro assinala os crimes contra a dignidade sexual como projeção da dignidade da pessoa humana como valor ético irredutível, merecedor de adequada e efetiva tutela estatal (BITENCOURT, 2010).

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico e, em sua projeção na seara da liberdade sexual (faculdade de livre eleição do(a) parceiro(a) sexual), como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema normativo penal (PIOVESAN *apud* CAVICHIOLI, 2015).

Destaca-se que, na legislação brasileira, não há uma tipificação própria especificamente de abuso sexual, sendo este um termo meramente usado coloquialmente na indicação das diversas formas de envolvimento de crimes sexuais de crianças e ou adolescentes (BATISTA; BARROS; DELBEM, 2015).

Com o advento da nova Lei nº 12.015/2009, a qual alterou o título VI, do Código Penal, que passou a chamar-se dos crimes contra a dignidade sexual, com capítulo I dos crimes contra a liberdade sexual, incluindo os crimes sexuais contra vulnerável no capítulo II.

Com a referida alteração legal, foi modificado o texto do artigo 213 de estupro e o artigo 214 foi revogado, fazendo com que o atentado violento ao pudor se unifique ao crime de estupro, ou seja, não só a prática de conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso. Com esta modificação, os sujeitos podem ser tanto o homem como a mulher, segundo Fayet (2011).

O artigo 217-A, que define crime de estupro de vulnerável, capítulo II do Código Penal, considera-se vulneráveis não só os menores de 14 anos, mas também os menores de 18 anos, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Tal norma tutela a dignidade sexual dos vulneráveis, colocando este crime no rol dos crimes hediondos, como cita Fayet (2011).

Para a legislação brasileira, tem-se que o abuso sexual infantil é uma das formas mais cruéis de maus tratos aos infantes, que consiste na satisfação de desejos sexuais praticados por um adulto ou um adolescente. É um tipo de violência que envolve poder, coação e/ou sedução, ou seja, duas desigualdades básicas: de gênero e geração. O abuso sexual infanto-juvenil é frequentemente praticado sem o uso da força física e não deixam marcas visíveis, o que dificulta a sua comprovação, podendo variar de atos que envolvem contato sexual com ou sem penetração a atos em que não há contato sexual, como por exemplo, o Voyeurismo⁴ (ARAUJO *apud* MAES; CECYN JUNIOR, 2014).

Além do mais, sublinha-se que existem diferentes posicionamentos doutrinários acerca do tema, para os efeitos do ECA, que descreve a atuação especializada e conceito de criança e adolescente⁵. O artigo 5º do ECA concretiza, em nível infraconstitucional, a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana quando em peculiar estado de desenvolvimento. É por força deste artigo que es-

⁴ A palavra *voyeurismo* quer dizer que é uma prática que uma pessoa tende obter prazer sexual através da observação de outras pessoas sem que seja vistas, ou seja, pessoas que estejam envolvidas com algum ato sexual, nuas ou com qualquer vestuário que seja apelativo para o indivíduo *voyeur* (Disponível em: <<http://www.colegioweb.com.br/comportamento-sexual/voyeurismo.html>>. Acesso em: 20 maio 2016).

⁵ Art. 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Art. 5º: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Art. 6º “Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (BRASIL, 1990).

tão presentes em todo o estatuto mecanismos de proteção para esta fase de desenvolvimento da vida humana, como por exemplo, o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, perde o poder familiar (OLIVEIRA; MADRID, 2015).

Em relação à atuação especializada, cumpre esclarecer que esta trata da importância das iniciativas do Direito Penal de Proteção à Infância e Adolescência. As crianças e os adolescentes apresentam linguagem verbal e gestual própria, a qual demonstra maior grau de atuação especializada e resulta também, maior possibilidade de ser acompanhada por órgãos especializados, como: Delegacia de Polícia Especializada para Crianças e Adolescentes, Conselhos Tutelares, Departamento Médico-Legal, Centros de Referência ao Atendimento à Infância e Juventude-CREAS, oferecido nos municípios com diversos profissionais como psicólogos, assistentes sociais, pedagogo etc. (SPIZZIRRI, 2008).

A violência sexual pode ocorrer dentro do lar da vítima numa questão familiar ou fora dela, podendo ser classificado em dois tipos: o abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar. Nas palavras de Maes e Cecyn Junior (2014), o abuso sexual de crianças e adolescentes no âmbito intrafamiliar é um grave problema social e de difícil abordagem, principalmente porque envolve tabus, sentimentos de vergonha, culpa e violação da privacidade. Essa violência é devastadora, tendo em vista que as vítimas são pessoas em desenvolvimento e não possuem maturidade para compreender todas as consequências da violência a que estão sendo submetidas.

O abuso sexual extrafamiliar ocorre fora do âmbito familiar e é violência fora do lar, geralmente praticado por pessoas que possuem algum vínculo com a criança: vizinho, amigo mais velho, professor, médico, babá, entre outros. Pode inclusive acontecer no mesmo endereço social da vítima. Nestas situações, a denúncia é muitas vezes realizada pelo próprio pai ou mãe da criança ou adolescente. O abuso sexual intrafamiliar, também chamado de incesto⁶, define-se por ocorrer violência no ambiente de convívio familiar, envolvendo o infante e parente próximo, muitas vezes pessoa do convívio como: o próprio pai, padrasto, madrasta, tios, avós, primos e irmãos (MAES; CECYN JUNIOR, 2014).

Por tratar-se de violência sexual que ocorre na relação dentro do lar, é prioridade absoluta proteger a criança ou adolescentes vítimas, dando cumprimento às normas vigentes consoante no inciso IV, do artigo 227 da CF/88: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes”.

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, estabelece a proteção às famílias, fixando também orientações específicas à criança e ao adolescente, no Artigo 227 diz:

⁶ Incesto ocorre dentro do lar, é uma questão de família, pois tem origem em uma relação afetiva entre a vítima e o abusador.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Evidencia-se, por analogia há, no *caput* do art. 227, supracitado *ipsis literis*, que há uma norma específica constitucionalmente, cuja atitude cabe a todos, indiscriminadamente, prezar e zelar, por excelência pela integridade de todas as crianças e adolescentes, nacionalmente, uma vez que a norma é constitucional. Cabendo, neste sentido, crê-se que deve haver um poder de polícia efetivo para inibir ações que possam decorrer de atos criminosos contra esta faixa etária. Assim como, define que para se chegar à proteção integral da criança e do adolescente é necessário o desenvolvimento de políticas públicas integradas e complementares.

Segundo Zavaschi e Estrella (2009, p. 81), pesquisa de dados do Departamento Estadual da Criança e do Adolescente (DECA), Secretaria da Justiça e da Segurança do Rio Grande do Sul, de janeiro de 2002 a julho de 2004, 3.688 crianças foram vítimas de atos de violência, das quais 2.377 foram vítimas de abuso sexual. E um estudo realizado de março à novembro de 2004, com 192 crianças, de idades 2 a 12 anos, no Hospital Materno Infantil Presidente Vargas, a situação de violência intrafamiliar ocorreu em 70% dos casos, tendo sido o responsável um membro da família, ou alguém de convívio da mesma. Atualmente, o quadro de crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes têm aumentado significativamente a cada dia, sendo registrado inúmeras ocorrências policiais de Estupro ou Estupro de Vulnerável, os quais são crimes contra a dignidade sexual enquadrados no Código Penal.

2.2 Diferenciação de abuso sexual e exploração sexual infanto-juvenil

Quando se fala em abuso sexual e exploração sexual é comum confundir seus conceitos, tendo em vista que os dois são complexos e pouco discutidos. Sobre isso, segundo Oliveira e Madrid (2015), o abuso sexual difere da exploração sexual por não envolver dinheiro ou gratificação. O abuso acontece quando uma criança ou adolescente é usado para estimulação ou satisfação sexual de um adulto. Essa satisfação pode ser em forma de carícias em partes íntimas, toques, fazer com a criança ou adolescente participem ou presenciem práticas sexuais, etc. Em tais práticas podem ou não acontecer o uso da violência físi-

ca. No entanto, estes abusos, normalmente, são impostos pela força física, pela ameaça ou sedução.

Enquanto a exploração sexual presume uma relação de mercantilização, na qual o sexo é fruto de uma troca com fins lucrativos, seja ela financeira, de favores ou presentes, em que as crianças e adolescentes são tratados como objetos sexuais ou como mercadorias, pode estar relacionada a redes criminosas, e a exploração sexual acontece quando a criança ou adolescente é induzido a vender seu próprio corpo, seja pelo impulso e incentivo ao consumo, pela pobreza (condições em que vive), dentre outros fatores (OLIVEIRA; MADRID, 2015).

Portanto, pode-se analisar que o abuso sexual e a exploração sexual fazem parte de condutas exercidas com ou sem o consentimento da criança e do adolescente, por uma pessoa maior de idade, numa relação onde o adulto usa do poder, da força e da autoridade para obter favores ou vantagens sexuais. As crianças e adolescentes sempre são induzidos de alguma maneira a praticar o ato sexual (OLIVEIRA; MADRID, 2015).

3 ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS DE CASOS DE ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL NO MUNICÍPIO DE SANTA MARIA-RS

O objetivo deste capítulo é descrever as características do abuso sexual de crianças e adolescentes de zero a dezoito anos de idade, cujos casos ocorreram no Brasil com base no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e análise no município de Santa Maria-RS, no período de 2010 a 2015. Nesse sentido, é imperioso esclarecer que os dados verificados e analisados de casos de abuso sexual foram coletados na Delegacia de Polícia de Proteção à Criança e ao Adolescente-DPCA no município de Santa Maria-RS, com registros policiais de Estupro e Estupro de Vulnerável, para os quais foram instaurados procedimentos e remetidos ao Poder Judiciário com indiciamento ou não do abusador.

Com ênfase na vítima, foram analisadas as características deste tipo de crime. Para tanto, investigou-se: qual o tipo de abuso sexual a vítima sofreu; quem comunicou o registro policial; idade da vítima; sexo da vítima; endereço da vítima; local de ocorrência dos fatos; quem é o abusador; se o abusador foi ou não indiciado. Ao se analisar o grau de necessidade que o município comporta, a cada ano, em combater a violência sexual infanto-juvenil, os resultados mostram-se superiores ao esperado, sendo que ultrapassou o número de resultados de casos de abuso sexual no município. Com isso, percebe-se que, na realidade, precisa-se de subsídios para propostas de intervenção e prevenção do abuso sexual infanto-juvenil no município.

3.1 Casos de abuso sexual infanto-juvenil ocorridos no município de Santa Maria-RS de 2010 a 2015

A pesquisa produzida, neste estudo, é baseada na coleta dos dados dos procedimentos policiais remetidos da Delegacia de Polícia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA), do município de Santa Maria-RS, entre os anos de 2010 a 2015, pertencente à 3ª Região Policial/RP/PC do Estado do Rio Grande do Sul.

Foi observado que, no período analisado, a cada ano, aumenta o índice de prática de abuso sexual contra vítimas crianças e adolescentes e que, na maioria das vezes, o crime ocorre dentro do lar do abusado e o praticante é um familiar. Em alguns casos, o abusador é desconhecido, não sendo possível apurar autoria, portanto resta prejudicado visto que foi remetido sem indiciamento.

Desde o ano de 2009, entrou em vigor a Lei nº. 12.015/09, a qual alterou o título VI do Código Penal, de Crimes contra os Costumes para Crimes Contra a Dignidade Sexual, com capítulo I dos Crimes contra a Liberdade Sexual, incluindo os crimes sexuais contra vulnerável no capítulo II deste código. Tendo em vista que o artigo 213 de Estupro foi alterado, sendo revogado o artigo 214 de atentado violento ao pudor, o qual se unificou ao artigo 213, ou seja, não só a prática de conjunção carnal, mas também, a prática de qualquer outro ato libidinoso, passando ser como sujeito ativo ou passivo qualquer pessoa (FAYET, 2011).

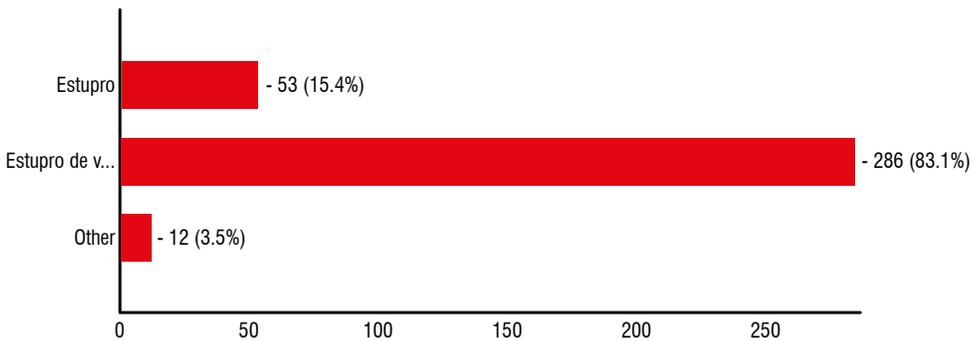
O artigo 217-A do Código Penal, que se refere ao Estupro de Vulnerável, descreve que se considera vulneráveis, não só os menores de 14 anos de idade, mas também, os menores de 18 anos de idade, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Tal norma tutela a dignidade sexual do vulnerável, colocando este crime no rol, dos crimes hediondos como o estupro, conforme explana Fayet (2011). De acordo com a vigência desta lei, no ano de 2009, grande parte das ocorrências policiais analisadas nos anos de 2010 a 2015 foi registrada nos crimes de estupro e estupro de vulnerável, uma vez que não é necessário ter contato físico com a vítima, mas qualquer outro ato libidinoso que configure o tipo criminal penal citado.

Na pesquisa de campo realizada, obteve-se, no resultado estatístico, o total de 344 casos de abuso sexual infanto-juvenil, apurados pela Delegacia de Polícia de Proteção à Criança e do Adolescente. Os casos coletados foram de todos procedimentos remetidos ao Poder Judiciário durante o período de estudo compreendido 2010 a 2015, no município de Santa Maria-RS. Todas estas ocorrências foram analisadas e, como resultado, encontrou-se: 15,4% são de casos de estupro; 83,1% de estupro de vulnerável; e 3,5% registros de assédio sexual, satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente e ato obsceno, todos expostos no Código Penal Brasileiro. Os resultados se deram por meio de figuras de formato de gráficos e formato de pizza, os quais serão demonstrados a seguir com uma interpretação bem clara e objetiva dos dados, que foi

realizado em todos os casos, de acordo com pesquisa feita individualmente.

Obteve-se, com o resultado da análise e com a verificação das características da vítima de abuso sexual infanto-juvenil, a identificação da vítima e do abusador do crime. De acordo com dados de procedimentos que foram instaurados e remetidos, como crimes de assédio sexual (artigo 216-A), satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (artigo 218-A) e ato obsceno (artigo 233), que resultou em 3,5% de tipos de abuso sexual infanto-juvenil remetidos durante os anos analisados.

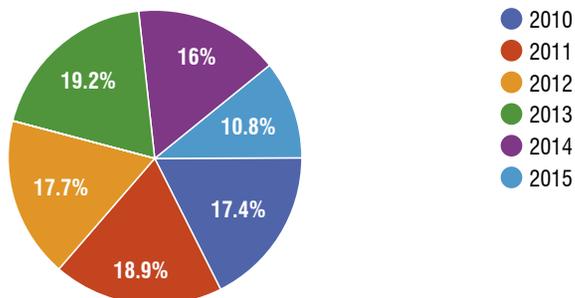
Figura 1 – Tipo de abuso sexual infanto-juvenil



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

Em relação aos anos analisados, compreendidos de 2010 a 2015, nota-se que o ano em que mais casos foram remetidos ao judiciário foi no ano de 2013, com 19,2% procedimentos encaminhados; enquanto que, no ano de 2011, foi 18,9%; no ano de 2012, foi de 17,7%; no ano de 2010, foi de 17,4%; no ano de 2014, foi de 16%; e, no ano de 2015, foi de 10,8%. Observa-se que, nos dois últimos anos, foi quando menos houve remessas de procedimentos devido à redução de efetivo de policiais e à falta de recursos próprios para desenvolver o trabalho da Delegacia de Polícia.

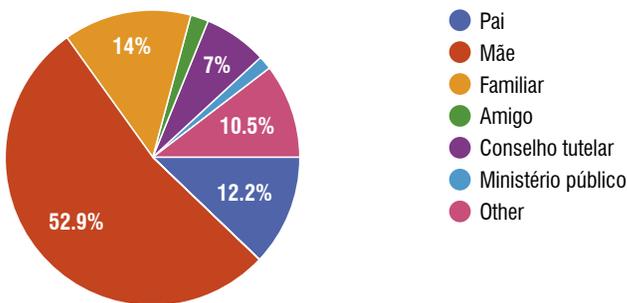
Figura 2 – Procedimentos encaminhados ao judiciário de 2010 a 2015



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

A respeito do comunicante da ocorrência policial, constatou-se que a mãe da vítima foi a que mais registrou, com 52,9%; em segundo lugar, um familiar da vítima, como avó, avô, tio, tia, primo, prima, irmã ou irmão da vítima; em terceiro lugar, o pai da vítima. Geralmente, a vítima mora com a genitora e, ao visitar o pai, contou que foi abusada por alguém ou o pai percebeu mudança de comportamento do(a) filho(a); em quarto lugar, foi outra pessoa que registrou a ocorrência, sendo então madrinha, professora da escola, psicóloga ou coordenadora da Casa Abrigo - Lar de Mirian; em quinto lugar, quem efetuou o registro policial foi o Conselho Tutelar.

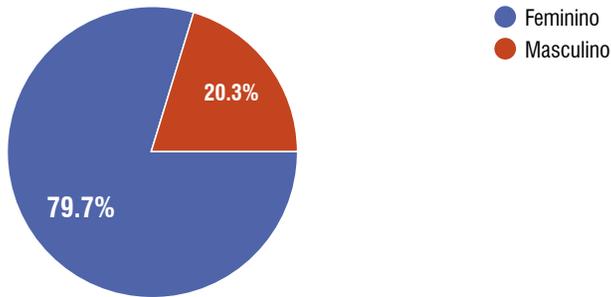
Figura 3 – Comunicante da ocorrência policial



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

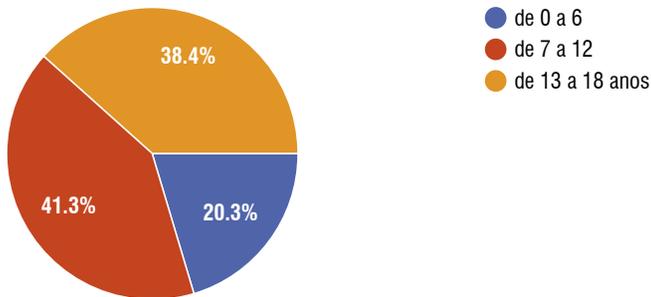
A seguir, na figura 4 e 5, são apresentadas estatísticas sobre as características pessoais da vítima de abuso sexual. Em relação ao total dos casos ocorridos, no período compreendido de 2010 a 2015, destaca-se que 79,7% das vítimas são do sexo feminino e 20,3% são do sexo masculino. Conforme foi divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, mais de 70% dos casos de estupro no Brasil, são vítimas de estupro crianças e adolescentes. Enquanto a figura 5, mostra que a faixa etária mais afetada é entre sete a doze anos de idade (07 a 12 anos); 38,4% de treze a dezoito anos (13 a 18 anos); e 20,3% de zero a seis anos de idade (0 a 06 anos), sendo do sexo feminino e do sexo masculino. Conforme o desenrolar da pesquisa, percebe-se que as meninas abusadas se encontram na faixa etária de sete a dezesseis anos de idade (07 a 16 anos), já os meninos são em idade menor, entre quatro e doze anos de idade (04 a 12 anos).

Figura 4 – Sexo da vítima



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

Figura 5 – Idade da vítima

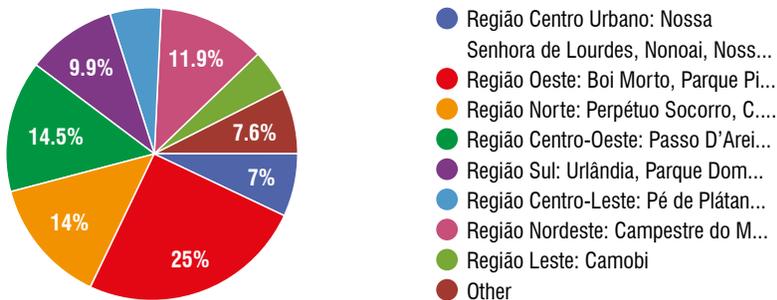


Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

No decorrer da pesquisa, foi feito o levantamento da característica acerca da região e do município em que a vítima reside, sendo analisadas as regiões: centro, oeste, norte, sul, leste e nordeste e, em alguns casos, a vítima mora em outra cidade. Estas regiões apuradas para o fito de fazer uma comparação em qual local de moradia da cidade se concentra mais número de vítimas, tendo como resultado que: 25% das vítimas moram na região oeste; 14% moram na região norte; 14,5% moram na região centro-oeste; 11,9% moram na região nordeste; 9,9% moram na região sul; 7% na região centro. O que se chama atenção é que, na região leste e na região centro-leste, não foi computado o número de moradias em porcentagem das vítimas por ser de pequeno porte. Também, averiguou-se que 7,6% das vítimas moram fora da cidade de Santa Maria-RS, em outros municípios e que estiveram em casa de familiares ou amigos a passeio quando o abuso ocorreu. As regiões traçadas, segundo informações da divisão geográfica do município são:

Região Centro-Urbano: Bairro Nossa Senhora de Lourdes, Nonoai, Nossa Senhora Medianeira, Nossa Senhora de Fátima, Centro, Bonfim, Nossa Senhora do Rosário; Região Oeste: Bairro Boi Morto, Parque Pinheiro Machado, Cohab Tancredo Neves, Nova Santa Marta, Agro-industrial, São João, Juscelino Kubistchek; Região Norte: Bairro Perpétuo Socorro, Chácara das Flores, Salgado Filho, Carolina, Caturrita e Divina Providência; Região Centro-Oeste: Bairro Passo D'areia, Noal, Patronato, Duque de Caxias e Uglione; Região Sul: Urlândia, Dom Antônio Reis, Tomazzetti e Lorenzi; Região Centro-Leste: Pé-de-Plátano, São José, Cerrito, Diácono João Luiz Pozzobon e Maringá; Região Nordeste: Campestre do Menino Deus, Km 3, Presidente João Goulart, Nossa Senhora das Dores, Menino Jesus, Itararé; Região Leste: Camobi.

Figura 6 – Local de residência da vítima – região da cidade



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

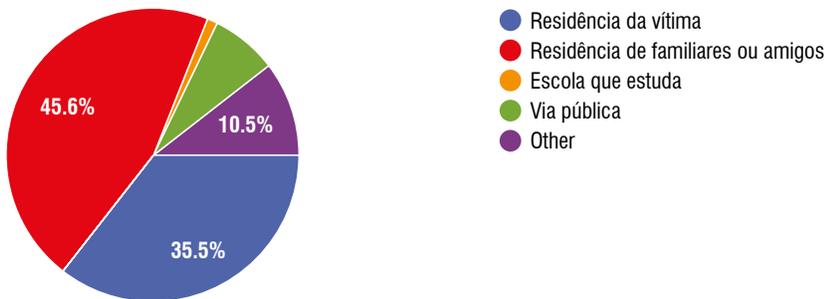
Para a construção do quadro de comparações em relação à região onde reside a vítima e o local onde ocorrem os fatos, conforme o registro da ocorrência policial, pode-se enquadrar da seguinte maneira: residência da vítima; residência de familiares ou amigos; escola que a vítima estuda; via pública; ou outros, para se relacionar qual o local em que mais ocorreram casos de abuso sexual infanto-juvenil.

Em relação ao local em que os fatos costumam ocorrer, os resultados apontaram que: 45,6% se dá na residência de familiares ou amigos, geralmente, quando a vítima está visitando-os; ou na casa do seu genitor, pois aqui se enquadra também a casa do pai ou da mãe, tendo-se que, em alguns casos, o abuso ocorre dentro da casa do pai da vítima, ou na casa de avôs ou tios, ou porque mora em outra cidade e, durante visitação ocorre o abuso. Assim como, na casa dos amigos, cabe esclarecer que aqui se enquadra amigos ou de pessoa que frequenta a casa da vítima, ou de pessoa que cuida da vítima enquanto os pais

trabalham. Chama-se atenção que, na casa de vizinhos, morador ao lado da casa da vítima, o abusador é próprio vizinho. Este, geralmente, é do sexo masculino e pratica ato contra a vítima do sexo feminino, cuja pesquisa revelou ser alto o índice de casos de abuso sexual neste local.

Outro local observado, onde ocorrem os fatos com grande frequência é na residência da vítima, especialmente, quando na ausência da mãe ou do pai, ou durante a noite enquanto dormem, já que o abusador costuma ser alguém da família. O estudo mostra que o ambiente doméstico é o local onde mais ocorre a violência sexual infanto-juvenil. Também, apurou-se que 10,5% casos de abuso sexual ocorreram em locais incertos, denominados como outros: sapataria, chácara na zona rural, matagal localizado na rua da casa da vítima ou perto da escola, assim como na via pública, em que a vítima foi abusada no interior de veículo ou prejudicado não sendo apurado o local exato.

Figura 7 – Local informado em registro da ocorrência do fato



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

A figura 8 descreve quem é o abusador do estupro. O resultado da análise dos dados indica que a maioria esmagadora dos abusadores é do sexo masculino, independentemente da faixa etária da vítima. As vítimas são, em grande parte, do sexo feminino. A proporção do resultado foi de 43,9% sendo o abusador, pessoa amiga ou conhecida da família, ou seja, amigo da família ou pessoa que frequenta habitualmente a residência, ou namorado da vítima, ou vizinho ou amigo dos pais da vítima. Diante de tal constatação, evidencia-se que o principal inimigo está dentro de casa e que a violência nasce dentro dos lares.

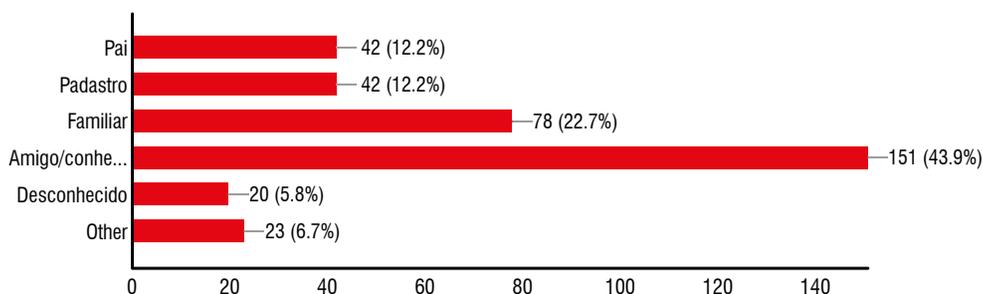
Em segundo lugar, é um familiar quem pratica o ato abusivo. Nesse sentido, cabe esclarecer que, em muitos casos, tem-se como resultante que o abusador é o avô, tio, irmão ou primo da vítima. Outro dado de relevância é quanto ao fato de o pai ou o padrasto serem os algozes, sendo que ambos estão no mesmo nível de abusador da vítima com 12,2%. Na opção outros, resulta-se em 6,7% de

que o abusador é o sapateiro, uma pessoa que mora na mesma região, mas em endereço diverso da vítima, professor da vítima.

Enquanto 5,8% é desconhecido, não sendo apurado quem foi o abusador, já que a vítima não o conhecia, com isso, o caso é remetido sem indiciamento por não ter sido possível ser apurada a autoria do delito. Este é o chamado abuso sexual extrafamiliar, enquanto, aquele é conhecido abuso sexual intrafamiliar, que ocorre dentro das famílias e, geralmente, acontecem dentro dos lares, trazendo maior prejuízo à vítima, pois envolve uma quebra de confiança com as figuras parentais.

Além destas características que envolvem a agressão sexual, ainda se destaca o fato de que, dificilmente, o abusador procura tratamento voluntário, pois a maioria dos abusadores nega as acusações e não assumem seus atos, preferem manter o silêncio e por uma questão de reprovação moral que envolve a violência sexual, sem o qual a agressão tende a continuar contribuindo para que a vítima sofra o abuso por várias vezes e longos períodos.

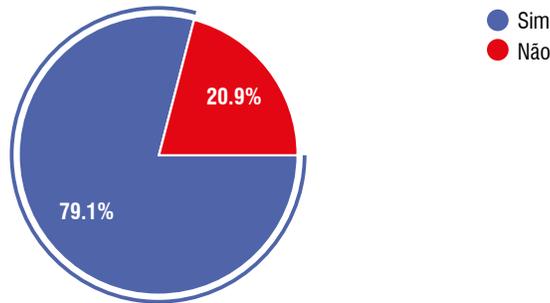
Figura 8 – Quem é o abusador/investigado?



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

Por último, fora pesquisado se houve indiciamento ou não da Polícia Civil na remessa dos casos ao poder judiciário, uma vez que, em alguns casos de abuso sexual infanto-juvenil não tendo provas apuradas de quem foi o abusador ou que não houve a prática do abuso sexual, os casos foram remetidos sem indiciamento. Os episódios de abuso sexual remetidos com indiciamento compreendem 79,1% do resultado, isto é, o abusador foi identificado e apurado como ocorreu o abuso sexual; enquanto 20,9% não teve indiciamentos dos casos de abuso sexual contra criança ou adolescente.

Figura 9 – Houve indiciamento pela Polícia Civil?



Fonte: Elaboração própria - dados da DPCA/3ª RP/SM/RS.

Em relação às consequências sofridas pelas vítimas do estupro, não são limites de atuação da Polícia Civil, visto que não há um processo de acompanhamento de casos por meio da polícia, pois muitas vítimas são encaminhadas via Conselho Tutelar para o CREAS para atendimento e tratamento psicológico que é monitorado por um conselheiro tutelar, o qual atende a vítima desde o primeiro atendimento e analisa as reais necessidades da vítima, se ela precisa de tratamento médico ou psicológico. Assim como, se do estupro resulta gravidez, o único acompanhamento da Polícia Civil juntamente com o Conselho Tutelar é até o nascimento da criança para fazer o teste de reconhecimento de paternidade, por meio do teste de DNA para buscar reconhecer o pai da criança, dos suspeitos abusadores e, após os resultados, compete ao Ministério Público averiguar o que é de direito da vítima.

Na pesquisa realizada, nota-se que houve alguns casos dos quais resultaram gravidez decorrente de estupro. Nesse sentido, no ano de 2011, foi quando ocorreram mais gestações, sendo encontrados cinco casos. No ano de 2012, foram observados três casos de gravidez por estupro. Em terceiro, foi no ano de 2010 e, desde o ano de 2013, reduziu-se para um caso de gravidez, enquanto, no ano de 2014, não resultou nenhum caso e, no ano de 2015, não foi remetido nenhum caso consequente de gravidez.

A presente pesquisa aponta para a relevância e necessidade de estudos científicos que permitam conhecer melhor o evento, incluindo sua relação com ações educativas preventivas, além da promoção dos fatores de proteção, o que pode contribuir para a redução da violência sexual e seu consequente impacto sobre o desenvolvimento da criança e adolescente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização da pesquisa bibliográfica, percebeu-se que o abuso sexual infanto-juvenil é um crime praticado contra criança ou adolescente, sendo destacado que uma de suas características é o silêncio, uma vez que há muita omissão dos adultos que acabam não denunciando e, também, a vítima por ser indefesa, se sente culpada, envergonhada e ameaçada.

O estudo do tema na legislação brasileira, possibilitou verificar que normas claras, com o objetivo de dar maior proteção aos infantes, foram desenvolvidas. Nessa perspectiva, a própria Constituição Federal (1988) determina que as leis devem punir com severidade o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes. Na mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) afirma que compete a todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Na análise das características de casos de abuso sexual infanto-juvenil ocorridos no município de Santa Maria-RS, de 2010 a 2015, foram avaliados 344 (trezentos e quarenta e quatro) casos. Destes, 15,4% são estupro; 83,1% de estupro de vulnerável; e 3,5% são registros de assédio sexual.

Quanto ao comunicante da ocorrência policial, constatou-se que a mãe da vítima foi quem mais registrou, com 52,9%; em segundo lugar, fora um familiar da vítima; em terceiro lugar, o pai da vítima; e em quarto lugar, foi outra pessoa diferente de familiar.

Com relação às características das vítimas, constatou-se que 79,7% das vítimas são do sexo feminino e 20,3% são do sexo masculino. No que se refere à faixa etária, os resultados mostraram que a maior parcela atinge as vítimas que estão entre sete e doze anos de idade; 38,4% de treze a dezoito anos; e 20,3% de zero a seis anos de idade. Notou, também, que as meninas abusadas se encontram na faixa etária de sete a dezesseis anos de idade, já os meninos entre quatro e doze anos de idade.

Verificou-se que a região dos casos onde as vítimas moram é de 25% na região oeste; 14% na região norte; 14,5% na região centro-oeste; 11,9% na região nordeste; 9,9% na região sul; 7% na região centro. Também, averiguou-se que 7,6% das vítimas moram em outros municípios, mas sofreram o abuso em Santa Maria-RS, quando estiveram na casa de familiares ou na casa de amigos.

Acerca do lugar em que ocorrem os abusos, constatou-se que, em primeiro, está a residência de familiares ou amigos, totalizando 45,6% dos casos; seguido da residência da vítima, com 35,5%; em terceiro, 10,5% dos casos de abuso sexual ocorreram em locais incertos. Desse modo, o estudo mostra que o lugar do crime costuma ser onde o infante deveria encontrar abrigo e proteção, todavia é lá que a violência ocorre.

Na caracterização de quem pratica o ato, obteve-se como resultado que a maioria é do sexo masculino, sendo que em 43,9% o abusador é pessoa amiga ou conhecida da família, o qual frequenta habitualmente a residência ou possui vínculo de convívio, assim como, pode ser namorado da vítima, o vizinho ou amigo dos pais da vítima.

Em segundo lugar, o abusador é um familiar (avô, tio, irmão, primo) quem pratica o ato abusivo, totalizando 22,7%. Nesse sentido, cabe esclarecer que o pai ou o padrasto são os abusadores na mesma proporção de 12,2% cada. Na opção outros, resulta-se em 6,7% que o abusador é uma pessoa que mora na mesma região. Enquanto 5,8%, é pessoa desconhecida (com isso, os casos são remetidos sem indiciamento por não ter sido possível ser apurada a autoria do delito). Diante de tal constatação, evidencia-se que o principal inimigo está dentro de casa, assim, infere-se que tal violência costuma nascer dentro dos lares.

Sobre o indiciamento ou não da Polícia Civil na remessa dos casos ao Poder Judiciário, cumpre expor que este fora o último ponto investigado nesta pesquisa. Como resultante, obteve-se que os episódios de abuso sexual remetidos com indiciamento compreendem 79,1% do resultado, isto é, o abusador foi identificado e apurado como ocorreu o abuso sexual; enquanto 20,9% não teve indiciamentos dos casos de abuso sexual contra criança ou adolescente.

Diante do que fora encontrado, urge uma maior atenção para que haja intervenção e prevenção de acontecimentos desse tipo de crime que habitualmente ocorre dentro de lares e que, muitas vezes, acontece pelas mãos dos adultos que têm o dever de proteção. Além do mais, tal prática criminal costuma-se repetir, devido à omissão de quem deveria denunciar e não o faz.

Outrossim, evidencia-se a necessidade de profissionais qualificados acerca das penalidades aplicáveis, aqueles que estão encarregados de investigar e não denunciam a suspeita ou a ocorrência da violência, visto que, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, referente à identificação e às consequências geradas dessa violência para o desenvolvimento infanto-juvenil, garante a proteção e direitos fundamentais à vítima.

Por fim, à abrangência e magnitude de impacto que o abuso sexual de crianças e adolescentes possui, fica a esperança de que este estudo tenha servido mais do que apenas apresentar números, mas também para chamar a atenção dos operadores, estudiosos e pesquisadores jurídicos para pesquisarem e buscarem, também, outras soluções eficazes que este estudo não deu conta. Talvez com isso, no futuro, esse grave problema social que furta os brasileiros em fase de desenvolvimento de terem uma vida segura e digna, seja erradicado.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Kalinca Gabrielle; BARROS, Rayana Írys Corbelino; DELBEM, Henrique Yung. Abuso Sexual Infanto-Juvenil incestogênico e seus aspectos psicológicos. **Revista Saberes da FAPAN**. 3. ed. Pantanal, jun./2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

BOLETIM CIENTIFICO ESMPU. Brasília, ano 7, n. 28-9, p. 145-170. jul./dez 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. **Código Penal**. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 11 maio 2016.

CAVICHIOLO, Anderson. Lei n. 12.015/09: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do CPB. **Boletim Científico da Escola Superior do MPU**, Brasília, ISSN:1676-4781, ano 14, n. 28 e 29, 2015.

FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Bárbara Sales. **Resgatando heranças: a transmissão geracional do cuidado e da proteção no abuso sexual infanto-juvenil**. 2011. 122f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) -Faculdade de Psicologia, Universidade Católica de Brasília, Brasília.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Estupro no Brasil: uma radiologia segundo os dados da saúde (versão preliminar)**. 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/imagens/stories/PDF/nota_tecnica/140327/-notatecnicadiest11.pdf. Acesso em: 20 set. 2016.

OLIVEIRA, Aryadne Goulart de; MADRID, Daniela Martins. Abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes: como o Brasil caracteriza este fenômeno e quais as principais conseqüências para essas crianças e adolescentes que sofrem este tipo de violência. *In: Revista ETIC - Encontro de Iniciação Científica, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente-SP, ISSN: 21-76-8498, v. 11, n. 11, 2015.*

MAES, Temi Cristina; CECYN JUNIOR, Jorge Antônio. Abuso Sexual Infanto-Juvenil e o Projeto "Depoimento sem Dano". **Revista de Extensão e Iniciação Científica SOCIESC-REIS**, ISSN: 2358-4432, v.1, n. 2, 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Abuso sexual é o 2º tipo de violência mais comum contra crianças e adolescentes.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2012/9/abuso-sexual-e-o-segundo-maior-tipo-de-violencia>. Acesso em: 04 set. 2016.

SCHMICKLER, Catarina M. **O protagonista do abuso sexual: sua lógica e estratégias.** Chapecó, SC: Argos, 2006.

SILVANY, Célia Maria Stolze. A semiologia do paciente pediátrico vítima de abuso. *In: RODRIGUES, Luciana Silva. Diagnóstico em pediatria.* Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009. Capítulo 91. p. 909-15.

SPIZZIRRI, Alexandre Fernandes. Direito Penal de Proteção à Infância e Adolescência: Mudança Paradigmática. **Revista do Ministério Público do RS.** Porto Alegre, n. 61, p.177-8, maio/out. 2008.

ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer (Org.); ESTRELLA, Cláudia Helena Golbe. **Crianças e adolescentes vulneráveis: o atendimento interdisciplinar nos centros de atenção psicossocial.** Porto Alegre: Artmed, 2009.

LAVAGEM DE CAPITAIS E OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: A EFICÁCIA NA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Diego Traesel¹

RESUMO: O presente estudo, com o objetivo de verificar o âmbito de incidência e a eficácia da Lei n. 9.613/1998 aos ilícitos criminais de natureza tributária como infração antecedente e seu êxito na manutenção e recuperação de ativo na sonegação fiscal, adotou o método de abordagem dedutivo, além do emprego da técnica de pesquisa indireta, de natureza bibliográfica e jurisprudencial. Buscou-se responder à questão levando-se em consideração a ampliação do anterior rol taxativos de infrações antecedentes aptas à configuração do delito de lavagem de capitais (Lei n. 12.683/2012), a despeito da divergência doutrinária quanto à caracterização de branqueamento decorrente de sonegação fiscal. Analisou-se questões procedimentais especiais aplicáveis aos ilícitos tributários concernentes à investigação e persecução, consoante entendimento jurisprudencial, inclusive sumular, atinente à condição objetiva de punibilidade, bem como as demais circunstâncias que obstam à recuperação do produto da infração tributária no âmbito cível e a efetividade das medidas cautelares penais na busca dos recursos capitaneados. Procedeu-se ao estudo de caso julgado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em que demonstrada a formação de grupo econômico de fato e que, fosse aplicado ao caso em exame a pertinente persecução penal, haveria maior efetividade no bloqueio e recuperação dos ativos, independentemente da sorte do processo fiscal. Ao final, apontou-se os reflexos da identificação da prática de lavagem de capitais no âmbito da sonegação fiscal e a eficiência dos mecanismos previstos na Lei de Lavagem de Capitais com o congelamento dos ativos e recuperação do produto da infração.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes tributários. Lavagem de capitais. Medidas assecuratórias processuais penais. Sonegação Fiscal. Recuperação de Ativos.

¹ Pós-graduado em Segurança Pública (2022); Bacharel em Direito (2011); Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul (2022); Ex-assessor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.; Ex-professor do Curso Preparatório da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. E-mail: diegotraesel@hotmail.com.

MONEY LAUNDERING AND CRIMES AGAINST THE TAX ORDER: EFFECTIVENESS IN THE RECOVERY OF ASSETS

ABSTRACT: *The present study aims to verify the scope of incidence and the effectiveness of Law n. 9.613/1998 on criminal offenses of a tax nature as a previous infraction and its success in the maintenance and recovery of assets in tax evasion. It was adopted deductive approach as a method, in addition to the use of the indirect research technique from a bibliographic and a jurisprudential perspective. In order to answer the research question, it was considered into account the expansion of previous list of taxable offenses capable of constituting the crime of money laundering (Law n. 12.683/2012), in despite the doctrinal divergence regarding the characterization of money laundering resulting from tax evasion. Special procedural issues applicable to tax offenses concerning the investigation and prosecution were analyzed, according to jurisprudential understanding, including a precedent, regarding the objective condition of punishability, as well as other circumstances that prevent recovery of proceeds of tax violation in civil sphere and the effectiveness of criminal precautionary measures in the search for the captained resources. This case study was carried out within the scope of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, in which the formation of an economic group was evaluated and how and if a criminal prosecution was applied to it, as well as there would be greater effectiveness in blocking and recovering assets, regardless the tax process. Furthermore, it was pointed out reflexes of the identification on money laundering practices within tax evasion scope and the efficiency of the mechanisms provided for in the Money Laundering Law with assets freezing and recovering.*

KEY WORDS: *Asset Recovery. Criminal Procedural Assurance Measures. Money laundering. Tax crimes. Tax evasion.*

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento comum que a arrecadação fiscal financia e mantém as atividades do Estado. Da mesma forma, sabe-se da dificuldade em se haver créditos tributários de alguns devedores, mormente os grandes e contumazes. O processo de execução fiscal possui mecanismos que garantem a pertinente defesa pelo contribuinte. Todavia, quando mal utilizados, dificultam sobremaneira a satisfação do crédito tributário. Outrossim, o processo judicial é utilizado, eventualmente, como escudo enquanto devedores fiscais blindam seu patrimônio utilizando o produto da sonegação fiscal para alavancarem negócios, dominarem seguimentos locais, investirem no sucesso da atividade comercial desenvolvida. Por vezes, grupos econômicos de fato, por vezes familiares, fazem uso do fruto da sonegação ao passo que a devedora principal conduz o processo judicial sem amargar qualquer constrição patrimonial, já que não titulariza

bens suficientes. A questão está em saber, então, como recuperar de forma eficaz os recursos.

Em razão disso, o presente estudo tem por objetivo apontar o âmbito de incidência e a eficácia da Lei n. 9.613/1998 aos ilícitos criminais de natureza tributária como infração antecedente e seu êxito na manutenção e recuperação de ativo na sonegação fiscal. Levando-se em consideração a ampliação do anterior rol taxativo de infrações antecedentes aptas à configuração do delito de lavagem de capitais (Lei n. 12.683/2012), pôs-se em evidência, embora em uma visão panorâmica, pontos de contato da Lei de Lavagem de Capitais e as questões procedimentais especiais aplicáveis aos ilícitos tributários concernentes à investigação e persecução, consoante entendimento jurisprudencial, inclusive sumular, atinente à condição objetiva de punibilidade, bem como as demais circunstâncias que obstam à recuperação do produto da infração tributária no âmbito cível.

Procedeu-se ao estudo de caso julgado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual fora demonstrado a formação de grupo econômico para definir a efetividade das medidas cautelares penais na busca dos recursos capitados. Ao final, apontou-se os reflexos da identificação da prática de lavagem de capitais no âmbito da sonegação fiscal, bem como a eficiência dos mecanismos previstos na Lei de Lavagem de Capitais com, no mínimo, o congelamento dos ativos e recuperação do produto da infração.

2 LAVAGEM DE CAPITAIS E A INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE

O delito de lavagem de capitais encontra raiz em passado não muito distante, notadamente no crime organizado na década de 20 do século passado, no disseminado caso de Alphonse (Al) Capone, que em Chicago alcançou vultoso patrimônio com a venda ilegal de bebida. A despeito de suas infrações, acabou preso por sonegação fiscal em suas declarações de renda. No entanto, a pesquisadores apontam Meyer Lansky como peça central no estudo da lavagem de dinheiro (BARROS, 2022). Segundo explica o citado autor:

Meyer foi integrante de organização criminosa que atuou nos Estados da Louisiana e Flórida, como em Las Vegas, nas áreas de jogos, tráfico de entorpecentes, corrupção de funcionários públicos etc. Descobriu-se que ele ocultava os lucros ilícitos em banco suíço desde 1932. (BARROS, 2022, p. 42)

Em âmbito interno, o delito tem ganhado espaço entre o crime organizado e clamado esforços entre os operadores do direito e autoridades de persecução penal. A deflagração de grandes operações, como o Caso Mensalão, em nível nacional, e a Operação Laranja Mecânica, em nível do Estado do Rio Grande do Sul, “grande operação iniciada em 2012 e retomada em 2015, após o assassinato de uma das principais lideranças do narcotráfico gaúcho” (WENDT; MORENO, 2021, p. 7) demonstram a preocupação no combate a esse crime.

No entanto, a adequada compreensão e identificação deste tipo de crime ainda se mostra tortuosa, reclamando atenção duplicada, já que sua correta tipificação perpassa pela demonstração de infração antecedente capaz de gerar produto/capital. Ressalta-se que a lavagem de capitais, foi originalmente prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, celebrada em Viena em 1988, e ratificada pelo Brasil em 1991 por meio do Decreto 154/1991 (BARROS, 2022). A Convenção, consoante preâmbulo, apontou a preocupação das Partes “com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas” (BRASIL, 1991), tendência entendida como “uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade”. (BRASIL, 1991)

Ademais, salienta o vínculo existente “entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas de ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados” (BRASIL, 1991). Assim, com o objetivo de repressão ao viés econômico do delito de tráfico de drogas, buscou-se a recuperação do dinheiro auferido com a comercialização da droga, ou seja, o capital obtido pela mercancia e que, para retornar como ativo lícito, era branqueado. Por isso a ideia de captura do dinheiro sujo, em uma metáfora simbólica de lavar o dinheiro, limpando-o para que tenha aparência de lícito (BARROS, 2022).

De início, formou-se o que se convencionou chamar de 1ª geração de combate à lavagem de capitais, pois apenas o delito de tráfico de drogas poderia configurar infração penal antecedente. Posteriormente, com objetivo de maximizar a repressão à lavagem de capitais, sobreveio a ampliação do rol de infrações penais antecedentes, mas ainda em *numerus clausus*. Em âmbito interno, a Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, trouxe rol fechado de delitos antecedentes – Lei de 2ª geração (LIMA, 2019).

Por derradeiro, com o advento da Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012, sobreveio a alteração da Lei n. 9.613/1998, buscando o legislador tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro (conforme anuncia o preâmbulo da alteração), e passando a punir a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de qual-

quer infração penal – Lei de 3ª geração (LIMA, 2019). Por conseguinte, tornou possível a punição das condutas de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores **provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal**”, conforme art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998. (BRASIL, 1998; LIMA, 2019, grifos nossos).

Outrossim, conforme a doutrina, a lavagem de capitais, basicamente, apresenta-se em três fases ou estágios, quais sejam: a colocação (*placement*), a ocultação (*layering*) e a integração (*integration*) (MENDRONI, 2018) Destaca-se ainda que não há a necessidade do esgotamento de todas as fases para que haja o branqueamento, podendo a conduta restar configurada, por exemplo, com a ocultação e integração dos valores provenientes da infração penal (LIMA, 2019).

A questão está em verificar, então, se os valores decorrentes de sonegação fiscal, mormente aqueles previstos na Lei n. 8.137/1990, estariam aptos à configuração do delito em exame ou melhor, se o numerário que se deixa de recolher aos cofres públicos enquadram-se como provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Contudo, há entendimento em sentido contrário, segundo o qual “os valores obtidos com esses crimes, em regra aqueles que não são transferidos ao fisco no momento devido, já integram lícitamente o patrimônio do agente”. (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 112) Ademais, o argumento, em apertada síntese, consiste no fato de que “aquele que deixa de pagar tributos nas formas típicas citadas, em geral, já tem posse ou propriedade do dinheiro, que não é *criado* pelo delito consumado” (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 112). Conforme explicam os mencionados autores:

A Exposição de Motivos do Poder Executivo do texto original da Lei de Lavagem de Dinheiro (EM 692/MJ/1996) é basicamente enfática: “[...] o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento da obrigação fiscal” (EM item 34). Em outras palavras, não se incluiu o delito fiscal – à época – como crime antecedente, porque este não gera produto algum, a não ser o *quantum* economizado pelo não pagamento. (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 116, grifos do autor).

Trata-se, pois, de dinheiro não agregado ou acrescido como produto da

infração penal, mas valores que já compõem o patrimônio do sonegador e não são repassados ao fisco. Para parcela da doutrina, então, não haveria produto do crime. Todavia, essa conclusão parece não encontrar guarida na doutrina majoritária e na jurisprudência, visto que, como anteriormente salientado, a alteração trazida na Lei de Lavagem passou a punir as condutas ocultar ou dissimular direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de infração penal. Não há qualquer limitação à infração antecedente, bastando que se trate de infração produtiva. Como explica a Sanctis (2008, p. 75) o objeto material da conduta são “bens, direitos e valores que provêm de infrações penais, não importando se originários de um crime patrimonial, propriamente dito [...]. Pode haver, mesmo que os ativos sejam indiretamente obtidos ou substituídos”.

Ademais, ao incorrer em algumas das formas tipificadas na legislação deixando de cumprir a obrigação fiscal, está o sujeito ativo aumentando seu patrimônio com valores que auferiu em razão da conduta delituosa, numerário que, a rigor, não mais lhe pertencia. Logo, parece indesejável concluir que tais valores, ocultados ou dissimulados, estariam aptos à configuração de lavagem de capitais, pois decorrentes de infração produtiva. Nesse sentido asseveram Badaró e Bottini (2016):

A nosso ver, os crimes contra a ordem tributária, em geral, produzem resultado material, e por isso, geram produto. A sonegação pode se dar recebimento de restituições de valores pelo fisco ou pela manutenção de recursos que deveriam ter sido pagos ou transferidos, sempre por meio das condutas típicas de crimes tributários (Lei n. 8.137/1990 e similares). Estes valores são produto do delito. No caso dos crimes omissivos, parte do patrimônio do contribuinte transforma-se em ilícita, ainda que todos os bens tenham origem legítima. Trata-se de uma transformação qualitativa de parcela do patrimônio, que deixa sua natureza regular e passa a ostentar a mácula de produto do crime. [...] Assim, os valores não pagos ou repassados ao fisco nos crimes tributários são produto do delito. (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 112-113).

No mesmo sentido, Souza Neto conclui:

[...] a origem lícita dos recursos não impede sua transformação em ilícita. O crime de sonegação fiscal, tipificação no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, é um crime material e de dano, cujos elementos objetivos do tipo constituem na efetiva supressão ou redução de tributos ou contribuições sociais (2019, p. 39).

Desta feita, conclui-se que a distinção apontada em relação à persecução de lavagem de capitais em face de dinheiro sujo ou o dinheiro inicialmente pertencente ao contribuinte, no panorama atual, desimporta para fins criminais, pois a sonegação fiscal mostra-se apta à configuração da infração penal antecedente, porque produtiva.

2.1 CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE

Embora ocorra a configuração do delito de lavagem de capital quando ocultado ou dissimulado valores decorrentes de infração penal, a persecução diante de ilícitos tributários reclama a observância de certas regras procedimentais próprias. Isso porque, o delito de lavagem de dinheiro impõe a demonstração de justa causa (indícios de autoria e prova da materialidade) tanto em relação ao crime de branqueamento quanto em relação ao delito antecedente². Trata-se do que a doutrina denominou de dupla justa causa ou justa causa duplicada (LIMA, 2019), já que a lavagem de dinheiro, enquanto crime parasitário, depende da existência do crime antecedente (BARROS, 2022).

Tal imposição decorre de expressa disposição legal, consoante previsão do §1º do art. 2º da Lei em exame, segundo a qual “a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente” (BRASIL, 1998). Além disso, no âmbito dos ilícitos tributários previstos no art. 1º da Lei n. 8.031/90, essa exigência demanda a observância de regramento complementar, qual seja: o lançamento definitivo do tributo (SOUZA NETTO, 2019). Por-

² PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INCISO V, DA LEI 8.137/1990 COMO DELITO ANTECEDENTE. TRANCAMENTO DAS AÇÕES PENAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. DENÚNCIAS QUE NARRAM A OCORRÊNCIA DE CRIME MATERIAL. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. RECURSO PROVIDO. 1. Embora tenham duas das denúncias tipificado a conduta criminosa antecedente no art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.137/90, a descrição fática claramente imputa não somente o formal descumprimento do correto registro de venda, mas a efetiva sonegação tributária, crime material a exigir na materialidade a constituição definitiva do tributo - Súmula Vinculante nº 24 do STF. 2. **Embora independa a persecução pelo crime de lavagem de valores do processo e julgamento pelo crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei nº 9613/1998, exigido é que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).** 3. Na espécie sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, **pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo.** 4. **Sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem de dinheiro.** 5. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento das ações penais, sem prejuízo do oferecimento de novas denúncias, desde que demonstrada a materialidade delitiva do delito antecedente. (BRASIL, RHC 73.599/SC, 2016, grifos nossos).

quanto, conforme entendimento sumulado pela Suprema Corte, “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo” (BRASIL/STF, Súmula Vinculante nº. 24, 2009).

Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o lançamento definitivo nos delitos materiais contra a ordem tributária traduz-se como condição objetiva de punibilidade, a despeito do dissenso na doutrina quanto à sua classificação, mormente à luz das disposições trazidas com o art. 83 da Lei n. 9.430/1996³, havendo quem entenda que se trataria de condição específica da ação penal (LIMA, 2020). Contudo, segundo a doutrina:

Prevalece o entendimento de que a decisão final do procedimento administrativo de lançamento funciona como condição objetiva de punibilidade nos crimes materiais contra a ordem tributária. Ou seja, cuida-se de evento futuro e incerto, cujo implemento é condição *sine qua non* para a deflagração da persecução penal. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei nº 9.430/96, o STJ já afirmou por várias vezes que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário (LIMA, 2020, p. 314).

Em outras palavras, significa que mesmo demonstrada a ocultação dos valores agremiados ao patrimônio do sonegador, não se fará possível a persecução penal, ou mesmo a investigação criminal pela autoridade policial do delito de lavagem, caso não implementada a condição objetiva de punibilidade da infração penal antecedente – o lançamento definitivo do tributo (MENDRONI, 2018). De acordo com Badaró e Bottini:

[...] qualquer ato de ocultação ou dissimulação de recursos antes deste momento administrativo não caracteriza a lavagem de dinheiro, porque ocorre – segundo orientação do STF – antes da consumação do crime, antes que qualquer valor do patrimônio do contribuinte seja reconhecido como ilícito (2019, p. 114).

³ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Outrossim, duas distinções devem ser destacadas. A primeira cita a mitigação da referida súmula vinculante quando demonstrado embaraço à fiscalização tributária. Logo, mostrar-se-á possível o início da investigação policial, mesmo quando ausente o lançamento definitivo do tributo, na hipótese ora ventilada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. REITERAÇÃO DE RECURSO INTERPOSTO ANTERIORMENTE. SÚMULA VINCULANTE N. 24/STF. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

[...]

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal é firme no sentido de que se admite a mitigação da Súmula Vinculante n. 24/STF nos casos em que houver embaraço à fiscalização tributária ou diante de indícios da prática de outras infrações de natureza não tributária. Precedentes. Havendo a admissão pela Corte local da demonstração de que houve a constituição do crédito em nome de terceiros, ou seja, de empresas fantasmas, em razão da existência de embaraço à fiscalização tributária, bem como de que os pacientes respondem, além do delito tributário (art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.137/90), pelos crimes previstos nos arts. 1º, § 1º, c.c. o art. 2º, e 2º, § 1º, todos da Lei nº 12.850/2013, cuja natureza não é tributária, não se verifica manifesta ilegalidade por falta de justa causa da ação penal (AgRg no HC 551.422/PI, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/6/2020).

3. A parte agravante não reuniu elementos suficientes para infirmar o decisum agravado, o que autoriza a sua manutenção.

4. Agravo regimental improvido, com embargos declaração prejudicados.

(BRASIL, AgRg no RHC 156.183/RS, 2021, grifos nossos).

Por outro lado, importante destacar que a Súmula Vinculante nº 24 estabelece a observância do lançamento definitivo em relação aos delitos materiais previstos nos incisos I a IV do art. 1º da Lei n. 8.137/90, não abarcando, então, o delito formal previsto inciso V do mesmo diploma legal. Tal conduta consiste em “negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação” (BRASIL, 1990) E nem se argumente a possibilidade de a infração em exame gerar produto e

estar apta a configurar infração antecedente do branqueamento de capitais. Segundo Marcão (2017, p. 157) o objeto jurídico da tutela penal da conduta em exame é a arrecadação tributária, a qual resta “negativamente afetada em seus meios de controle e recebimento do tributo devido pelo contribuinte”.

Além disso, ainda em relação às questões procedimentais próprias às infrações tributárias e o delito de lavagem de capitais, impende referir que, embora o branqueamento de capitais possua relação acessoriedade em relação ao delito antecedente, tal acessoriedade é limitada (MENDRONI, 2018), já que o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei “independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”, nos termos do art. 2, inciso II, da Lei em testilha (BRASIL, 1998). Como explica a doutrina:

Esses dispositivos revelam absoluta autonomia entre os crimes, o precedente o consequente de lavagem do dinheiro. Pelo teor da lei, não há necessidade de existência de processo e/ou seque julgamento do crime antecedente, podendo, de forma independente, prosseguir-se com investigação, processo e julgamento – e condenação do crime de lavagem de dinheiro. Trata-se, no fundo, de medida de operacionalização da norma jurídica, já que, se assim não for, pode se tornar inoperante, e não pode se admitir que uma regra penal tenha sido criada para não pode ser aplicada; mas ainda voltando a sua tutela jurídica para o foco do interesse da defesa na ordem econômica, **considerando-se a aplicação do dinheiro sujo na fase de integração (integration), de molde a proteger a livre concorrência daqueles que não tiveram capital de origem criminosa.** (MENDRONI, 2018, p. 110, grifos do autor e nossos).

Tal autonomia ganha especial relevo em relação ao delito tributário antecedente porque, a Lei n. 9.430/1996 traz a hipótese de extinção da punibilidade do ilícito tributário quando realizado o pagamento integral do débito ou, concedido o parcelamento antes do recebimento da denúncia, sobrevier sua quitação (LIMA, 2019), repare-se:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Có-

digo Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011) (BRASIL, 1996).

Cabe salientar que, fosse absolutamente dependente o branqueamento da infração antecedente, bastaria ao agente, uma vez constatada a lavagem de capitais, proceder o pagamento ou mesmo o parcelamento para obstar a persecução penal de ambas infrações (tributária e lavagem de capitais), muito embora o aproveitamento daqueles recursos sonogados, branqueados e integrados já pudessem ter atingido; como sinaliza Mendroni (2018, p. 110), a ordem econômica e “a livre concorrência daqueles que não tiveram capital de origem criminosa”, conduta que sem dúvida atinge a concorrência e o sistema econômico local. Ante a mencionada autonomia, mesmo com o pagamento do débito tributário, persiste a possibilidade de persecução em relação à lavagem de capitais.

Além do mais, é de conhecimento comum que, no âmbito fiscal, a busca pelos valores decorrentes de ilícitos tributários encontra diversos obstáculos no processo de execução. A legislação tributária prevê, conforme art. 151, inciso IV, do CTN, a possibilidade de suspensão do crédito tributário, entre outras, pela “concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies

de ação judicial” (BRASIL, 1966), o que sem dúvida dificulta o êxito do processo cível, enquanto empresas vocacionadas à prática criminosa colhem os frutos do capital reintegrado.

De notar, também, que a morosidade do processo cível e a dificuldade em localizar bens passíveis de penhora contribui para o fracasso na recuperação dos créditos tributários, pois surge então o início do prazo para o reconhecimento da prescrição intercorrente, conforme o Tema Repetitivo nº 566 do Superior Tribunal de Justiça:

O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução. (BRASIL, Tema Repetitivo 566, 2018)

Consequentemente, surge a importância da adequada identificação e distinção do mero contribuinte devedor e daquele que se utiliza do produto da infração para fomentar seu negócio, embarçando não só a fiscalização, como a própria recuperação dos valores, comportamento que demanda a adoção das medidas legais cabíveis.

3 A RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Parte-se da ideia de que, *a priori*, não há óbice à configuração do delito de lavagem de capitais com o produto do crime antecedente tributário, mas apenas a necessidade de observância de procedimentos próprios. Resta ponderar acerca da eficácia/efetividade na busca pelas ativos branqueados à luz dos mecanismos previstos pela Lei de Lavagem de Capitais, mormente diante das dificuldades encontradas pelo fisco na cobrança dos débitos fiscal. Claro, não se pode negar, como bem salienta a doutrina, que a identificação do produto do delito antecedente e comprovação da utilização do capital ocultado é sem dúvida uma tarefa difícil. Nas palavras de Badaró e Bottini:

[...] não basta à lavagem a identificação do fruto do delito anterior e um ato de ocultação posterior – é fundamental apontar a relação causal entre ambos, constatar que aquele

recurso dissimulado é o mesmo produzido pelo crime antecedente, e não outro valor que integre licitamente o patrimônio do agente. Ocorre que, em grande parte dos crimes contra a ordem tributária o produto é dinheiro, bem fungível, que deixou de ser pago ou transferido. Ou seja, um recurso que não pode ser separado do resto do patrimônio do contribuinte. Nesses casos, ou bem esse último dissimulou ou grande parte de seus bens a ponto de ser impossível identificar que apenas valores lícitos participaram da operação, ou bem haverá apenas crime contra ordem tributária, sem a lavagem de dinheiro. (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 114, grifos do autor).

Contudo, além de tratar-se de questão probatória, o objetivo aqui explanado consiste em demonstrar o âmbito de incidência da legislação examinada e seu sucesso ou não na recuperação do crédito tributário. Além do mais, a investigação criminal em tais casos conta com um excelente suporte – o Relatório de Inteligência Financeira – RIF, que pode ser solicitado ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, através do RIF de Intercâmbio com análises de movimentações suspeitas, o qual é “elaborado para atendimento a solicitação de intercâmbio de informações por autoridades nacionais ou por Unidades de Inteligência Financeira” (COAF, 2020). Como explica Mendroni:

O RIF, Relatório de Inteligência Financeira, produzido pelo Coaf pode ser utilizado para dar origem a uma investigação criminal ou patrimonial, ou para instruir uma que já se encontra instaurada, preservando-se o sigilo nos termos da Lei. O nosso entendimento, entretanto, é que o RIF, que contém informações absolutamente legais – é dizer, obtidas por meio de meios legais pelo Coaf –, pode e deve ser encartado nos autos da investigação criminal, de molde a demonstrar a origem da própria investigação, evitando, assim, eventuais violações constitucionais, como as decorrentes do direito de ampla defesa, do contraditório, da igualdade de armas e do devido processo legal (2018, p. 274).

Como já salientado, a execução fiscal encontra diversos obstáculos à satisfação do crédito fiscal. Podem ser rastreados inúmeros casos julgados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado, nos quais muito a prescrição superveniente acaba por fulminar a pretensão executiva porque não são localizados bens e paralisados os autos por mais de 5 anos após o arquivamento. Com fito de dirigir o presente estudo a um processo real, ainda, em trâmite, selecionou-se o Agravo

de Instrumento, nº 70085279826, julgado pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, de relatoria do Des. Francisco José Moesch, julgado em 18 de novembro de 2021. Consoante pode ser observado do julgado:

O relatório produzido pela auditoria da Receita Estadual de Erechim apurou que a empresa Delamar L. Rigo, na condição de devedora contumaz de ICMS, se utilizou de empresas regularmente ativas, constituídas em nome de familiares de seus sócios para continuar exercendo as suas atividades sem pagar tributos, mediante ocultação de patrimônio. O esvaziamento financeiro e patrimonial de DELAMAR L RIGO, ocorreu através de transferência de receitas para as outras empresas do grupo familiar (BRASIL, AI nº. 70085279826, 2021).

E o relatório produzido pela auditoria da Receita Estadual e mencionado no acórdão em epígrafe destacou que:

A receita do sucesso é simples: acumular dívidas em uma empresa e utilizar os lucros do empreendimento e os frutos da sonegação para engordar o patrimônio de outras empresas da família que gozam de regularidade fiscal, em típica manobra de ocultação de patrimônio.

Enquanto a empresa Delamar L Rigo aumentou exponencialmente suas dívidas com o fisco gaúcho sem possuir bens que possam ser objeto de ação de execução, as empresas das quais suas filhas são sócias adquirem imóveis, edificam grandes construções e adquirem veículos de uso pessoal para os familiares.

[...]

Os dados apreendidos demonstram que os terrenos da RS 135 foram adquiridos pelas empresas Rigo & Rigo e Transportadora Vanessa Rigo sem que, à época, elas tivessem condições financeira para fazê-lo. (BRASIL, AI nº. 70085279826, 2021).

Destaca-se o fato de que, em consulta ao sítio eletrônico do mencionado Tribunal de Justiça, constata-se que a execução fiscal originária ao supracitado agravo de instrumento foi proposta em 12 de fevereiro de 2007. Ou seja, quase quinze anos transcorridos entre a propositura da ação e o julgamento do recur-

so em que se busca, apenas, o reconhecimento da formação de grupo econômico familiar com o consequente redirecionamento da execução contra as demais empresas do grupo.

Embora não conste dos autos informações pormenorizadas do caso em comento, verifica-se que a autoridade fazendária apontou que uma das empresas (Deleamar L Rigo) acumulava dívidas fiscais e com o produto da sonegação alavancava as demais empresas do grupo, empresas familiares que concentravam patrimônio e nada respondiam ao fisco, ante sua regularidade fiscal. Já a empresa sonegadora, ocultando seu patrimônio, não titularizava bens suficientes à satisfação do crédito fiscal.

Poder-se-ia afirmar, em tese, que assim agindo incorram os autores na prática do delito de lavagem de capitais, mediante a ocultação (*layering*) dos valores sonegados, o quais eram repassados para as empresas do grupo, e a integração (*integration*) com a aquisição de imóveis e veículos de uso pessoal para os familiares e edificação de construções, afastando “o dinheiro de sua origem ilícita, afastando-o o quanto possível, ocultando-o e/ou dissimulando-o, para que tome ares de origem legal” (MENDRONI, 2018, p. 76).

Não há notícias de eventual persecução penal no caso em exame, mas sua necessidade parece indesviável. Mostra-se irrazoável crer que operações sistemáticas de ocultação e dissimulação do patrimônio do devedor continuem em sua posse e, pior, fomentem a atividade negocial. Ora, a Lei de Lavagem prevê diversas medidas assecuratórias capazes de estancar essa conduta e, ao mesmo tempo, garantir o sucesso da recuperação dos valores branqueado, dentre elas, o sequestro de bens⁴. Como salienta a doutrina:

[...] o que se pretende é impedir que o lavador desfrute, ou continue a desfrutar, do produto ilicitamente conquistado, ou dos rendimentos que este possa lhe proporcionar. Em relação ao patrimônio de origem ilícita, pode-se dizer que a finalidade da medida assecuratória se compõe de dois vértices: *a) medida de fins imediatos*, que visa à retenção de bens, direitos ou valores, os quais serão destinados a restituição e reparação dos danos causado pela prática do crime de lavagem (bem como da infração penal antecedente), incluindo-se o pagamento de sanções pecuniárias e eventuais custas do processo criminal [§4º do art. 4ª, da Lei de Lavagem]; *b) medida de fins mediatos*, que busca assegurar a preservação

⁴ Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes (BRASIL, 1998).

das coisas, a fim de que não se deteriorem, desapareçam, ou sejam utilizadas para fins contrários aos do interesse da Justiça (BARROS, 2022, p. 136, grifos do autor).

Nota-se que, ao contrário da persecução penal em relação ao ilícito tributário – a qual segue a sorte do pagamento ou parcelamento do tributo, o qual, muitas vezes, é objeto de morosos processos judiciais, como o caso em exame – as medidas assecuratórias previstas na lei de lavagem de capitais, em especial o sequestro de bens, independem de eventual quitação do crédito tributário e extinção da punibilidade, situação que demonstra a eficácia do âmbito de incidência da Lei n. 9.613/1998 como mecanismo de manutenção e recuperação de ativos.

Vale notar, ademais, que o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do Decreto nº 53.332/2016, regulamentou, em atenção ao art. 7º da Lei de Lavagem da Capitais⁵, a destinação dos ativos recuperados da prática de lavagem de dinheiro à Polícia Civil, estabelecendo que:

Art. 1º Fica regulamentada a destinação de bens oriundos de ilícitos penais relacionados aos crimes de lavagem de capital para órgãos da Polícia Civil.

Parágrafo único. Os bens, os direitos e os valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática de crimes de lavagem de capital incorporados definitivamente ao patrimônio do Estado, após o trânsito em julgado de sentença condenatória, deverão obedecer às disposições estabelecidas na Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, no que concerne à destinação e à utilização dos recursos pelos órgãos estaduais incumbidos da prevenção e combate a esses crimes.

⁵ Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

Art. 2º Os ativos financeiros provenientes de lavagem de capital recuperados em investigação criminal conduzida pela Polícia Civil, cujo perdimento for decretado pelo Poder Judiciário em favor do Estado, serão recolhidos ao fundo estadual que tem por finalidade o reaparelhamento da Polícia Civil, em conta a ser indicada pelo Fundo Especial da Segurança Pública – FESP, de acordo com a destinação prevista neste Decreto.

Parágrafo único. Os recursos financeiros recolhidos na forma deste artigo serão destinados, prioritariamente, à capacitação de agentes policiais e investimentos em infraestrutura, tecnologia e reestruturação dos órgãos da Polícia Civil especializados na prevenção e combate aos crimes previstos na Lei Federal n. 9.613/1998. (BRASIL, decreto nº. 53.332, 2016).

Ou seja, além do controle da infração penal, a atuação eficaz, nos termos delineados, garante, também, a reversão dos bens e valores provenientes do delito à Polícia Civil, permitindo, com isso, seu necessário reaparelhamento e estruturação para cada vez mais qualificar a investigação.

Não é demais lembrar que outros órgãos também têm desempenhado o papel na busca desses valores suprimidos da arrecadação fiscal, como em recente operação realizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul na Cidade de Bagé, na qual, sendo notícia divulgada, o núcleo investigado devia R\$ 95 milhões só de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e teria criado várias empresas de fachada para perpetrar a conduta (RÁDIO GUAÍBA, 2022).

Contudo, a Polícia Judiciária possui os meios e expertise necessária à correta identificação da atividade criminosa que perpassa à mera sonegação e, muitas vezes, resulta na ocultação e integração do capital branqueado, não só desequilibrando o mercado local, mas principalmente impedindo a correta arrecadação e recuperação dos ativos desviados.

Claro, há preocupação do Estado em recuperar seus ativos, tanto que o Decreto nº 54.191/2018, com o “objetivo propiciar a atuação coordenada e integrada de cada um dos seus signatários, com vista a dar agilidade e efetividade à recuperação de ativos e ao combate a fraudes fiscais” (BRASIL, 2018) cria o Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado do Rio Grande do Sul - CIRA-RS, repare-se:

Art. 1º Fica criado o Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado do Rio Grande do Sul - CIRA-RS, com

a finalidade de propor medidas judiciais e administrativas, para a recuperação de ativos de titularidade do Estado e o **combate às fraudes fiscais e aos crimes correlatos, a serem executadas pelos órgãos e instituições públicas que o integram**, bem como sugerir alterações no âmbito legislativo para o aprimoramento das ações, com vista ao resguardo da concorrência leal e da liberdade de iniciativa. (BRASIL, decreto nº 54.191, 2018, grifos nossos).

Certa espécie causa, no entanto, o fato de a Polícia Judiciária, cuja missão constitucional é a apuração da infração penal, consoante art. 144, §4, da CF⁶, não integrar referido comitê, cujos Grupos Diretivo e Operacional são compostos por representantes do Ministério Público do Estado, da Procuradoria-Geral do Estado e da Secretaria de Estado e da Fazenda, consoante art. 3º e 4º do supramencionado decreto (BRASIL, 2018). Parece necessária a ampliação do assento ao órgão que, por excelência, atua na investigação de todos os fatos delituosos e que vem gradativamente capacitando e aprimorando seus meios de combate à lavagem de capitais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a evolução da legislação penal, sobretudo a voltada ao combate ao branqueamento de capitais, trouxe aprimoramento ao âmbito de abrangência da tutela criminal. Pode-se afirmar que, no atual estágio geracional, o crime de lavagem de capitais permite sua configuração diante da ocultação ou dissimulação de direitos ou valores decorrentes de ilícitos tributários (infração antecedentes), especialmente os de sonegação fiscal, o que constitui eficaz mecanismo de recuperação de ativos em prol do Estado.

Isso porque, como se viu, a busca de valores sonegados das autoridades fazendárias nem sempre são facilmente recuperáveis em processos típicos (em âmbito cível). O processo executivo fiscal faculta ao contribuinte algumas ferramentas que, quando desviadas de sua finalidade precípua (o exercício da ampla defesa e do contraditório), resulta na dilação e procrastinação exacerbada do processo, muitas vezes encaminhando-o ao fim extintivo, por vezes pela prescrição intercorrente da pretensão executiva do crédito tributário.

De igual forma, mesmo no processo criminal atinente exclusivamente à prática do ilícito tributário, os mecanismos de defesa – repita-se, quando mal

⁶ § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

utilizados – prestam-se a fulminar a pretensão punitiva do Estado, seja porque houve adesão à programa de refinanciamento ou parcelamento da dívida antes do oferecimento da inicial acusatória, seja porque realizado o pagamento, hipóteses que resultam na extinção da pretensão punitiva.

O problema fulcral reside, no entanto, quando em ambas as formas antes referidas fracassam pela não localização de bens aptos à restauração patrimonial dos ilícitos praticados, mormente porque o produto da infração acaba desviado ou ocultado, frustrando a busca de valores na execução fiscal ou na futura execução cível da sentença penal condenatória. Repita-se, especialmente no processo cível a não localização de bens constitui termo inicial da prescrição intercorrente, daí a importância da adequada incidência da tutela penal como recurso à recuperação dos ativos.

Veja-se que, mesmo quando o agente sonegador adere à programa de parcelamento do crédito tributário e, com isso, ainda que em longo prazo, restitui os valores não repassados à Fazenda Pública, o período em que o produto da infração é desviado e integrado no mercado, por vezes em empresas que constituem, de fato, um grupo econômico, acaba gerando instabilidade no mercado econômico, atingindo a livre concorrência e o sistema local daquelas empresas que não contam com valores sonegados para alavancar seus negócios.

Nesse sentido, visando a eficaz recuperação dos recursos sonegados e desviados por empresas, especialmente quando caracterizados grupos econômicos de fato, com a concentração de dívidas fiscais e esvaziamento do capital da empresa infratora, com a alavancagem das demais com tais valores, mostra-se indesejável a adequada investigação criminal para identificação de eventual lavagem de capitais pela Polícia Judiciária, para então socorrer-se das medidas assecuratórias pelas na Lei n, 9.613/1998 como mecanismo de manutenção e recuperação de ativos, mormente em razão da relativa autonomia entre a infração tributária e o delito de lavagem de capitais, pois mesmo com o pagamento do débito tributário, persiste a possibilidade de persecução em relação branqueamento.

Não restam dúvidas quanto à possibilidade de configuração do crime tributário como infração antecedente à lavagem de capitais, já que produtiva a infração, de modo a gerar ativos passíveis de ocultação/dissimulação, nos termos do art. 1º da referida Lei, a justificar a incidência de tal diploma como meio, também, de combate ao ilícito penal. No ponto, especialmente o sequestro de bens ocultados ou desviados parece ser a medida apta a assegurar os bens desviados, pois, uma vez constituído o crédito fiscal e configurada a infração penal tributária, a acessoriedade limitada entre as infrações cria autonomia na persecução atinente à lavagem de dinheiro e permite a persecução criminal independentemente de outras questões passíveis de judicialização.

Ademais, de notar que o Estado do Rio Grande do Sul, além do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado – CIRA, cujo assento à

Polícia Judiciária se faz necessário, possui um núcleo de grandes devedores, o qual, por meio da Procuradoria-Geral do Estado – PGE, é responsável pelos expedientes relacionados a empresas com vultosos passivos fiscais. Sendo assim, parece prudente sugerir-se uma atuação conjunta entre PGE e Polícia Civil, com a finalidade de análise e possível investigação criminal de eventual prática de delito de lavagem de dinheiro, principalmente ante a previsão estadual de reversão dos valores recuperados da prática do delito de branqueamento de capitais à Polícia Civil, *pro rata* ao órgão que capitaneou a investigação e à instituição policial, a demonstrar a importância e relevância do tema em debate ao aparelhamento e qualificação da investigação criminal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Perpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro:** aspectos penais e processuais penais, comentários à Lei 6.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais:** crimes de lavagem, procedimento penal especial, protocolos administrativos e preventivos. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 30 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em 21 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 15 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em 21 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.613**, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em 15 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 24**. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**: RHC 73.599/SC. [...] Relator: Min. Nefi Cordeiro, 13 de set. de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601917482&dt_publicacao=20/09/2016. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 566**. O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=566&cod_tema_final=566. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. **Decreto nº 53.332**, de 1º de dezembro de 2016. Regulamenta a destinação de bens oriundos de ilícitos penais relacionados aos crimes de lavagem de capital para órgãos da Polícia Civil. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2053.332.pdf>. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. **Decreto nº 54.191, de 15 de agosto de 2018**. Cria o Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado do Rio Grande do Sul - CIRA-RS. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2054.191.pdf>. Acesso em 14 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus**: AgRg no RHC 156.183/RS. [...] Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 07 de dez de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103459610&dt_publicacao=17/12/2021. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. **Relatórios de Inteligência Financeira – RIF**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financeira/relatorios-de-inteligencia-financeira-2013-rif>. Acesso em 21 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Vigésima Segunda Câmara Cível. **Agravo de Instrumento, nº 70085279826**, Relator: do Des. Francisco José Moesch, julgado em 18 de nov. de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70085279826&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 16 mai. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Comentada**. 7. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARCÃO, Renato. **Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo**: Comentários e Interpretação Jurisprudencial da Lei n. 8.137, de 27-12-1990. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RÁDIO GUAÍBA. **MP/RS faz operação contra empresas suspeitas de sonegação de impostos em Bagé**. Disponível em: <https://guaiba.com.br/2022/03/22/mp-rs-faz-operacao-contrasuspeitas-desonegacao-de-impostos-em-bage/>. Acesso em 08 jun. 2022.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combata à Lavagem de Dinheiro**: Teoria e Prática. Campinas: Millenium, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de Dinheiro**: Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

WENDT, E.; MORENO, M. A.. A Operação Laranja Mecânica: início do enfrentamento sistemático à lavagem de dinheiro no Rio Grande do Sul. In: WENDT, Emerson; RESCHKE, Cristiano de Castro (Org.). **Investigação de Lavagem de Dinheiro e enfrentamento à Corrupção no Brasil**: leading cases. 1ed. Rio de Janeiro-RJ: Brasport, 2021, v. 1, p. 1-16.

O SIGILO DA FONTE HUMANA COMO PRERROGATIVA DA ATIVIDADE POLICIAL

André Lorbiecki Roesel¹

RESUMO: O medo de represálias faz com que muitas pessoas deixem de repassar informações à Polícia Judiciária se não houver a garantia de sigilo dos seus dados de identificação. O objetivo deste trabalho é o de demonstrar que a importância do sigilo da fonte humana na investigação policial a consagra como prerrogativa constitucional da atividade. Optou-se por uma pesquisa exploratória da base legal, jurisprudencial e ontológica de institutos permeados pela confidencialidade e pelo anonimato, a fim de demonstrar que a essência do sigilo da fonte humana a faz uma prerrogativa constitucional da atividade policial. Observar-se-á que não se busca a constituição, mas sim o reconhecimento de uma prerrogativa, cuja aplicação integral tende a fortalecer a relação entre a Polícia Judiciária e as pessoas que detém as informações na busca da verdade. Para tanto, será dedicado um título próprio à atividade policial na geração da prova, outro diferenciando anonimato da confidencialidade, para então serem tratados os institutos que fazem uso de ambas as formas de sigilo de fonte humana, finalizando com a análise como prerrogativa constitucional também da atividade policial.

PALAVRAS-CHAVE: Anonimato. Confidencialidade. Fonte humana. Informante confidencial. Sigilo da fonte.

ABSTRACT: *The fear of reprisals makes many people fail to pass on information to the Judiciary Police if there is no guarantee of confidentiality of their identification data. The objective of this work is to demonstrate that the importance of secrecy of the human source in the police investigation enshrines it as a constitutional prerogative of the activity. An exploratory research of the legal, jurisprudential and ontological basis of institutes permeated by confidentiality and anonymity was chosen, in order to demonstrate that the essence of the secrecy of the human source makes it a constitutional prerogative of police activity. It will be observed that what is sought is not the constitution, but the recognition of a prerogative, whose full application tends to strengthen the relationship between the Judiciary Police and the people who hold the information in the search for the truth. To this end, a title will be dedicated to the police activity in the generation of evidence, another differentiating anonymity from confidentiality, to then be treated of the*

¹ Bacharel em Direito pela PUC/RS e pós-graduado em Gestão da Investigação Criminal pela Aca-depol/PCRS. Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

institutes that make use of both forms of secrecy of human source, ending with the analysis as a constitutional prerogative also to the police activity.

KEY WORD: *anonymity. confidential informant, confidentiality. human source. source secrecy.*

1 INTRODUÇÃO

Quase toda investigação policial baseia-se no processamento de informações oriundas de fonte humana. Entretanto, muitas vezes, a própria natureza da criminalidade leva os detentores da informação a só as passarem à Polícia Judiciária sob garantia da confidencialidade.

Mesmo não sendo a confidencialidade estranha ao nosso ordenamento, estando prevista e consolidada em diversos institutos, ainda faz parte da casuística policial situações em que policiais são instados a revelar a identidade confidencial de suas fontes humanas. Quando tais investidas, que geralmente ocorrem em audiências, são feitas por advogados, o fato não causa maior estranheza; entretanto, algumas vezes vêm da acusação ou do juízo. Presume-se que, justamente por se tratarem de casos isolados, acabam se resolvendo na própria audiência, e, por isso, acabam não sendo levados aos tribunais superiores para ser firmada jurisprudência. Ademais, o assunto é pouco tratado em manuais, que se restringem a citar considerações sobre a prerrogativa aos jornalistas.

Embora a categoria profissional dos jornalistas seja a primeira que nos vem à mente quando falamos em “sigilo da fonte”, a própria doutrina refere ser prerrogativa de atividades profissionais que delas necessitam justamente para exercerem o seu *mister* em prol da sociedade. Trata-se de prerrogativa da atividade em si, e não um favor a uma classe ou à pessoa dos profissionais, cujos benefícios em muito superam a vedação constitucional do anonimato e, no caso da atividade policial, à característica da publicidade dos atos processuais, além de não comprometer ao contraditório ou à ampla defesa do suspeito.

A ausência de discussão sobre o tema pode se dar também pelo fato de que, em consequência do receio dos policiais de se verem constrangidos a quebrar a promessa de confidencialidade feita a suas fontes humanas, acabam por blindar suas identidades por meio de denúncias anônimas. Uma prática que acaba prejudicando a própria investigação, haja vista o pouco valor dada às denúncias anônimas pelos nossos tribunais, bem como impossibilita a responsabilização da fonte caso tenha falsamente imputado fatos aos suspeitos.

Dessa feita, reconhecera prerrogativa à atividade policial fortalece a busca pela verdade real, dando respaldo para que as informações sejam formalizadas com maior exatidão, permitindo eventual responsabilização civil e criminal

em caso de dolo ou má-fé da fonte. São características do informante confidencial que devem lhe conferir maior credibilidade do que a dada às denúncias anônimas.

2 A ATIVIDADE POLICIAL DE PRODUÇÃO DA PROVA

O cometimento do crime origina a necessidade de seu esclarecimento, que nossa Constituição deixou, no seu geral, a cargo da Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1º, IV, c/c § 4º). Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio do inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei², que têm por objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais (Lei nº 12.830/13, art. 2º, § 1º).

Deve haver prudência na instauração de inquérito policial, entendendo-se que a posição de “investigado” afeta de forma relevante *status* do suspeito na esfera jurídica. Atualmente, caso o “juiz de garantias” entenda não haver fundamento razoável para a instauração ou prosseguimento do inquérito policial, poderá determinar o seu trancamento (CPP, art. 3-B, IX). Não só isso, caso a autoridade policial estenda injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado, poderá responder pelo crime de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19, art. 31).

Essa fase prévia à instauração do inquérito policial está prevista no Código de Processo Penal, pelo qual, ao receber comunicação de crime, a autoridade policial deve primeiramente verificar a procedência das informações (art. 5º, § 3º). Tal procedimento investigatório recebe usualmente o nome de VPI (Verificação de Procedência de Informações), cuja regulação ficou a cargo das instituições policiais.³

Independentemente do procedimento, a tudo aquilo que possa servir para esclarecer acerca do fato criminoso é dado o nome de “fonte de prova”, sendo a sua introdução no processo feita através dos “meios de prova”. Evidentemente que as provas não aportam nos autos do nada, sendo disponibilizados

² Apenas para não deixarmos de citar, no âmbito policial, temos ainda o Termo Circunstanciado (TC) para apuração de infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.99/95, arts. 61 e 69) e o Procedimento de Apuração de Ato Infracional (PAAI), quando o autor da infração é adolescente (ECA, art. 171 a 190).

³ No âmbito da Polícia Civil gaúcha, é prevista na Portaria nº 164/07 do Gabinete da Chefia de Polícia: Art. 10, parágrafo único. “Sendo necessário reunir os elementos de justa causa, indispensáveis à instauração do procedimento pertinente, será determinada a verificação da procedência das informações, cujas movimentações deverão ser cadastradas no sistema informatizado disponível”. No âmbito da Polícia Federal, é regulada no artigo 18 da Instrução Normativa nº 108/2016 do seu Diretor-Geral.

à investigação os “meios de obtenção da prova” (LIMA, 2020).

Há o brocado jurídico latino pelo qual *quod non est in actis non est in mundo*, segundo o qual o juiz só pode julgar o que está no processo, o que é bem diferente de obrigar a autoridade policial a detalhar todos os passos da investigação, o que, além de impossível na prática, pode ir de encontro ao interesse público. Em primeiro lugar, não convém explicar toda a expertise policial na busca pela prova, sob pena de gradativamente o crime organizado passar a se armar de ações de contrainteligência. O outro motivo está na proteção das suas fontes humanas, cujas integridades física e psicológica poderão estar sujeitas a represálias dos criminosos se identificadas.

São por essas razões que a autoridade policial deve ter discricionariedade na avaliação do que constará nos autos, principalmente no concernente à identificação ou não das suas fontes humanas de prova. Analisando as circunstâncias, cabe ao delegado de polícia discriminar as pessoas aptas a servir como testemunhas em júízo ou apenas trazendo as informações delas colhidas, preservando a confidencialidade de suas identidades em prol de preservar sua fonte.

Cumpra ainda referir que, dentre os “meios de obtenção de provas”, há os de execução diferenciada tendo em vista a tutela de bens sujeitos à reserva de jurisdição. Quando previstos para os crimes no geral, são denominados meios de obtenção “ordinários” de prova (LIMA, 2020). Com isso, havendo risco de represálias, com base em informações obtidas de uma fonte humana, pode a autoridade policial, *v. g.*, determinar que seus agentes elaborem “relatório de investigação” ou tomem “declaração confidencial”, nos quais poderão fazer referência ao grau de confiabilidade do informante, mas com o cuidado de não trazer elementos indicativos de sua identidade. É a palavra do policial⁴ que garante a confiabilidade das informações, sendo possível levantar o sigilo da identidade do informante para fins de responsabilização, caso identificada intenção de sua fonte em prejudicar indevidamente o suspeito.

Importante fazer referência que, justamente para fazer frente à complexidade de certos crimes, foram gradativamente sendo incorporados os chamados meios “especiais” ou “extraordinários” de obtenção de provas. Justamente como forma de garantir sua efetividade, observa-se que muitos desses meios especiais são ferramentas de dissimulação, retirando informações dos investigados sem que esses percebam, tendo como traço marcante a garantia do sigilo da identidade das pessoas envolvidas (LIMA, 2020).

⁴ Note-se que o Superior Tribunal de Justiça entende como válida a palavra firmada pelo policial, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (STJ, 2018).

3 ANONIMATO E CONFIDENCIALIDADE

O sigilo da fonte humana é um dos mecanismos atualmente utilizados no enfrentamento qualificado da criminalidade, o qual se efetiva pelo anonimato ou pela confidencialidade. Enquanto que no anonimato a identidade da fonte não pode ser identificada ou rastreada, pois não conhecida nem mesmo pelo investigador; na confidencialidade, ela é de conhecimento ao menos do investigador, não sendo divulgada sem o consentimento do indivíduo, a menos que exigido por lei (SPDP, 2014).

Só há anonimato propriamente dito na denúncia anônima, visto que a própria lei determina que o órgão que recebe a informação garanta o seu anonimato. Já a confidencialidade é garantida em nosso ordenamento a diversos colaboradores, sendo o sigilo de identidade prevista para o agente infiltrado, para o comparsa colaborador e para a recente figura do *whistleblower*.

O fato de não haver quem se responsabilize pelas informações prestadas em anonimato prejudica não só sua valoração como prova, mas também como embasamento para a abertura de inquérito policial e representação de cautelares, caso não lastreada por diligências subsequentes. Por sua vez, na confidencialidade há o abono da confiabilidade da informação pela palavra do investigador, estando seu problema no limite na manutenção do sigilo quando se opta em utilizar o testemunho como meio de prova em juízo.

3.1 Testemunhas confidenciais ou “sem rosto”

Vítimas ou testemunhas de crimes coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou em processo criminal e que, por isso, recebem a proteção de preservação da identidade, da imagem e de dados pessoais (Lei nº 9.807/99, arts. 1º e 7º, IV). Embora também conhecidas como “anônimas”, não há que se falar em anonimato, mas em confidencialidade, pois sua identidade é de conhecimento da acusação e do juízo.

Com amparo constitucional (art. 93, IX), a preservação da identidade das testemunhas apareceu primeiramente em nossa legislação com a Lei do Programa de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99, arts. 1º e 7º, IV), sendo garantida pela Convenção de Palermo⁵ (BRASIL, 2004). A reforma

⁵ Artigo 24. Proteção das testemunhas. 1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas. 2. Sem prejuízo dos direitos do arguido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras: a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível, nomeadamente, fornecer-lhes um novo do-

processual de 2008 reforçou tal garantia com a inclusão do § 6^o ao art. 201 e alterando a redação do art. 217⁷ pela Lei n^o 11.690/08.

Não há que se falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório quando o sigilo das investigações decorre da necessidade de se resguardar a integridade física das testemunhas, ameaçadas e coagidas pelo suposto executor do delito (STJ, 2019)

Embora consagrada pela Jurisprudência, a questão está na extensão do sigilo à defesa do réu. A Constituição Federal refere que pode a “lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou **SOMENTE A ESTES**” (grifei) (art. 93, IX). Predomina no Superior Tribunal de Justiça que, a fim de preservar inteiramente as garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade dos atos processuais, deve-se dar acesso aos dados pessoais da testemunha ao defensor do réu, pois essencial para se viabilizar o direito de confronto por meio da contradita (STJ, 2015).

É evidente que o acesso da identidade à defesa fragiliza em muito a proteção contra represálias. Seria alienação negar haver advogados atuando como verdadeiros membros das organizações criminosas, podendo ainda os éticos serem coagidos a entregar a identidade da testemunha aos seus clientes. Para piorar, como observa Marcelo Mendroni, os advogados podem mudar diversas vezes em um mesmo processo, o que torna improvável descobrir qual deles possa ter rompido o sigilo profissional para responsabilização. Segundo o autor, deve o magistrado restringir os dados de identificação também à defesa e zelar para que a prova não seja considerada decisiva e relevante ao julgamento (2014).

Possibilitar acesso “automático” à identidade de todas as testemunhas confidenciais à defesa parece mesmo inadequado e temerário. Note-se que, no direito norte-americano, possibilita-se a instrução “à porta fechada”, pois sem a presença do defensor, justamente para analisar se há prejuízo à defesa o sigilo

micflio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro; e b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

⁶ CPP, art. 201, § 6. O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

⁷ Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

da identidade da testemunha. Considerando haver tal prejuízo, como quando considerada “material à defesa”, antes de quebrar o sigilo de sua identidade, possibilita-se ao *parquet* o sacrifício de toda ou parte da acusação comprometida pela saída da testemunha.⁸

O Superior Tribunal de Justiça considera que a negativa em quebra do sigilo da identidade da testemunha à defesa para contradita uma NULIDADE RELATIVA, devendo a decisão que restringiu o acesso ser impugnada no momento oportuno, sob pena de preclusão (STJ, 2015). Com isso, na impugnação caberá à defesa trazer de forma concreta o prejuízo em não saber a identidade da testemunha (*pas de nullité sans grief*), na medida em que ela pode ter servido apenas para apontar um sentido para a investigação (*fingerpointer*), tendo sido suas informações corroboradas por outras provas.

Ademais, mesmo que reconhecido o prejuízo à defesa com a manutenção do sigilo da identidade da testemunha a pedido da acusação, nada impede que o juízo a declare irregular como meio de prova e determine o desentranhamento do seu depoimento dos autos (CPP, art. 157), o que não irá alterar em nada a validade das provas dela derivadas. Caso não haja corroboração com outras provas, é de se analisar permitir ao *parquet* sacrificar a acusação em nome da segurança da testemunha, até mesmo por que haverá grande risco de a testemunha mudar seu depoimento e ele não refletir mais a verdade.

3.1.1 Agente Infiltrado

Integrante da estrutura dos órgãos policiais que, mediante prévia autorização judicial, é introduzido dissimuladamente e de forma estável em uma organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, com o objetivo precípua de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a sua desarticulação (LIMA, 2020).

⁸ Apresentada moção, é marcada audiência preliminar, na qual deverá a defesa comprovar que saber a identidade é essencial para o direito de defesa, geralmente alegando se tratar de uma “testemunha material” (*material witness*), i. é, cujas informações influenciam no julgamento de mérito e não podem ser suplementadas por outras provas. Com isso, deve apresentar evidências concretas, e não meras especulações, de não se tratar de mero *fingerpointer*, como o fato de ser cúmplice ou ser testemunha ocular do fato. Caso o juiz entenda pertinente a alegação, caberá à acusação decidir entre: (1) realizar audiência à porta fechada, (2) abrir mão das acusações, (3) recusar divulgação, sendo geralmente retiradas as acusações; (4) redução das acusações para outra que não a use como elemento; (5) divulgar a identidade do informante (raríssimo); ou (6) apelar, com risco de punição como demissão caso julgado improcedente se não solicitada a audiência à porta fechada. De tal audiência, a qual pode ser na própria sala do juiz, embora também possa ser realizada na delegacia ou local secreto, participam apenas o magistrado, o informante, o investigador e um secretário, onde se abre possibilidade de ser feita instrução para verificar essa qualidade de testemunha material para a defesa ou *fingerpointer*. Caso o juiz entenda se tratar de mero *fingerpoint*, v. g., a moção será julgada improcedente; caso contrário, a acusação poderá fazer uso das possibilidades 2 a 6 novamente (O’ MALLEY, 2017)

Baseada na dissimulação, tem por objetivo induzir a erro o investigado, a fim de que seja levado a acreditar que não se relaciona com um policial (LIMA, 2020). Busca-se chegar ao cerne do grupo para recolher provas do envolvimento dos mandantes (GONÇALVES, 2021).

Trata-se de meio especial de prova, pois prevista para investigação de crimes envolvendo organizações criminosas, terrorismo e tráfico de drogas, quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis (Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º, c/c 11.343/06, art. 53, I). Poderá repercutir em meio de prova no momento do testemunho do agente em juízo (NUCCI, 2020), quando será lhe garantida a confidencialidade de sua identidade (Lei nº 12.850/13, arts. 14, II a IV; 12, § 2º).

Apesar de guardar semelhança, não se confunde com a figura do “agente disfarçado”, trazida pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), pelo qual, “presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”⁹, o policial finge ser possível comprador ou receptor de armas, drogas ou insumos (Lei nº 10.826/03, arts. 17, § 2º, e 18, parágrafo único; e Lei nº 11.343/06, art. 33, § 1º, IV), gerando uma criminalização autônoma (LIMA, 2020). O agente oculta sua condição de policial com o objetivo de obter elementos de provas de crimes, não havendo, na prática, manobras de infiltração, i. é, sem introdução no mundo criminosos, vez que atua “do lado de fora”. Com isso, independe de ordem judicial e não se submete a prazo de conclusão como na infiltração e sequer de prévia comunicação (LIMA, 2020). Também dispensa a necessidade de manter o seu alvo sob vigilância perene, como se dá na ação controlada (MARÇAL, 2020).

Não há mais a possibilidade de infiltração dos agentes de inteligência, cuja atribuição legal (Lei nº 9.883/99) difere da investigação criminal. Muito menos, a lei permite a infiltração de civis, também conhecidos como “gansos” (MINGARDI, 1992), sendo as provas oriundas consideradas ilícitas, salvo se houver a conjugação com a colaboração premiada de alguém já pertencente à organização (LIMA, 2020). A infiltração de não-policiais é amplamente usada pelas polícias norte-americanas, sendo denominados de *informers*. São civis sob coordenação de policiais em atividade de investigação, de forma esporádica ou continuada, geralmente em troca de compensação material ou favores na persecução ou na execução da pena (ORANGE COUNTY, 2021) e com garantia praticamente absoluta de confidencialidade de sua identidade (U. S. REPORTS, 1957). Muitas vezes recrutados, a partir do momento em que passam a integrar listas, atuando como verdadeiros mercenários comissionados pelos resultados, cujos valores inclusive são muitas vezes escalonados em tabelas (ORANGE COUNTY, 2021)

⁹ O “agente provocador” é o que incita a prática da infração a quem não tinha, até então, tal propósito, pois é ele que faz nascer intento criminoso no caso concreto, i. é, o agente policial deve instigar uma conduta preexistente, e não a aflorar (GONÇALVES, 2021).

3.1.2 Comparsa Colaborador

Com a colaboração premiada, o comparsa da infração penal, em troca da concessão de determinados prêmios legais, não apenas confessa a prática delituosa, mas também fornece às autoridades policiais ou ministeriais informações objetivamente eficazes para a consecução de um ou mais dos objetivos previstos em lei (LIMA, 2020).

Negócio jurídico processual pelo qual o comparsa abre mão do exercício do direito de permanecer em silêncio para não se auto incriminar (*nemo tenetur se detegere*) em troca de “sanção premial”. A depender da relevância das informações prestadas pelo colaborador, esses “prêmios” podem variar desde diminuição da pena de até 2/3, fixação do regime inicial mais brando, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, progressão de regime, perdão judicial e até pelo não oferecimento da denúncia (Lei nº 12. 850/13, art. 4º, caput e § 5º) (LIMA, 2020).

Parte da doutrina condena o instituto, que chamam de extorsão premiada, na medida em que premia a falta de caráter do co-delinquente, sendo uma traição institucionalizada e Roma não deveria premiar traidores. Entretanto, como bem refere Renato Brasileiro de Lima, além de ser contraditório querer se falar em ética para grupos criminosos que tem seu próprio código de conduta, não se importando em determinar extorsões, torturas e homicídios de dentro da cadeia, é a forma de haver o “rompimento mafioso” (*omertà*), desestruturando a coesão do grupo, o seu *affectio societatis* (2020).

A Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807/03) possui um capítulo próprio para proteção dos réus colaboradores, abrindo possibilidade de serem aplicados seus benefícios para qualquer crime. A Lei nº 12.850/13 foi de extrema importância em nosso ordenamento jurídico também quanto ao regramento da colaboração premiada, tendo o estabelecido um roteiro prático para seu implemento e eficácia por meio do acordo (LIMA, 2020).

Cabe salientar que, mesmo que não haja acordo propriamente firmado, cumprido os requisitos legais, faz jus o comparsa colaborador aos prêmios legais, tendo entendido recentemente o Supremo Tribunal Federal que, embora não possa o magistrado impor o acordo ao Ministério Público por necessitar da voluntariedade de ambas as partes, isso não impede que seja concedida a sanção premial pelo magistrado mesmo sem a anuência do *parquet*, na medida em que a colaboração premiada é mais ampla do que seu respectivo acordo (STF, 2019). Entretanto, cabe referir que ela não se confunde com a “chamada do corrêu”, na qual o coautor ou partícipe assume a autoria delitiva e também a imputa a terceiros pessoas, recebendo, como único favor legal, a aplicação da atenuante da confissão (CP, art. 65, I, “d”).

O valor das declarações dadas pelo colaborador é bastante limitado, sen-

do a sua maior utilidade a de ser indicador de meios de obtenção de outras provas (*fingerpointer*), apontando o local do produto ou do provento do crime, número de contas bancárias etc. Informações que devem ser minimamente confirmadas pela investigação. O Supremo Tribunal Federal migrou do entendimento de que as informações do colaborador, *de per se*, não poderiam levar à condenação para sequer a propositura da ação, e hoje a lei não permite também o deferimento de “medidas cautelares reais ou pessoais” (Lei nº 12.850/13, art. 4º, § 16) (LIMA, 2020).

3.1.3 Whistleblower

Integrante de organização pública ou privada que, sem autorização, revela informações privativas ou sigilosas de irregularidades ou má conduta, como desperdício, corrupção ou fraude, geralmente afirmando agir motivados pelo interesse público (KLEINIG, 2019).

Trata-se de instituto que nasceu em seio norte-americano e acabou se espalhando pelos países adeptos da *common law*. A eficiência com que conseguiu recuperar ativos oriundos principalmente da corrupção fez sua adoção ser considerada uma diretriz entre os países que compõem a União Europeia e então incentivada mundialmente. “Soprador de apito” em sua tradução livre, faz referência aos guardas que apitavam ao observar a prática de um crime ou irregularidade, assim como fazem hoje os árbitros de atividades desportivas, observando-se tom pouco pejorativo à expressão. Embora mais direcionada a atos de corrupção, atualmente vem atingindo empresas, muitas das quais acabam se vendo obrigadas a criar um sistema de *compliance* para apurar as irregularidades denunciadas¹⁰ (VALLÈS, 2006).

A figura do *whistleblowing* surgiu em nosso ordenamento a partir do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) com a inclusão dos artigos 4-A, B e C na mesma lei que regula as denúncias anônimas (Lei nº 13.608/18).

A confidencialidade de sua identidade é uma das principais garantias trazidas pela norma, “a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos” (Lei nº 13.608/18, art. 4º-B, caput), e “será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal” (Lei nº 13.608/18, art. 4º-B, parágrafo único).

¹⁰ Caso emblemático de sua importância e de como essa figura é incipiente em nosso país ocorreu no caso do Rompimento da Barragem de Brumadinho, considerado o maior acidente de trabalho da história do Brasil, contando com 270 mortos e desaparecidos. Segundo relatório do Congresso Nacional, semanas antes do desastre, vários executivos de alto escalão da Vale, receberam e-mail anônimo alertando que as “barragens estavam no limite”. O então executivo-chefe, ao invés de procurar investigar a informação, determinou que os funcionários trabalhassem para identificar o denunciante (SOUZA, 2020).

Note-se que, muito embora as empresas privadas possam optar pelo anonimato ou pela confidencialidade em seus programas de *compliance*, nosso legislador parece ter adotado apenas a confidencialidade no âmbito das organizações públicas, vez que não há proteção absoluta de sua identidade, até mesmo por que são previstas compensações financeiras ao *whistleblower* (SOUZA, 2020). Tanto é assim, que, salvo se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas, a ele serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato (artigo 4º-A, parágrafo único).

A figura não se confunde com a colaboração premiada, pois não é autor, coautor ou partícipe do crime, bem como seu prêmio se limita a eventual contraprestação pecuniária de até 5% do valor recuperado (artigo 4º-C, § 4º) (GRANDIS, 2005). Interessante comentar que, como faz parte do ambiente corporativo e o investigador sabe a identidade do colaborador, poderá orientar ações na busca de provas, aproximando-se da figura do *informer*.

3.2 Denúncia Anônima

O denunciante não deseja ser identificado e procura as autoridades para prestar informações de utilidade para a investigação. A Lei nº 13.608/18 introduziu o serviço telefônico de recebimento de denúncias, garantido que ao “informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados” (Lei nº 13.608/18, art. 3º).

Cabe ressaltar que o anonimato pode não passar de ato de covardia de quem busca vinganças mesquinhas de caráter pessoal, servindo de barreira à responsabilização criminal e à indenização por danos materiais e morais. O artigo 5º da Constituição Federal garante ser “livre a manifestação do pensamento, sendo VEDADO O ANONIMATO” (grifei) (IV). Assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (V), pois “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (X). No âmbito criminal, movimentar a persecução de forma leviana tipifica os crimes de denúncia caluniosa (CP, art. 339) e falsa comunicação de crime (CP, art. 340) (BRITO, 2019); e possibilita ao falsamente acusado processar o denunciante por calúnia (CP, art. 138) ou por injúria (CP, art. 140).

Nesse sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio como relator do HC nº 84.827/TO:

É justamente esse contexto que bem diz com a vida em um Estado Democrático de Direito, com a respeitabilidade própria ao convívio das pessoas em cultura satisfatória que direciona à impossibilidade de se agasalhar o denunciamento irresponsável, maculando-se, sem seriedade maior, a vida das pessoas. Sim, tudo deve merecer enfoque visando à preservação da dignidade da pessoa humana que, conforme já assinalado, é fundamento da República Federativa do Brasil. A se agasalhar a óptica da denúncia anônima, mediante carta apócrifa, ter-se-á aberta a porta à vingança, à atuação voltada tão-somente a prejudicar desafortunados, alguém que tenha contrariado interesses (STF, 2007)

Pondera-se entre a necessidade do instituto para proteção do sistema de obtenção de informações para a investigação pelos riscos de represálias e a possibilidade de se tratar de ato de covardia. Assim, entende o Supremo Tribunal Federal que, embora possível a deflagração de atos preparatórios de investigação pela denúncia anônima, ela é insuficiente para a instauração de inquérito policial e concessão de medidas invasivas como a interceptação telefônica e o mandado de busca e apreensão (2013), que devem ser precedidos de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (2012).

A grande questão está na insegurança jurídica do que será avaliado como suficiente ou insuficiente na comprovação para instauração de inquérito policial ou representação de meios de obtenção de provas invasivas, uma Espada de Dâmacles de processos. A prática nos ensina que o fato de não haver formalização de diligências não significa a sua inexistência, pois podem não constar nos autos por questão de inteligência policial ou para preservação das fontes. Outrossim, pode a própria denúncia trazer elementos suficientes para a instauração de inquérito, estando na representação de cautelares a única maneira de prosseguimento das investigações.¹¹

3.3 Informante confidencial

São cidadãos que, sob a garantia de confidencialidade, trazem informa-

¹¹ No chamado “Caso dos *Brownies* Mágicos” (HC 180.709/SP), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal trouxe discussão pertinente. Foi encaminhada denúncia anônima ao diretor da faculdade contendo *prinst* de conversas que comprovariam a venda de *brownies* de maconha por uma das alunas. Com isso, foi instaurado inquérito policial e representado pela busca na residência, sendo efetivada a apreensão de 200 g. da droga em insumos como óleo e manteiga, tendo ainda a aluna admitido a autoria delitiva. A maioria dos Ministros entendeu pela ilegalidade da prova face ter sido a busca e apreensão deferida unicamente com base na denúncia anônima. Entretanto, interessante trazer a argumentação do Ministro Edson Fachin, no sentido de que os *prints* das conversas juntadas à denúncia anônima forneciam elementos de convicção aptos a dispensar as diligências complementares para a instauração do inquérito e deferimento da busca e apreensão.

ções úteis à investigação.

Difere da “denúncia anônima”, na medida em que os policiais têm conhecimento de sua identidade, que não revelam por terem garantido a confidencialidade como condição de receberem tais informações. Fortalecer essa garantia tende a aumentar a escolha da confidencialidade em detrimento da denúncia anônima.

Ademais, embora haja interação entre o investigador e o informante, não há uma coordenação de suas ações dentro da organização por parte do investigador, afastando-se a figura do *informer*. Por fim, o *whistleblower* está mais ligado a colaboradores que indicam irregularidades no âmbito empresarial e das organizações públicas.

Diligências no sentido de buscar “fontes humanas” poderiam perfeitamente estarem previstas dentre as iniciais do artigo 6º do Código de Processo Penal, vez que é do *metiér* da atividade policial a busca de pessoas que saibam algo sobre crimes que ocorreram ou que estão em andamento. É comum o uso da expressão *fingerponers*, ou “meros informantes”, entre os norte-americanos para aqueles que apenas apontam as pessoas envolvidas na atividade criminosa, indicando *modus operandi* e cúmplices para, com isso, o investigador colher elementos para a abertura de investigação e subsidiar meios de obtenção de provas como a expedição de mandados de busca e apreensão (O’ MALLEY, 2017).

O tema ganhou destaque recentemente nos julgamentos da “Operação Planum” da Polícia Federal, na qual um ex-comparsa, face a sentimento de vingança por desacerto dentro da organização criminosa, serviu como informante confidencial para a Polícia Federal. Realizadas diligências preliminares, foi instaurado inquérito policial e representado por quebra de sigilo telefônico, resultando na apreensão de 459 kg. de cocaína junto ao piloto de aeronave da organização.

Em seu voto no julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz chegou a mencionar o sigilo da fonte na atividade policial, referindo ainda que não havia que se falar em impossibilidade de responsabilização civil ou penal por denúncia caluniosa, vez que o sigilo não alcançava os responsáveis pela investigação. Citou ainda não ser estranha a preservação da identidade da testemunha em nosso ordenamento desde 1997 pela Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/97, art. 7º, IV) (TRF4, 2020).

No julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que a figura do informante confidencial pode ser perfeitamente equiparada à *notitia criminis* anônima, na medida em que se presta única e exclusivamente a noticiar suposta existência de crime. Assim, desde que precedida de diligências preliminares para averiguar a veracidade das informações que lhe foram repassadas

por um informante confidencial, não havia nulidade no afastamento de quebra sigilo telefônico (STJ, 2021).

Embora equiparável à denúncia anônima, o fato de não haver anonimato, mas confidencialidade, cuja confiabilidade é lastreada no agente policial, há que se conferir maior valor como meio de obtenção de prova ao instituto. Deve-se admitir, *v. g.*, que a corroboração cruzada das informações de informantes anônimos, seja considerada apta à instauração de inquérito policial e representação por meios de obtenção de provas, na medida em que isso é que se baseiam, na prática, as tais “diligências preliminares” da VPI (PACELLI, 2018).

4. SIGILO DA FONTE HUMANA COMO PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DO POLICIAL:

Independentemente de atrelado ao interesse geral, o sigilo na identidade de um colaborador é visto nos países fora da *common law* de forma negativa, como uma traição, recebendo o colaborador adjetivos pejorativos (WORTH, 2013) como alcagueta, fofoqueiro, X-9, ganso, dedo-duro etc. A entidade Transparência Internacional, ao estudar o porquê da resistência de algumas nações na implementação da figura do *Whistleblowing*, referiu que essa conotação negativa se acentua nos países que passaram anos sob a égide de governos autoritários, quando era comum vizinhos, colegas de trabalho e familiares passarem informações às polícias secretas (OSTERHAUS e FAGAN, 2009).

Note-se como essa influência aparece de forma evidente no voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do “Caso dos *Brownies* Mágicos”:

Uma das tarefas, Senhora Presidente, Senhores Ministros, da Suprema Corte é nós acabarmos com esse denunciismo que está hoje existindo no País há um certo tempo. Parece que estamos voltando a época do regime militar de 64, quando todo mundo denunciava todo mundo, ou na antiga RDA - República Democrática Alemã - que vigorou durante toda a Guerra Fria até a queda do Muro de Berlim. Não é possível tolerarmos isto! Isto mina as relações sociais sadias (STF, 2020).

É a confidencialidade, contudo, que possibilita que o informante não opte pela covardia do anonimato, identificando-se ao investigador. O entendimento de que o sigilo da identidade não alcança a defesa para contradita reduz em muito a segurança da testemunha. Mesmo que a pessoa se disponha a sujeitar a si e a sua família ao programa de proteção, a inclusão de seus nomes não pode

ser garantida, podendo apenas o magistrado enviar a solicitação ao conselho deliberativo, que analisará o caso (Lei nº 9.807/99, arts. 4º e 5º, IV) (LIMA, 2020).

Não se pode querer impor audácia e irresponsabilidade pelo perigo real de represálias. Entre calar a verdade e eventualmente responder por falso testemunho (CP, art. 341) ou expor a riscos de represálias, é compreensível a escolha da primeira hipótese, vez que a retaliação tende a ser rápida, pois homens mortos não contam histórias (US REPORTS, 1957).

Nesse sentido, segundo a própria Constituição Federal, é “assegurado a todos o acesso à informação e RESGUARDADO O SIGILO DA FONTE, QUANDO NECESSÁRIO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL” (grifei) (art. 5º, XIV). Trata-se de prerrogativa constitucional que está longe de ser privilégio de ordem pessoal ou estamental, configurando meio essencial de concretização do direito constitucional de informar (STF, 1996).

Não é dirigida apenas aos jornalistas, mas a todos os profissionais que utilizam as informações captadas para nutrir a coletividade, vez que é ela que preserva o nascedouro da informação, permitindo que continue saciando a sociedade com informações (VASCONCELOS, 2017). Isso é justamente o que ocorre na prática policial. As entrevistas com fontes humanas é um dos mais comuns meios de obtenção de provas e os motivos de não quererem expor sua identidade são as mais variadas. Muitas vezes, apenas há esse fluxo de informações da fonte humana aos investigadores, o que inegavelmente ocorre em prol do bem comum, quando o policial oferece a garantia do sigilo de sua identidade.

Note-se que, de forma alguma se está querendo eximir o policial de depor quanto aos fatos concernentes ao exercício de sua atividade, mas apenas ao que se refere à preservação da identidade do informante (PACELLI, 2018). Muito pelo contrário, apresentando-se em juízo é que o agente policial estará assumindo a responsabilidade pelos exageros cometidos por malícia do informante, assim como se dá com os jornalistas (BAHIA, 2017), com maior garantia pela possibilidade de se desvelar o sigilo da identidade do informante para a sua responsabilização civil e criminal como caluniador.

Dentre os norte-americanos, os policiais nunca são obrigados a informar a identidade dos *informers*, pois consideram que a necessidade de preservação supera o interesse da justiça (O’ MALLEY, 2017). O artigo 3º da Lei 13.608/18 estabelece que o órgão que receber a denúncia anônima garantirá o sigilo dos dados do informante, cuja garantia da denúncia anônima plenamente aplicável à fonte humana, cuja confiabilidade é muito maior, vez que lastreada pela palavra do policial, que conhece a sua identidade.

O Código de Conduta dos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas por intermédio da Resolução n. 34/169, de 17 de dezembro de 1979, passando a servir de referência

e orientação para todas as polícias de todo o mundo. Resta disposto em seu artigo 4º que as informações de natureza confidencial que os policiais receberem no exercício da função devem ser mantidas em segredo, a não ser que o cumprimento do dever ou as necessidades da justiça estritamente exijam outro comportamento.

Dependendo do caso em concreto, aquele que divulgar sem justa causa a identidade da fonte humana confidencial poderá responder por improbidade administrativa (Lei nº 8.492/92) e, na esfera criminal, por violação de segredo profissional (CP, art. 154) e até mesmo pelo crime cometido contra a fonte humana (CP, art. 13, § 2º, “c”).

Note-se que a garantia de confidencialidade da identidade da fonte humana atinge não só *fingerpointers* e as “fontes de ouvir dizer”, mas também as “testemunhas materiais”, cujas informações influenciariam no mérito. Isso é assim porque é ela que viabiliza que muitas testemunhas que dificilmente falariam algo à polícia se tornem verdadeiros mananciais de informações, substanciando representações por meios de obtenção de provas, justamente para evitarem serem citadas formalmente como potenciais testemunhas.

O Ministério Público Federal chegou a tentar normatizar o informante confidencial dentre as 10 Medidas Contra a Corrupção de 2016, que tramitou como o Projeto de Lei nº 4.850/2016, mas o tema acabou não passando no Congresso Nacional. A proposta previa que ninguém poderia ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial (art. 3º) e que “Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis” (art. 5º).

O dispositivo mais polêmico era o disposto no artigo 2º:

Art. 2º. No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Embora interessante por trazer a possibilidade de perda de valor probatório quando não aceitasse a revelação da identidade do informante, essa gerência sobre a confidencialidade poderia ser aplicável aos processos oriundos de inves-

tigações extrajudiciais promovidas pelo próprio Ministério Público contra atos de corrupção, vez que ela foi conferida pelo *parquet*. Entretanto, inaplicável às fontes humanas de investigações policiais por extrapolar o controle externo da atividade policial impor a devassa do sigilo de testemunha não judicializada. Parecia ser esse o espírito do anteprojeto, pelo qual “O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade” (art. 2º, parágrafo único).

Note-se que, de tão relevante a prerrogativa do sigilo da fonte que entende o Supremo Tribunal Federal ser oponível a quaisquer órgãos ou autoridades do Poder Público, não importando a esfera de atuação institucional dos agentes estatais interessados (STF, 1996). Com isso, a conduta do policial que se nega a informar a identidade de sua fonte humana é desprovida de ilicitude, vez que agindo em estrito cumprimento de dever legal (CP, art. 23, III), podendo responder por abuso a autoridade que o constranger a depor sob ameaça de prisão (Lei 13.869/19, art. 15).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de retaliação às fontes humanas que colaboram com a investigação é real e o nosso sistema é ineficiente em garantir a segurança dos colaboradores e de suas famílias. O primeiro problema está no entendimento de que a identidade da testemunha judicializada deve ser fornecida aos advogados dos réus para contradita sem análise prévia de sua indispensabilidade para a defesa e sem a possibilidade de a acusação abrir mão de seu depoimento como prova, o que, como referido, em nada comprometeria as demais decorrentes. Ademais, se não se pode assegurar confidencialidade, também não se pode sequer garantir sua inclusão no programa proteção às testemunhas, vez que pode não passar de uma “sugestão” do magistrado.

Como o resto do sistema é incapaz de assegurar proteção, cabe ao delegado de polícia, titular da investigação e como o primeiro garantidor de direitos, avaliar e ponderar o contexto probatório e a segurança de sua fonte. Considerando indispensável se referir a ela como informante confidencial, deve ser respeitada a sua prerrogativa constitucional do sigilo da fonte.

Ademais, como o papel da Polícia Judiciária é o de apresentar as provas obtidas durante a investigação, é inerente à função da autoridade policial de condução da investigação, considerar o que e como será formalizado. O procedimento investigatório não pode servir para “tirar curiosidades” de como se obteve determinada prova, devendo a expertise da atividade policial ser adstrita à esfera da inteligência policial e às discussões promovidas nas academias de

formação, até para não abrir caminho às ações de contrainteligência das organizações criminosas.

Além de colocar em risco o próprio fluxo de informações, não respeitar a prerrogativa de sigilo da fonte humana aos policiais põe em risco a vida e a integridade das pessoas que se dispuseram a colaborar pela garantia de confidencialidade. Quando tais valores estão em jogo, não há espaço para disputa entre instituições, pois isso vai de encontro ao interesse da sociedade, cujos delegados, em seu sentido amplo, devem servir e proteger.

A defesa do reconhecimento do sigilo da fonte como prerrogativa funcional da atividade policial deve ser vista como uma posição institucional das Polícias Judiciárias. Como tal, deve ser oposta por qualquer de seus integrantes, seja qual for o agente público que venha querer desrespeitá-la.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flavia. **Descomplicando Direito Constitucional** 3ª Ed. Rrr11. Recife. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2. 848, de 7 de dezembro de 1940.** Código

Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 mar 2022.

BRASIL, **Decreto nº 5.5015, de 12 de março de 2004,** Promulga a Convenção

das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm. Acesso em: 11 fev 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo

Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 20 mar 2022.

BRASIL, Instrução Normativa nº 108, de 7 de novembro de 2016. Regulamenta

a atividade de polícia judiciária da Polícia Federal e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 mar 2022.

BRASIL, **Lei nº 8.069/DG/PF, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o

Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/04/IN-nova-PJ-1.pdf>. Acesso em: 23 mar 2022.

BRASIL, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**, Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 22 mar 2022.

BRASIL, **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**, Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em: 11 fev 2022.

BRASIL, **Lei nº 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; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm, Acesso em: 21 mar 2022.

BRASIL, **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3. 689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 21 mar 2022.

BRASIL, **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 13 fev 2022.

BRASIL, **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2. 848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9. 034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm Acesso em: 11 fev 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm. Acesso em: 20 mar 2022.

BRASIL, **Lei nº13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 mar 2020.

BRITO, Alexis Couto de Processo Penal Brasileiro / Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti, Marco Antônio Ferreira Lima. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 99

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2021.

GRANDIS, Rodrigo de. **Whistleblowing e Direito Penal. A quebra de sigilo bancário do HSBC na Suíça**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coluna-rodrigo-de-grandis-12022015>. Acesso em: 04 fev 2022.

KLEINIG, John. **Encyclopedia Britannica**, 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/whistleblower>. Acesso em: 12 fev 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev. Jus Podvm. Salvador, 2020.

LLI Legal Information Institute. **Material Witness**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/material_witness. Acesso em: 22 mar 2022.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2020.

MENDRONI, Marcelo. **Comentários à lei de combate ao crime organizado - Lei n.º 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.

MINGARDI, Guaracy. **Tiras, gansos e trutas: Cotidiano e reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Scritta Editorial, 1992

MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no estado democrático de direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

O'MALLEY Nancy E. **Informant Disclosure**. POINT OF VIEW. Spring-Summer 2017. Disponível em: https://le.alcoda.org/publications/point_of_view/files/SS17.pdf. Acesso em: 08 fev 2022.

ONU, **Resolução n. 34/169, de 17 de dezembro de 1979**. Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev18.htm>. Acesso em: 21 mar 2022.

ORANGE COUNTY, *Orange County SD Policy Manual. Lexipol*, 2021. Disponível em: <https://ocsheriff.gov/sites/ocsd/files/2021-09/Department%20Manual%20%28Lexipol%29%202021-09-13.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2022.

OSTERHAUS, Anja; FAGAN, Craig. *Alternative to Silence. Whistleblower Protection in 10 European Countries. Transparency International*. 2009. Disponível em: https://images.transparencycdn.org/images/2009/AlternativeToSilence_EN.pdf. Acesso em 05 fev 2022.

PACELLI, Eugênio **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. **O informante no contexto dos sistemas de compliance**. In WALMSLEY, Andrea; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N (organizadoras) MPF – Inovações da Lei n. 13. 964 de 24 de Dezembro de 2019. Coletânea de Artigos Vol. 7. Brasília, MPF, 2020.

ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

RS, **Portaria 164/GAB/CH/PC**, de 2 de outubro de 200. Republicação, com as alterações promovidas pela Portaria nº116/2021/GAB/CH/PC. Disponível em: http://intranet.pc.rs.gov.br/upload/1626875346_Portaria%20164%20atualizada.pdf. Acesso em: 24 mar 2020.

SPDP, Conselho da Europa. *Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers*, de 30 de abril de 2014. Disponível em: <https://rm.coe.int/16807096c7>. Acesso em: 04 fev 2022.

STF, **HC 84827**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00079 EMENT VOL-02300-03 PP-00435

STF, **HC 108.147**, Relator(a): Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, Processo Eletrônico DJe-022 Divulg 31-01-2013 Public 01-02-2013

STJ, **HC 157.997/SC**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015.

STF, **HC 180709-SP**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma. j. 05/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 13-08-2020 PUBLIC 14-08-2020.

STF, **Inq 870-02/RJ**, rel. Min. Celso de Mello, j. 8-4-1996, DJU 15-4-1996.

STJ, **HC n. 477.171/SP**, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018.

STJ, **HC 525. 799/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/08/2021, DJe 24/08/2021

STF, **MS 35.693 AgR/DF**, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 28/05/2019.

STJ, **RHC 93.838/MG**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 04/02/2019.

TRF4, **Revista do Tribunal Federal Quarta Região**, nº 104, Porto Alegre, 2020.

VALLÈS, Ramón Ragués, *¿Héroes o traidores?: La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal*. InDret. Barcelona, 2006. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121389/167837>. Acesso em: 21 mar 2020.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2017

WORTH, Mark. *Whistleblowing In Europe Legal Protections For Whistleblowers In The EU*. Transparency International, 2013. Disponível em: https://images.transparencycdn.org/images/2013_WhistleblowingInEurope_EN.pdf. Acesso em 05 fev 2022.

US REPORTS. *Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Seventh Circuit, Roviario v. United States*. 1957. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/353/53.html#:~:text=ROVIARIO%20v.%20UNITED%20STATES%20%281957%29%20Petitioner%20was%20convicted,%20knowingly%20possessing%20and%20transporting%20heroin%20imported%20unlawfully>. Acesso em: 21 mar 2022.

A NOVEL DECISÃO DO STF SOBRE PRISÃO TEMPORÁRIA E SEU REFLEXO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Waleska Aline Viana de
Alvarenga¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito de julgamento das ADIs 3360 e 4190, acerca da constitucionalidade da Lei 7.960/89, que versa sobre a prisão temporária. Pretende demonstrar através da análise de cada tópico da decisão da Corte Superior qual seria o seu impacto na condução das investigações criminais, levando em consideração o entendimento sobre cada um dos requisitos autorizadores da cautelar pessoal em análise. Foi feito um breve histórico sobre a prisão temporária no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo sobre sua imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial. Analisou-se o rol de taxativo de crimes passíveis desta modalidade prisional, a ineficácia das demais medidas cautelares diversas da prisão, a contemporaneidade dos fatos ensejadores e os demais requisitos autorizadores desse cerceamento de liberdade, definidos pelo STF à luz da Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Metodologicamente, o artigo se vale da análise de jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal e de revisão bibliográfica específica sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade Lei 7.960/89. Decisão do STF ADIs 3360 e 4109. Prisão temporária.

THE NOVEL DECISION OF THE STF ON TEMPORARY PRISON AND ITS REFLECTION IN CRIMINAL INVESTIGATION

ABSTRACT: *This article seeks to analyze the recent decision of the Federal Supreme Court in the context of the judgment of ADIs 3360 and 4190, about the constitutionality of Law 7.960/89, which deals with temporary detention. It intends to demonstrate, through the analysis of each topic of the decision of the Superior Court, what would be its impact on the conduct of criminal investigations, taking into account the understanding of each of the authorizing requirements of the personal precautionary measure under analysis. A brief history of temporary detention in the Brazilian legal system was made, discussing its indispensability for investigations of the police investigation. It was analyzed the exhaustive list of crimes subject to this type of precaution, the ineffectiveness of other precau-*

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga-MG. Pós-graduada em Direito Processual Penal e Direito Penal pelo Instituto Cândido Mendes. Delegada de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: waleska.aline@gmail.com.

tionary measures other than prison, the contemporaneity of the facts that give rise to representation and the other authorization requirements of this restriction of freedom, defined by the STF in the light of the Federal Constitution and infra-constitutional legislation. Methodologically, the article uses the analysis of jurisprudence, mainly from the Federal Supreme Court, and a specific bibliographic review on the subject.

KEY WORDS: *Constitutionality Law 7.960/89. STF decision ADIs 3360 and 4109. Temporary imprisonment.*

1 INTRODUÇÃO

Vive-se num Estado Democrático de Direito, no qual todos devem observar as normas constitucionais, a fim de alcançar uma convivência harmônica em sociedade. Em virtude do princípio constitucional da legalidade, o cidadão comum pode fazer somente aquilo que não está proibido no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988, fruto da redemocratização, pôs fim ao autoritarismo da ditadura militar indo ao encontro dos anseios da população.

Ademais, sob o manto do princípio constitucional da Presunção de Inocência ou da não culpabilidade, previsto na Constituição Federal de 1988, somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é que alguém poderá ser considerado culpado por algum delito. Nesse sentido, o legislador constituinte concedeu um viés diferente à aplicabilidade da cláusula do *favor rei* ou do *in dubio pro reu*, uma vez que agora estes devem ser observados tanto no julgamento quanto durante toda a investigação criminal. Essas regras refletem diretamente na excepcionalidade da prisão, que tem um caráter de *ultima ratio*.

Nessa senda, observa-se que a regra é a liberdade de locomoção das pessoas, sendo a prisão uma exceção que deve estar devidamente lastreada na legislação pátria. Tal princípio tem por finalidade primordial proteger o cidadão em face de possíveis arbitrariedades praticadas pelo Estado em face dos mais vulneráveis. Este direito foi conquistado após muita luta e resistência ao longo dos anos.

Outro pilar importante é o princípio do devido processo legal, que determina que ninguém poderá ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem que seja submetido a um devido processo legal, conduzido por autoridade judicial imparcial, no qual tenha todos os seus direitos observados e preservados, a saber: ampla defesa, contraditório, sistema acusatório, juiz natural e proibição de autoacusação.

É cediço que a prisão de uma pessoa pode emanar de decisão condenatória transitada em julgado, denominada como prisão pena ou, ainda, a prisão

pode ser decretada no curso da persecução penal, conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual. Por sua vez, as prisões cautelares são: flagrante, preventiva e temporária, conforme previsto na CF, Código de Processo Penal e legislação penal extravagante.

No que tange a prisão temporária, tema do presente trabalho, sabe-se que é a prisão do inquérito policial por excelência, pois somente é cabível antes do início do processo penal, com prazo determinado de 05(cinco) dias para os crimes comuns e 30(trinta) dias para os crimes hediondos, podendo ser prorrogados, desde que seja comprada a sua necessidade. É utilizada pelos delegados de polícia e por promotores de justiça na condução da investigação criminal, a fim de desvendar autoria e materialidade de determinados delitos. Regulamentada pela Lei 7.960/1989 (Lei da Prisão Temporária).

Alguns doutrinadores criticaram ao longo dos anos a decretação da prisão temporária no cotidiano das investigações criminais, citando inclusive um caso amplamente divulgado na mídia brasileira, a Operação Lava Jato. Dentre os críticos, cita-se Nucci (2018), o qual entende que a temporária tem sido utilizada de maneira irresponsável, não observando os critérios legais, a fim de conduzir as operações policiais em curso.

Nessa senda, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas questionando a constitucionalidade da Lei de Prisão Temporária, quais sejam: ADIs 3360 e 4109. No julgamento, em fevereiro deste corrente ano, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedentes as duas ações, dando interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e estabelecendo critérios mais rigorosos para a decretação de prisão temporária.

Este trabalho visa responder qual reflexo da recente decisão do STF sobre a decretação da prisão temporária na investigação criminal. Para isso, utilizando-se o método dedutivo, parte-se, primeiramente, através de uma pesquisa bibliográfica, de uma abordagem teórica sobre a prisão temporária. Na sequência, uma exposição sobre a decisão proferida pelo STF e os requisitos elencados pela Suprema Corte para que a decretação de prisão temporária possa ser admitida. Ao final, é feita uma análise sobre os reflexos que essa decisão pode gerar nas investigações criminais.

2 DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Segundo Lopes Júnior (2021, p. 1054), a prisão temporária veio para substituir a antiga prisão para averiguação, que era utilizada antes da Constituição Federal de 1988. A prisão para averiguação permitia que os policiais prendessem pessoas de forma aleatória nos locais públicos, conduzindo-os à

averiguação, a fim de consultar os possíveis antecedentes criminais do suspeito, sem ordem judicial. Esta prisão foi utilizada no período da Ditadura Militar no Brasil, sendo substituída em 1989.

A Lei nº 7.960/89, que instituiu a prisão temporária, foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, motivo pelo qual foi questionada a sua constitucionalidade formal, por violação ao princípio da legalidade.

Lima (2020, p. 1103), discordando do posicionamento de Lopes Júnior, defende o instituto da prisão temporária, pois entende que não deve ser confundido com a prisão para averiguação e tampouco com as arbitrariedades anteriormente praticadas, uma vez que é decretada pela autoridade judicial, após provocação por parte da autoridade policial ou ministério Público:

Não se trata, pois, de prisão para averiguações – o que equivaleria a ‘prender para ver se algo aconteceu’ –, mas sim de uma espécie de prisão provisória de caráter cautelar, submetida, portanto, aos pressupostos genéricos do *fumus boni iuris e periculum in mora*. Como se vê, o principal objetivo da criação da prisão temporária foi o de pôr fim à famigerada prisão para averiguações, que consistia no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir a vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando manifesto abuso de autoridade, nos termos do art. 9º, caput da Lei n. 13.869/2019.

A Suprema Corte rechaçou a tese de inconstitucionalidade formal da referida lei, uma vez que prevaleceu, por maioria de votos (8 a 2), que a Ação Direta de Inconstitucionalidade resultou prejudicada em virtude da perda do objeto, por considerar que a Lei 7.960/1989 não foi originada da conversão da Medida Provisória 111/1989. Tal decisão foi confirmada em 2022 no julgamento das ADIs 3360 e 4109, as quais serão analisadas neste artigo.

Impende salientar que a prisão temporária somente é cabível antes do início do processo penal. É utilizada pelos Delegados de Polícia na condução da investigação criminal em todo o Brasil. Regulamentada pela Lei 7.960/1989, considerada uma prisão cautelar processual, com prazo determinado, imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria

ou participação do indiciado em crimes graves previsto na citada lei.

Nucci (2018, p. 765-766) conceitua esta espécie de prisão cautelar:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.

Ressalte-se que a prisão temporária é uma modalidade de prisão cautelar, com finalidade de obter informações para investigação criminal em curso daqueles crimes nos quais se admite essa modalidade prisional. O rol do art. 1º, inc. III, da Lei 7.960/89 e por extensão da lei 8.072/90, também dos crimes hediondos, é taxativo, isto é, somente pode ser decretada temporária em face do cometimento daqueles delitos elencados na lei.

Os legitimados para representar pela decretação da prisão em comento é o Delegado de Polícia e Ministério Público. Quem decreta é a autoridade judicial, mas nunca de ofício, deve ser provocado, conforme art. 2º da Lei 7.960/89, em homenagem ao sistema processual acusatório. O juiz deverá fundamentar o despacho que decretar a prisão temporária, o qual deve ser prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, as quais são contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

Deve-se observar que a prisão temporária tem prazo definido pela lei, qual seja: 05(cinco) dias para o crime comum e 30 dias para crimes hediondos. Estes prazos são prorrogáveis, se comprovada extrema necessidade. Após esse período, a autoridade policial deve providenciar a soltura do preso, sob pena de incorrer no crime de abuso de autoridade do inc. IV, art. 12, da lei 13.869/19, a não ser que já tenha sido decretada a prisão preventiva.

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único.
Incorre na mesma pena quem:

I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada;

III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas;

IV - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal. (BRASIL, 2019, grifo nosso)

Havia divergência doutrinária acerca dos requisitos necessários para decretação da prisão temporária. A discussão concentrava-se basicamente nos critérios legais que deveriam estar presentes para o deferimento da temporária. Conforme Lima (2021, p. 1104-1105), existem cinco correntes doutrinárias sobre o tema, quais sejam:

Primeira corrente: basta a presença de qualquer um dos incisos: tem fundamento em regra básica da hermenêutica, segundo a qual incisos não se comunicam com incisos, mas somente com o parágrafo ou com o caput; Segunda corrente: é necessária a presença cumulativa dos três incisos; Terceira corrente: além do preenchimento dos três incisos, é necessária a combinação com uma das hipóteses que autoriza a prisão preventiva; Quarta corrente: deve o inciso III estar sempre presente, seja combinado com o inciso I, seja combinado com o inciso II; Quinta corrente: sempre serão necessários os incisos I e III. Impende observar que prevalecia na doutrina e na jurisprudência o entendimento adotado pela quarta corrente, isto é, para decretação da prisão

temporária deveria estar presente o inciso III combinado com inciso I ou II.

Frise-se que prevalecia na jurisprudência o entendimento da quarta corrente, a qual estabelecia a necessidade de estar presente em todos os casos o inciso III, seja concomitantemente com o inciso I, ou com o inciso II, ambos da lei de prisão temporária. Esta divergência doutrinária, no entanto, causava insegurança jurídica no contexto da prisão temporária, vindo em boa hora a decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade, a fim de promover salvaguarda do sistema de justiça.

2.1 Dos benefícios da prisão temporária para a investigação criminal

Lima (2020, p. 1103) discorda das críticas destinadas à prisão temporária, eis que segundo ele é um instituto eficaz para a devida condução das investigações preliminares. Em nada se compara com a antiga prisão para averiguação, uma vez que o Delegado de Polícia ao representar por tal medida cautelar, o faz devidamente fundamentado. Ademais, é decretado pelo magistrado e nunca de ofício pela autoridade policial.

A prisão temporária tem sido utilizada naqueles crimes mais graves e complexos, nos quais a autoridade policial necessita de mais tempo para a conclusão das investigações e a remessa dos autos do inquérito ao Poder Judiciário. Sabe-se que não existe crime perfeito, mas algumas tramas criminosas são mais complexas, as quais naturalmente demandam uma atividade investigativa mais trabalhosa e refinada e isso requer mais tempo de investigação. Nestes casos, na grande maioria das vezes, o cerceamento da liberdade do suspeito é imprescindível para o êxito da investigação.

Deve-se sopesar dois princípios frente a alguma situação fática de cometimento de delito, no caso da prisão, tem-se de um lado o princípio de presunção de inocência e do outro a direito à segurança pública de toda sociedade que tem sido vítima há vários anos de onda de criminalidade de todo o tipo, nos termos do entendimento de Cruz (2022, p. 28):

Quem lida com a liberdade humana jamais pode tratá-la como um assunto cotidiano. Todo processo merece adequada atenção daqueles por meio de quem o poder punitivo do Estado atua. Quando se trata de requerer uma prisão cautelar, opinar a respeito de uma liberdade provisória ou decidir sobre se alguém deve ser preso, não há como deixar de proceder a uma ponderada avaliação também dos malefícios gerados pelo ambiente carcerário, procurando,

de outro ângulo, também não deixar desprotegidos os legítimos interesses da sociedade e, mais particularmente, da vítima, entre os quais o direito à segurança, também de estatura constitucional.

Na verdade, a prisão temporária é um instrumento útil ao delegado de polícia, uma vez que terá um período maior para concluir a investigação, porque o prazo de conclusão do Inquérito Policial não é contado durante o cumprimento da temporária, nos termos do art. 10 do CPP. Veja-se o exemplo do crime hediondo cujo prazo é de 30 dias, prorrogável por mais 30 dias em caso de extrema e comprovada necessidade.

Nesse caso, a autoridade policial terá o prazo de 60(sessenta) dias para concluir o inquérito. Esse prazo poderá ainda ser de 70(setenta) dias, se após o término da prisão temporária o juiz decretar a prisão preventiva. Ora, sem essa decretação da prisão temporária, o prazo de encerramento do inquérito policial é de 10 dias, com fulcro no art. 10 do CPP e entendimento assente dos tribunais, conforme ensinamento de Nucci (2020, p. 316):

Havendo prisão em flagrante ou decretada a prisão preventiva, o inquérito deve estar concluído em 10 dias, sob pena de gerar constrangimento ilegal, provocando a soltura do investigado. A prisão temporária não ingressa nesse contexto, porque ela sempre tem prazo certo. Porém, o art. 3.º-B, § 2.º, do CPP abriu a possibilidade de prorrogação da prisão por até 15 dias, pelo juiz das garantias, mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público. Essa prorrogação necessita ser indispensável para a investigação e acontecerá uma única vez. Passada a prorrogação, caso o inquérito não tenha sido concluído, emerge o constrangimento ilegal e a prisão deve ser imediatamente relaxada.

No entanto, a decretação ou a forma como está sendo utilizada a prisão temporária nas investigações criminais vem sendo criticada há certo tempo, sob a alegação de ser inconstitucional. Nesse contexto, em fevereiro de 2022, o STF, em julgamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, fixou decisão sobre o tema, a qual será analisada adiante. Eram ações que tramitavam na Corte há mais de 14 anos e aguardavam a conclusão do julgamento.

2.2 Análise da decisão do STF sobre a aplicação da prisão temporária

A utilização da prisão cautelar temporária nas investigações criminais não é aceita de forma unânime, há quem entenda que ela ofende os princípios e garantias constitucionais e, portanto, foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a lei 7.960/89. A ADI 3360/DF ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) no ano de 2007 e a ADI 4109/DF foi proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PDT) no ano de 2009.

Nas ações constitucionais mencionadas, os autores alegaram que o art. 1º da Lei nº 7.960/89 ofende a Constituição Federal e que a decretação da prisão temporária somente seria possível se os critérios estabelecidos nos incisos do dispositivo rebatido estivessem presentes de forma concomitante, sob pena de inobservância do princípio constitucional do devido processo legal.

Afirmavam, ainda, que a redação inexata dos incisos I, II e III, do art. 1º, da Lei nº 7.960/89 ocasiona conflitos de interpretação entre os operadores de direito, com explicações incongruentes, em afronta à sistemática constitucional da cláusula do devido processo legal material. Argumentou a inconstitucionalidade da lei diante do direito à liberdade provisória e da presunção de inocência, por ser uma modalidade de prisão com menos requisitos que a prisão preventiva e, portanto, inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, em fevereiro de 2022, conheceu em parte da ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989, o qual segue abaixo:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 7.960/1989. PRISÃO TEMPORÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ART.

5º, INCISOS LXI E LVII, DA CF. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 93, INCISO IX, DA CF. PRAZO IMPRÓPRIO DE 24 HORAS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 1º, INCISO III, DA LEI 7.960/1989. ROL DE NATUREZA TAXATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ART. 5º, INCISO XXXIX, DA CF. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 7.960/1989. EXIGÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 7.960/1989. MERA AUSÊNCIA DE ENDEREÇO FIXO. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE

FATOS NOVOS OU CONTEMPORÂNEOS QUE JUSTIFIQUEM A ADOÇÃO DA MEDIDA. ART. 312, § 2º, CPP. APLICABILIDADE À PRISÃO TEMPORÁRIA. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA SOMENTE COM A FINALIDADE DE INTERROGATÓRIO. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 282, INCISO II, E § 6º, DO CPP. DISPOSITIVOS APLICÁVEIS À PRISÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRISÃO CAUTELAR COMO ÚLTIMA RATIO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXVI, DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

I – A parte autora não desenvolveu fundamentação jurídica mínima a amparar o pedido de inconstitucionalidade dos arts. 3º e seguintes da Lei 7.960/1989. Falta de causa de pedir. Ação conhecida somente no tocante à impugnação dos artigos 1º e 2º da Lei em comento.

II – A Constituição Federal autoriza que o legislador ordinário preveja modalidade de prisão cautelar voltada a assegurar o resultado útil da investigação criminal, como é o caso da prisão temporária, desde que respeitado o princípio da presunção de não culpabilidade. Inteligência do art. 5º, incisos LXI e LVII, da Constituição Federal.

III – Não viola a Constituição Federal a previsão legal de decretação de prisão temporária quando presentes fundamentos indícios da prática dos crimes de quadrilha, atual associação criminosa, e contra o sistema financeiro (alíneas “l” e “o” do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Cuida-se de opção do legislador, dentro do seu legítimo campo de conformação, com o escopo de conferir especial atenção a determinados crimes que em seu entender merecem maior necessidade de prevenção.

IV – A prisão temporária não é medida de caráter compulsório, já que sua decretação deve se dar mediante decisão judicial devidamente fundamentada em elementos aptos a justificar a imposição da medida. Inteligência do art. 2º, caput e § 2º, da Lei 7.960/1989, bem como art. 93, inciso IX, da CF.

V – O prazo de 24 horas previsto no § 2º do art. 2º da Lei 7.960/1989 é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de prazo impróprio a ser observado conforme o prudente arbítrio do Magistrado competente para a decretação da medida.

- VI – A decretação da prisão temporária reclama sempre a presença do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989. O dispositivo, ao exigir a presença de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes nele previstos, evidencia a necessidade do *fumus comissi delicti*, indispensável para a decretação de qualquer medida cautelar. Rol de crimes de natureza taxativa, desautorizada a analogia ou a interpretação extensiva, em razão dos princípios da legalidade estrita (art. 5º, inciso XXXIX, da CF) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LXV, CF).
- VII – A decretação da prisão temporária exige também a presença do inciso I do art. 1º da Lei de regência. O inciso, ao dispor que a prisão temporária pode ser decretada somente quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, traz a necessidade de demonstração do *periculum libertatis* do representado, requisito indispensável para a imposição de prisões cautelares por força do princípio constitucional da presunção de inocência que obsta a antecipação de penas. Exigência de fundamentação calçada em elementos concretos, e não em simples conjecturas. Precedentes desta Corte.
- VIII – O inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989 mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, inconstitucional. Não se pode decretar a prisão temporária pelo simples fato de o representado não possuir endereço fixo. A circunstância de o indiciado não possuir residência fixa deve evidenciar de modo concreto que a prisão temporária é imprescindível para a investigação criminal (inciso I do art. 1º da Lei em comentário).
- IX – A prisão temporária deve estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos à decretação da medida (art. 312, § 2º, CPP). Ainda que se cuide de dispositivo voltado à prisão preventiva, a regra é consequência lógica da cautelaridade das prisões provisórias e do princípio constitucional da não culpabilidade.
- X – É vedada a decretação da prisão temporária somente com a finalidade de interrogar o indiciado, porquanto ninguém pode ser forçado a falar ou a produzir prova contra si. Doutrina. Inteligência das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e n.º 444, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, STF, julgadas em 14/06/2018.

- XI – A decretação da prisão temporária deve observar o previsto no art. 282, inciso II, do CPP. Trata-se de regra geral a incidir sobre todas as modalidades de medida cautelar, as quais, em atenção ao princípio da proporcionalidade, devem observar a necessidade e a adequação da medida em vista da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do representado.
- XII – O disposto no art. 282, § 6º, do CPP também deve ser atendido para a decretação da prisão temporária. Em razão do princípio constitucional da não culpabilidade, a regra é a liberdade; a imposição das medidas cautelares diversas da prisão a exceção; ao passo que a prisão, qualquer que seja a sua modalidade, a exceção da exceção, é dizer, a ultima ratio do sistema processual penal. Inteligência do art. 5º, inciso LXVI, da CF.
- XIII – O art. 313 do CPP cuida de dispositivo específico para a prisão preventiva não aplicável à prisão temporária, porquanto, no caso desta, o legislador ordinário, no seu legítimo campo de conformação, já escolheu os delitos que julgou de maior gravidade para a imposição da prisão (inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Entender de modo diverso implicaria confusão entre os pressupostos de decretação das prisões preventiva e temporária, bem como violação aos princípios da legalidade e da separação entre os poderes.
- XIV – Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgados parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito a não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus commissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida

for adequada a` gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP).

Antes de adentrar efetivamente no acórdão do STF, convém mencionar que à Lei 7.960/1989 foi dada interpretação conforme a Constituição, em sede de ação direta de constitucionalidade, motivo pelo qual a decisão tomada tem tẽm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, de modo que não se pode deixar de ser cumprida nos seus exatos termos, com fulcro no art. 102, §2º, da CF.

Oportuno, também, analisar o ativismo judicial por parte do STF, que por vezes acaba legislando, invadindo, assim, a competência de outro poder da República. Silva (2015, n.p) ensina que “o ativismo judicial representa uma ação que ultrapassou os limites que a atividade do juiz deve receber, dizendo respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais”.

Pois bem. Segundo decisão do STF, para que seja decretada, a prisão temporária deve ser imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos que sejam concretos, e não apenas meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, a qual viola o direito à não autoincriminação. Ademais, seu deferimento não poderá ser fundamentado apenas no fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II).

Impende ressaltar que o *periculum libertatis*, que é o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo, previsto no art. 312 do CPP, requisito imprescindível para a decretação de prisões cautelares por força do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, o qual impossibilita a precipitação de penas, ao lado do *fumus comissi delicti*, fumaça do cometimento do delito, previsto no inc. III, do art. 1º da Lei 7.960/89, constituem o binômio das prisões cautelares. Havia divergência quanto a isto, pois uma parte da doutrina entendia que os requisitos da prisão temporária eram específicos e que o *periculum libertatis* não devia ser demonstrado, conforme ensinamento de Alves (2022, p. 75):

A partir do advento da Lei nº 12.403/11, de 04 de maio de 2011, publicada no Diário Oficial da União em 05 de maio de 2011, com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, contados desde a publicação oficial da mesma, lei esta que operou

uma verdadeira reforma no CPP em 2011, mais especificamente no Título IX do Livro I (intitulado outrora de “Da Prisão e da Liberdade Provisória”, atualmente de “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”), a prisão processual passou a ser apenas uma das espécies do gênero medidas cautelares, tidas como quaisquer medidas decretadas judicialmente de forma antecipada, com a finalidade de resguardar determinado resultado útil futuro, desde que presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O STF analisou a lei da prisão temporária a partir de duas principais alterações promovidas na sistemática das prisões provisórias no CPP, no que se refere ao *periculum libertatis*, quais sejam: a Lei nº 12.403/11 e a Lei 13.964/19, conhecida como pacote anticrime. Entendeu que, embora o legislador não tenha promovido as alterações na lei 7.960/89, tais requisitos são ínsitos a todas as prisões provisórias.

Da mesma forma, os ministros entenderam que é constitucional a decretação da temporária para ser útil aos objetivos da investigação criminal. O propósito dessa prisão é facilitar a investigação criminal. Conforme previsto na CF, é permitido no ordenamento jurídico brasileiro a prisão cautelar, a qual é constitucional, desde que observados todos os requisitos legais para tal, a fim de evitar qualquer arbitrariedade estatal.

Desse modo, uma vez observados os princípios constitucionais, quais sejam: presunção de inocência ou da não culpabilidade, não está o legislador infraconstitucional impedido de prever uma modalidade de prisão cautelar destinada a garantir eficácia da investigação criminal ou do processo penal, conduzidos pelo delegado de polícia ou membro do parquet.

Além da Constituição Federal, ressalte-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos também não vedam a previsão de prisões cautelares pelos Estados-membros. Nesse sentido, entendeu o STF que a previsão da prisão temporária é constitucional e não se confunde com a antiga prisão para averiguação. Ora, a prisão temporária é emanada de uma autoridade judicial, após representação da autoridade policial ou requisição do membro do parquet. Conforme ensinamento de Paceli (2021, p. 691):

Foi justamente a preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais grave-

mente apenadas, a responsável pela elaboração da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que cuida da prisão temporária. A prisão temporária não poderia fugir à regra. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu art. 2º e também do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Quanto ao inciso II³, restou decidido que está vedada a utilização da prisão temporária sob fundamento isolado de o representado não possuir residência fixa, a fim de evitar tratamento desproporcional às pessoas em situação de rua, objetivando afastar qualquer tratamento desigual em relação àquelas pessoas menos favorecidas financeiramente na sociedade brasileira. Segundo Cavalcante (2022, n.p.):

O STF explicou que esse inciso II do art. 1º da Lei nº 7.960/89, mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, é inconstitucional. Isso porque ou a circunstância de o representado não possuir residência física evidência de modo concreto que a prisão temporária é imprescindível para as investigações (inciso I) ou não se pode decretar a prisão pelo simples fato de que alguém não possui endereço fixo. Nesse sentido, não é constitucional a decretação da prisão temporária quando se verificar, por exemplo, apenas uma situação de vulnerabilidade econômico-social – pessoas em situação de rua, desabrigados – por violação ao princípio constitucional da igualdade em sua dimensão material.

³ Art. 1º Caberá prisão temporária:

[...]

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

No que diz respeito ao inciso III da art. 1º da Lei nº 7.960/89, os ministros do STF afirmaram que este rol é taxativo, isto é, não se pode ampliar os crimes passíveis de temporária. Ora, não é nenhuma novidade, haja vista que era esse o entendimento adotado no âmbito da investigação criminal e pacífico na jurisprudência dos tribunais de todo o Brasil. O que fez o STF foi rechaçar qualquer argumento ou pensamento contrário a esse. Veja o teor do inciso III:

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Os ministros da corte alegaram que esse rol é taxativo, pois se refere a uma escolha do legislador ordinário constituinte na execução de sua competência constitucional, que compreendeu que alguns crimes mereciam um tratamento diferenciado e tal definição está amparada pela Constituição Federal e que não cabe ao Poder Judiciário decidir se tais crimes mereciam ou não figurar no mencionado catálogo.

Ressalte-se que esse rol do inciso III não admite analogia ou interpretação extensiva, haja vista a imposição de medidas cautelares penais restritivas da liberdade individual, que requer a observância do princípio da legalidade estrita. Não obstante, essa lista é ampliada pela Lei 8.072/1990, no § 4º do art. 2º, que prevê a prisão temporária para os crimes hediondos e equiparados⁴.

Registre-se que com o advento da Lei 12.403/2011 deve ser demonstrada a insuficiência das medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP) para que seja deferida a prisão cautelar. Embora tal previsão não esteja expressa na lei 7.960/89, ainda assim deve ser examinado esse requisito, uma vez que decorre da hermenêutica do ordenamento jurídico. Esse critério já era defendido pela doutrina e até mesmo pacífico na jurisprudência. Demonstra a subsidiariedade da prisão, que somente pode ser deferida quando as demais cautelares não forem suficientes para o objetivo pretendido do procedimento, conforme leciona Nucci (2020, p. 941):

⁴ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII); (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Estabelece o art. 5.º, LXVI, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Quer o preceito indicar que a prisão, no Brasil, é a exceção e a liberdade, enquanto o processo não atinge o seu ápice com a condenação com trânsito em julgado, a regra. Essa ideia foi reforçada após a edição da Lei 12.403/2011, que criou novas medidas cautelares, mais brandas, alternativas à prisão provisória, bem como deixando claro ser a prisão preventiva a *ultima ratio* (última opção). Confira-se: “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

I-A - lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - roubo: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º),

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998),

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956;

II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003,

IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Prosseguindo na análise do julgamento do STF, ressalte-se novo requisito instituído pela Corte e não estabelecido na Lei nº 7.960/89, qual seja, a existência de fatos novos e contemporâneos (aplicação do § 2º do art. 312 do CPP à prisão temporária). Veja-se a redação do art. 312, § 2º do CPP, acrescentada pela lei 13.964/19, conhecida como pacote anticrime e que promoveu uma série de alterações na legislação:

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Para Ferraz (2021, p. 12) “o requisito da contemporaneidade dos fatos imputados para a decretação das medidas cautelares pessoais penais, refere-se à necessidade de os fatos ensejadores da imposição das medidas serem recentes e contemporâneos.” A doutrina denomina esse entendimento de princípio da atualidade ou contemporaneidade, segundo o qual a urgência no decreto de uma medida cautelar deve ser contemporânea à ocorrência do fato que gera os riscos que tal medida pretende evitar.

É uma novidade no ordenamento jurídico introduzida pelo pacote anticrime e se aplicava somente à prisão preventiva, no entanto o STF entendeu que o mesmo deve ser observado em sede de temporária, pois é uma decorrência lógica de análise para todo o ordenamento jurídico, que não é estanque. Lima (2021) explica com maestria o conceito de tal princípio da contemporaneidade ou atualidade:

Ademais, a contemporaneidade não está diretamente vinculada ao início ou ao fim de uma investigação criminal, tampouco à data da prática do fato delitivo, e sim à necessidade da medida cautelar, o que pode se revelar a qualquer tempo. É possível que uma investigação dure anos e, mesmo assim, ser constatada a necessidade de uma prisão preventiva, o que se dá principalmente em crimes de grande complexidade.” (LIMA, 2021, p. 984-985).

Ante o exposto, a motivação da prisão temporária deve estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos. Não se pode decretar a prisão com base em fatos antigos ou pretéritos. Ainda que esta previsão não esteja no bojo da lei 7.960/89, o STF afirmou que ele deve ser observado na análise da decretação da prisão temporária. De fato, a contemporaneidade foi incluída no CPP por meio da Lei 13.964/19, pacote anticrime, não deve, porém, ser restrita à prisão preventiva, eis que coaduna com a nova sistemática das prisões provisórias. Cavalcante (2022, n.p.) explica essa situação:

Desse modo, a motivação da prisão preventiva deve estar baseada em fatos novos ou contemporâneos. Não se pode decretar a prisão com base em fatos antigos. Ainda que esse dispositivo tenha sido pensado para a prisão preventiva, o STF afirmou que ele deve ser obrigatoriamente aplicado também para a prisão temporária. Trata-se não apenas de uma decorrência lógica da própria cautelaridade das prisões provisórias, como também consequência do princípio constitucional da não culpabilidade. Vale ressaltar, mais uma vez, que esse dispositivo não impede que a prisão temporária seja decretada por crimes antigos. O que se proíbe apenas é a imposição de prisão caso não haja fato contemporâneo ao decreto que justifique, de maneira objetiva, o *periculum libertatis*.

Trata-se, portanto, não apenas de uma decorrência lógica da própria cautelaridade das prisões provisórias, como também consequência do princípio constitucional da não culpabilidade, demonstrando ser uma consequência natural de todo o entendimento que permeia a prisão provisória no Brasil, que requer a presença dos requisitos de necessidade e adequação. Caso tais condições não sejam verificadas, há que se ter em mente a decretação das medidas cautelares diversas da prisão. Poltronieri (2022) entende que, após a decisão do STF, os pedidos de prisão temporária não podem ser utilizados de forma arbitrária:

Além de tudo, interpreta-se que a prisão temporária não pode ser utilizada como uma medida banalizada para prender investigados, mas, sim quando seja estritamente necessário para a investigação criminal, eis os motivos dos requisitos se tornarem mais alargados e rígidos, pois a demonstração destes deve ser real aos fundamentos que a justifiquem. Com efeito, buscou-se com a presente decisão evitar prisões arbitrárias, que, segundo o ministro Edson Fachin, a utilização da prisão temporária como forma de prisão para averiguação ou em violação ao direito a não autoincriminação, compreendido a questão da condução coercitiva de investigados, não é compatível com a Constituição da República, pois caracterizaria, em tese, abuso de autoridade. (POLTRONIERI, 2022, n.p.)

No entanto, impende salientar que essa exigência da contemporaneidade não obsta que a prisão temporária seja decretada por crimes antigos. Na verdade, o que se pretende evitar é a imposição de prisão caso não haja fato contemporâneo ao decreto que a fundamentou, baseado tão somente em crimes passíveis de imposição da temporária, porém não demonstraram nenhuma novidade a revolver o aparato estatal em sua captura. Conforme leciona Lima(2021):

Deve a autoridade requerente demonstrar ao juiz o que faz ser considerado “*imprescindível*” o encarceramento do suspeito para elucidar o fato delituoso, como, por exemplo, a ocultação de provas, o aliciamento ou a ameaça às testemunhas, a impossibilidade de se proceder ao reconhecimento do acusado por se encontrar em local incerto, etc.(LIMA, 2021, p. 1106).

Entendeu também o STF que a prisão temporária deve ser medida adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado, conforme previsto no art. 282, II, do CPP. Na verdade, o que os ministros definiram foi a aplicação do subprincípio da proporcionalidade, a saber: princípio da necessidade, porque a prisão cautelar possui caráter de *ultima ratio*, podendo ser aplicada somente quando as demais medidas cautelares forem insuficientes.

Convém salientar que o STF deixou bem claro que a prisão temporária continua sendo diferente da prisão preventiva e ambas as cautelares não se confundem, devendo o Delegado de Polícia definir qual das prisões será mais útil à sua investigação, pois de fato em algumas situações caberá a decretação de uma ou de outra. Lembrando que na vigência temporária disporá de um prazo maior para a conclusão do inquérito. Cavalcante (2022, n.p) e discorre sobre esse tópico:

Não se pode adotar interpretação que exija, para a prisão temporária, a observância do art. 313 do CPP. Isso porque se trata de dispositivo específico para a prisão preventiva, uma vez que, no caso da prisão temporária, o legislador ordinário, no seu legítimo campo de conformação, já escolheu os delitos que julgou de maior gravidade para sua imposição (inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89). Entender de modo diverso implicaria confusão entre os pressupostos de decretação das prisões preventiva e temporária, bem como violação aos princípios da legalidade e da separação entre os poderes.

Decerto, os inquéritos policiais para serem instaurados dependem de um mínimo de indícios de autoria e materialidade, a fim de deflagrar instauração de autos de inquérito de um fato criminoso. Nesse sentido, é no proveito da investigação e somente em razão da sua estrita necessidade é que se legitima a prisão temporária. Não raras vezes, observa-se que a prisão temporária é fundamental para se elucidar a autoria e coligir elementos informativos acerca da materialidade. Quando se está diante de prática de delitos graves, a luta é contra o tempo, pois os vestígios são facilmente perdidos, onde o criminoso sempre está a um passo à frente da polícia.

Portanto, somente na análise do caso concreto é que se poderá avaliar se a decisão do STF será empecilho ou não para o desenvolvimento e condução das investigações criminais. Os ministros alegam que os parâmetros utilizados pela Corte estão respaldados na Carta Magna de 1988, bem como no Código de Processo Penal Brasileiro. Inquéritos Policiais, portanto, devem demonstrar a

imprescindibilidade da prisão, devidamente fundamentada e comprovada, naqueles crimes previstos tanto na Lei 7.960/89 e Lei 8.072/90.

Destaca-se que a Polícia Civil do Rio Grande do Sul tem conduzido investigações cada dia mais complexas e especializadas, utilizando de métodos tecnológicos avançados, por meio de treinamentos e capacitação profissional. A condução esbarrada das investigações criminais não dá espaços a arbitrariedades repudiadas por todo o ordenamento jurídico. O cargo de Delegado de Polícia foi erigido à carreira jurídica, conforme Lei 12.830/13, e isso tem demonstrado na prática uma polícia com conhecimento jurídico elevado.

Cruz (2022) discorre sobre a efetiva importância da reflexão por parte dos Delegados de Polícia, membros do Ministério e os Juizes de Direito quanto ao encarceramento provisório e todas as nuances de sua decretação:

É preciso que os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução penal, quer investigando as infrações penais (o Delegado de Polícia), quer coletando provas e promovendo a ação penal (o Ministério Público), quer, ainda, assegurando as liberdades públicas do acusado e julgando o mérito da pretensão punitiva (o Juiz de Direito), estejam cientes dos males que qualquer encarceramento, e em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida, e que se deem conta da mudança do quadro jurídico após a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, que, ineludivelmente, veio para afastar o protagonismo da prisão preventiva no sistema das cautelares pessoais do processo penal. (CRUZ, 2022, p. 316).

Nesse contexto, desde que a atividade investigativa seja conduzida em conformidade com os requisitos cautelares, demonstrando o *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, a contemporaneidade, necessidade e adequação da medida, não há que se falar em prisão ilegal ou para averiguação. Ademais disso, o Delegado de Polícia não decreta a prisão de ofício, mas representa à autoridade policial para que, após ouvido o membro do MP, defira ou não a decretação de tal prisão.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que a novel decisão do STF somente não impactará a condução das investigações criminais se a representação pela decretação da prisão temporária for fundamentada nos requisitos das cautelares, quais sejam: *periculum libertatis*, *fumus comissi delicti*, contemporaneidade, necessidade, adequação e imprescindibilidade para o inquérito policial.

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal exerceu sua competência constitucional ao proceder à análise da constitucionalidade da lei da temporária, cabendo aos operadores do direito e, principalmente aos delegados de polícia, utilizarem a referida lei quando presentes os fundamentos regulamentadores de sua decretação, tendo em vista a sua utilidade para eficácia das investigações, na elucidação da autoria e materialidade delitiva, a fim de robustecer e amparar o ajuizamento da ação penal por parte do membro do *parquet*

Por vezes, depara-se com o ativismo judicial da Suprema Corte, que extrapola sua função típica de julgar. Isso tem sido debatido e criticado não só aqui no Brasil, mas em outros países do mundo. Os ministros argumentam que analisaram a constitucionalidade da lei 7.960/89 no âmbito da sistemática delimitada pelo legislador tanto na Constituição Federal quanto no Código de Processo Penal. Ao definir os parâmetros e critérios para provimento da temporária, a Corte Superior fundamentaram-se nos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na CF de 1988.

Certo é que as representações por prisão temporária são submetidas ao crivo do Poder Judiciário, que antes de decidir deve ouvir a manifestação do membro do ministério público, não havendo falar em ato de ofício pelo delegado de polícia nesse caso. Nada obstante, a atuação da autoridade policial na condução das investigações também está sujeita constantemente a correições por parte da própria instituição policial, bem como ao controle externo por parte do *parquet*, conforme previsto na CF/88. E, em todos os casos, está submetida ao controle da mídia e da sociedade.

Em verdade, o que se observa nos inquéritos policiais é a seriedade por parte da polícia judiciária na condução das investigações policiais, que há muitos anos está fulcrada no entendimento jurídico de suas condutas e ações. Já não há que se falar em uso arbitrário da força, mas sim numa polícia cada vez mais técnica e investigativa, que é sua função precípua. Desse modo, não sentirá grande impacto em suas investigações, desde que continue devidamente fundamentada a representação com elementos do caso concreto que justificam o cerceamento de liberdade daquele determinado suspeito.

Observa-se, por fim, que a Polícia Civil do Rio Grande do Sul tem cada vez mais alcançado prestígio e respeito no seio da comunidade jurídica, sociedade civil organizada, mídia, empresários e população em geral, resultado do seu trabalho eficaz na repressão dos crimes e da seriedade com que tem diuturnamente conduzido as investigações criminais em terras gaúchas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 22 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm.

Acesso em 08 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.360 e 4.109 CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar parcialmente procedentes duas ações diretas de inconstitucionalidade/ADIns, deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e estabeleceu critérios mais rigorosos para a decretação de prisão temporária. In casu, as ADIns foram impetradas pelo Partido Social Liberal/PSL e pelo Partido Trabalhista Brasileiro/PTB contra a mencionada Lei da Prisão Temporária. A maioria dos Ministros acompanhou a divergência instaurada para fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária deve ser autorizada quando, cumulativamente: “1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (periculum libertatis), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito

à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (fumus comissi delicti), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP)”. O entendimento minoritário julgou improcedente o pedido por considerar não haver ofensa direta ao art. 5º, LXVI, da Constituição Federal (ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória), uma vez que, na hipótese de prisão temporária ilegal, essa deverá ser imediatamente relaxada, conforme o disposto no art. 5º, LXV, da CF. ADIn 3360/ DF e ADIn 4109/DF, Redator para o acórdão: Ministro Edson Fachin, maioria, Plenário, Sessão Virtual de 4.2.2022 a 11.2.2022.

Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/17-2-2022-2013-prisao-temporaria-2013-criterios-mais-rigorosos-2013-stf>. Acesso em: 10 maio 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar Dramas, Princípios e Alternativas**. 5ª. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVUM, 2022.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: Parte Especial-procedimentos, nulidades e recursos**. 12a. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVUM, 2022.

CAVALCANTE, Márcio André. **Requisitos estipulados pelo STF para a validade da decretação da prisão temporária**. 2022.

Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2022/02/requisitos-estipulados-pelo-stf-para.html>. Acesso em: 10 de mai. 2022.

FERRAZ, João Paulo Romano Farhat. **A contemporaneidade como requisito necessário para a decretação das medidas cautelares pessoais no processo penal**. 2021. Monografia conclusão de Curso (Bacharel em Direito)- Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília. Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos. 2022.

SILVA, Bruno Miola. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro**. 2015.

Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/42ac878e602eab56029bb0134aee23f2.pdf>. Acesso em 11 de mai. 2022.

Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15228/1/Joao%20Paulo%20Ferraz.pdf>. Acesso em: 30 de mai. 2022.

POLTRONIERI, Willion Matheus. **Prisão temporária: reflexos dos novos critérios estabelecidos pelo STF no julgamento das ADIs 3360 e 4109**. 2022. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6833, 17 mar. 2022.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/96626/prisao-temporaria-reflexos-dos-novos-criterios-estabelecidos-pelo-stf-no-julgamento-das-adis-3360-e-4109>. Acesso em: 9 jun. 2022.

RDPol Revista de Direito Policial, foi composto em tipo Cambria 11/10/09 e impresso sobre papel Off-Set 75 g/m2 (miolo) e Cartão Triplex 250 g/m2 (capa) na Gráfica Garten Sul, em Santa Cruz do Sul (RS), para a Academia de Polícia Civil do Estado do RS, em novembro de 2022.



ACADEPOL – RS

Escola de Governo
Instituição de Ensino
Superior

85 anos voltados à
excelência no
recrutamento, formação e
aperfeiçoamento dos
Políciais Civis do Rio
Grande do Sul

Endereço: Av. Antônio de
Carvalho, nº 555, B. Jardim
Carvalho, Porto Alegre/RS.
CEP 91430-001
Tel. (51) 3288.9300

Site: www.pc.rs.gov.br/acadepol
E-mail: acadepol@pc.rs.gov.br

Apoio:



ASDEP

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE
POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL

