uma exacerbação, qual seja, aquela relativa ao crime continuado, sob pena de bis in idem" (STJ, HC 70.110/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 04/06/2007).

4. Ordem concedida, para determinar a realização de novo cálculo da reprimenda pelo Juízo das Execuções, excluída a circunstância referente ao emprego de arma de fogo, e com a incidência, apenas, da continuidade delitiva entre os três delitos de roubo."

(HC 178.499/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

2.13. Prestação de contas e "caixa dois eleitoral"

A prestação de contas é procedimento previsto na legislação eleitoral, cujo objeto é o exame dos valores arrecadados e dos gastos por candidatos e partidos políticos na campanha eleitoral, para que se controle a sua regularidade. Visa a proteger, num momento posterior à eleição, a igualdade e a probidade na campanha.

Sídia Maria Porto Lima[110] (2009, p. 90) conceitua o termo nos seguintes moldes: "A prestação de contas de campanha eleitoral pode ser descrita como um instituto que tem como finalidade primordial, emprestar transparência às campanhas eleitorais, através da exigência da apresentação de informações, legalmente determinadas, que têm o condão de evidenciar o montante, a origem e a destinação dos recursos utilizados nas campanhas de partidos e candidatos, possibilitando a identificação de situações que podem estar relacionadas ao abuso do poder econômico, além de prever sanções pelo desrespeito aos dispositivos que o regulam."

Nos termos da legislação eleitoral todos os candidatos, partido político e comitês financeiros devem esclarecer à Justiça Eleitoral e aos eleitores, através da prestação de contas, quem foram seus doadores, a quantidade de recursos arrecadados e os gastos efetuados durante a campanha eleitoral. Tal obrigatoriedade visa assegurar a lisura e a probidade da campanha eleitoral, possibilitando a verificação de eventuais abusos e ilegalidades havidos durante a disputa eleitoral, pela análise da documentação contábil apresentada.

A aprovação das contas é evento previsto

---

[110] LIMA, Sídia Maria Porto. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009. P. 90

no antecedente da norma jurídica da diplomação. Não se trata de mera formalidade, mas de fato relevante e que deve ser efetivamente fiscalizado. A respeito, ainda sob legislação anterior, já afirmava THALES TACITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA:

> *"O modelo de "demonstrativos das origens e aplicações dos recursos (documento com a discriminação das despesas de campanha), que vigorou até 2006, abria várias "válvulas de escape" para simular despesas, quebrando a necessária transparência das contas. O problema que persiste é que nenhuma nota fiscal precisa ser anexada à prestação de contas de um candidato, devendo apenas ficar à sua disposição para eventual diligência requerida pelo Ministério Público Eleitoral e deferida pelo magistrado, em caso de dúvida (art. 30, § 4º, da Lei nº 9.504/97). Todavia, os valores apresentados são surrealistas e, pior, empréstimos ou doações feitos por empresas ou pessoas físicas, que deveriam ser incluídos na prestação de contas sob a rubrica de doação estimada em dinheiro, não o são, o que dificulta a avaliação pelo Ministério Público Eleitoral do custo de mercado, de forma*

a compor esta estimativa e comparar valores para análise de fraudes ou simulações. Assim, existe uma espécie de "caixa 2", que somente acabaria com urna fiscalização e prestação de contas realista, associada à publicação de editais de contas para impugnações por eleitores, partidos políticos, coligações, candidatos e credores de boa-fé lesionados. Ora, é comum, no atual modelo, empresas particulares pagarem a conta de uma gráfica para um candidato, ao invés de dar dinheiro para o caixa da campanha, e a nota fiscal é da empresa, e não do Comitê Financeiro, o que burla a legislação eleitoral no tocante à transparência das contas e preservação da igualdade, prevalecendo o abuso do poder econômico de forma velada e sibilina. E isso acontece com cartazes, santinhos, outdoor (antes da Lei nº 11.300/06) etc., ficando a Justiça Eleitoral em posição inerte. Somente em 2008 com a Resolução nº 22. 715/08 houve urna significativa mudança em quase toda essa farsa, conforme analisaremos, com profundidade, em item próprio."

(CERQUEIRA, Thales Tácito Fontes Luz de Pádua. Tratado de direito eleitoral,

tomo V: temas emergentes. São Paulo, Premier Maxima, 2008. P. 244).

Nas palavras de José Jairo Gomes[111]: "*O instituto da prestação de contas constitui o instrumento oficial que permite a realização de contrastes e avaliações, bem como o controle financeiro do certame. Esse controle tem o sentido de perscrutar e cercear o abuso de poder, notadamente o de caráter econômico, conferindo-se mais transparência e legitimidade às eleições.*"

Poder-se-ia, também, analisar a prestação de contas sob a óptica comunicacional. Há um suporte físico (o documento-papel ou eletrônico) que veicula um feixe de declarações, cada uma delas enunciada e relativa a uma operação concreta de receita (doações eleitorais) ou de despesa (com bens e serviços), e ao final uma declaração da soma total. Ou seja, um só suporte físico pode veicular várias declarações falsas. A respeito, em hipótese análoga, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça sobre crimes fiscais:

"*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA*

---

[111] GOMES, José Jairo. *Campanha, financiamento e prestação de contas eleitorais*. In: _____. Direito eleitoral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. P. 307

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. DOSIMETRIA DA PENA.
CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGADA EXASPERAÇÃO EM QUANTUM EXCESSIVO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 12, I, DA LEI N. 8.137/1990) QUE NÃO TERIA SIDO DEMONSTRADA. TESES QUE CONSISTEM EM REITERAÇÃO DE PEDIDO. CAUSAS DE AUMENTO DO CRIME CONTINUADO E DO CONCURSO FORMAL. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SUPOSTA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.
Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.
II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da

pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

III - As teses relativas à ilegalidade na exasperação da pena-base, e na aplicação da majorante do art. 12, inciso I, da Lei n. 8137/90 já foram rechaçadas por este Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.445.217/PE.

Tratando-se de mera reiteração de pedido, o presente mandamus, no ponto, não deverá ser conhecido.

IV - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a cumulação das causas de aumento de pena da continuidade delitiva e do concurso formal, quando, em delitos fiscais, o sujeito ativo, mediante uma única ação ou omissão, sonega o pagamento de diversos tributos, reiterando a referida conduta ao longo de determinado período, na hipótese, de 01/2000 a 12/2003.

V - O exame acerca da suposta desproporcionalidade na aplicação da pena de multa demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que não tem lugar em sede de habeas corpus (precedentes).

Habeas corpus não conhecido."

(STJ, HC 340.877/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 24/05/2016)

O fato da norma legal exigir a assinatura do candidato na prestação de contas denota a criação de um dever do candidato acompanhar pessoalmente as contas de campanha. Neste sentido, pela responsabilidade pessoal do candidato na prestação de contas:

> *"A administração financeira da campanha deve ser feita pelo próprio candidato ou por pessoa por ele designada, denominada administrador financeiro. Ambos são solidariamente responsáveis – administrativa, civil e penalmente – pela veracidade das informações financeiras e contábeis que forem apresentadas, devendo assinar conjuntamente a respectiva prestação de contas (LE, arts. 20 e 21).*
> *Encerradas as eleições, determina a lei que os candidatos e partidos políticos prestem contas à Justiça Eleitoral dos recursos arrecadados e gastos efetuados com a campanha. Para os candidatos, a previsão está contida no artigo 28, §§ 1º e 2º, da LE, enquanto para os partidos*

encontra-se nos artigos 33, II, e 34, I e V, da Lei nº 9.096/95. As contas de cada qual deles devem ser prestadas de modo individualizado.

A prestação de contas constitui o instrumento oficial que permite a realização de contrastes e avaliações, bem como a fiscalização e o controle financeiro das campanhas eleitorais.

Ela deve ser elaborada pelo Sistema de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE). Trata-se de programa disponibilizado pela Justiça Eleitoral, podendo ser baixado de sua página na Internet e instalado no computador do usuário para preenchimento das informações e posterior remessa à Justiça Eleitoral.

O controle realizado pela prestação de contas confere mais transparência e legitimidade às eleições, além de prevenir o abuso de poder, notadamente o de caráter econômico. Muitas vezes, o abuso de poder econômico é configurado a partir de divergências verificadas entre os dados constantes da prestação de contas e a realidade da campanha."

(GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016. P.438).

A respeito da falsidade ideológica, dispõe o art. 299 do Código Penal:

> *"Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:*
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.*
> *Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte."*

Pune-se, pois, na falsidade ideológica, a incursão ou omissão dolosa do conteúdo do documento, público ou particular, ou seja, embora o documento seja verdadeiro, seu conteúdo contém informação constituída

de forma a lesionar o Estado. Guilherme Nucci[112] aponta como diferenças entre falsidade material e ideológica: "*a falsidade material altera a forma do documento, construindo um novo ou alterando o que era verdadeiro. A falsidade ideológica, por sua vez, provoca uma alteração de conteúdo, que pode ser total ou parcial. O documento na falsidade material, é perceptivelmente falso, isto é, nota-se que não foi emitido pela autoridade competente ou pelo verdadeiros subscritor.*"

Em âmbito eleitoral, o Código Eleitoral quando trata do assunto dispõe:

> "*Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:*
>
> *Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa, se o documento é particular.*
>
> *Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou*

[112] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 832

alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada."

Pretendeu, portanto o legislador, coibir a apresentação de suportes materiais de enunciados falsos e a introdução de fatos jurídicos falsos, com vistas ao processo eleitoral, dissociados dos eventos ocorridos no mundo dos fatos, conforme apontam Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco[113]: *"a omissão em documento de declaração que dele devia constar, ou nele inserir declaração ideologicamente falsa ou diversas da verdadeira que devia ser escrita. Mas sempre com objetivo eleitoral, pois a quase identidade entre esta e aquela figura do Código Penal só conduz à superação do conflito de normas se o crime for praticado com finalidade eleitoral. Apenas de estiver presente esta característica ou condição elementar é que se atrairá a competência da justiça especializada".*
Novamente aqui pretende-se proteger a fé pública, a segurança de que devem gozar os documentos públicos ou particulares, preservando, neste caso, a imagem da Justiça Eleitoral, a idoneidade do processo eleitoral.

Segundo Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco[114], são três as condutas puníveis previstas na norma penal: omitir declaração que deveria constar do

---

[113] STOCO, Rui. STOCO, Leandro de Oliveira. Legislação Eleitoral Ibterpretada. Doutrina e Jurisprudência. Eª ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2010. P.658.
[114] Idem, p. 659

documento; inserir no documento de declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita; fazer inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, que podem referir-se a despesas ou receitas. Na forma omissiva, portanto, pode-se referir à omissão de despesas ou receitas realizadas, e na forma comissiva a despesas ou receitas não realizadas.

2.14. "Caixa dois" eleitoral como parte das atividades de organização criminosa, conflito de princípios e prova

A partir das investigações iniciadas na 13ª Vara de Curitiba, surgiram novas questões sobre organizações criminosas, crimes comuns estaduais, crimes comuns federais e crimes eleitorais, em especial sobre a competência por prerrogativa de foro e por conexão.

No início da denominada Operação Lava Jato, o colendo Supremo Tribunal Federal fixou entendimento em discussão sobre competência por prerrogativa de foro em relação a investigados sem prerrogativa, segundo o qual estes teriam como juízo natural o juízo de primeiro grau de jurisdição:

> *"AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO.*

DESMEMBRAMENTO DE INVESTIGAÇÕES E AÇÕES PENAIS. PRERROGATIVA PRÓPRIA DA SUPREMA CORTE. 1. O Plenário desta Suprema Corte mais de uma vez já decidiu que 'é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais' (Rcl 1121, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000, DJ 16-06-2000 PP-00032 EMENT VOL-01995-01 PP-00033). Nessa linha de entendimento, decidiu o Plenário também que, 'até que esta Suprema Corte procedesse à análise devida, não cabia ao Juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações então conjuntamente realizadas, com suspeitos detentores de prerrogativa de foro - em razão das funções em que se encontravam investidos -, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha' (Rcl 7913 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00066). 2. Por outro lado, a atual

jurisprudência do STF é no sentido de que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente, o que determina o desmembramento do processo criminal sempre que possível, mantendo-se sob a jurisdição especial, em regra e segundo as circunstâncias de cada caso, apenas o que envolva autoridades indicadas na Constituição (Inq 3515 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014). 3. No caso, acolhe-se a promoção do Procurador-Geral da República, para determinar o desmembramento dos procedimentos em que constam indícios de envolvimento de parlamentar federal, com a remessa dos demais à primeira instância, aí incluídas as ações penais em andamento. (STF, AP 871 QO, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

"INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 317 DO CÓDIGO PENAL E 1°, V, VI, VII, DA LEI 9.613/1998. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: HIPÓTESE EM QUE NÃO É RECOMENDÁVEL CISÃO

DO PROCESSO. PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: NÃO CABIMENTO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 86, § 4º DA CONSTITUIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DE PROVA: INEXISTÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. COLABORAÇÃO PREMIADA: REGIME DE SIGILO E EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP: INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS EM RELAÇÃO À SEGUNDA PARTE DA DENÚNCIA. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA. 1. Segundo entendimento afirmado por seu Plenário, cabe ao Supremo Tribunal Federal, ao exercer sua prerrogativa exclusiva de decidir sobre a cisão de processos envolvendo agentes com prerrogativa de foro, promover, em regra, o seu desmembramento, a fim de manter sob sua jurisdição apenas o que envolva especificamente essas autoridades, segundo as circunstâncias de cada caso (Inq 3515 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014, DJe de 14/3/2014). Ressalvam-se, todavia, situações em que os fatos se revelem "de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento" (AP 853, Relator(a): Min. ROSA WEBER,

DJe de 22/5/2014), como ocorre no caso. 2. À luz dos precedentes do Supremo Tribunal, a garantia contra a autoincriminação se estende às testemunhas, no tocante às indagações cujas respostas possam, de alguma forma, causar-lhes prejuízo (cf. HC 79812, Tribunal Pleno, DJ de 16-02-2001). 3. A previsão constitucional do art. 86, § 4°, da Constituição da República se destina expressamente ao Chefe do Poder Executivo da União, não autorizando, por sua natureza restritiva, qualquer interpretação que amplie sua incidência a outras autoridades, nomeadamente do Poder Legislativo. Precedentes. 4. Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colaboração

premiada que lhe digam respeito. 5. Eventual desconstituição de acordo de colaboração premiada tem âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, não beneficiando e nem prejudicando terceiros (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 4/2/2016). Até mesmo em caso de revogação do acordo, o material probatório colhido em decorrência dele pode ainda assim ser utilizado em face de terceiros, razão pela qual não ostentam eles, em princípio, interesse jurídico em pleitear sua desconstituição, sem prejuízo, obviamente, de formular, no momento próprio, as contestações que entenderem cabíveis quanto ao seu conteúdo. 6. Preservado o conteúdo das informações prestadas pelo colaborador, eventuais divergências de literalidade entre o documento escrito e a gravação dos depoimentos, quando realizada, não importa, automaticamente, a nulidade do ato, reservando-se ao interessado, se for o caso, no âmbito da ação penal, insurgir-se contra eventuais inconsistências existentes na versão escrita, podendo demandar do colaborador os esclarecimentos que forem

necessários. 7. Não há nulidade na realização de busca e apreensão deferida após o oferecimento da denúncia, quando a medida cautelar visa especificamente coletar elementos referentes a fatos circunscritos a outra investigação e os elementos probatórios colhidos não foram utilizados ou considerados para o específico juízo de recebimento da denúncia. 8. Não se fazem presentes elementos mínimos de autoria, exigidos para o recebimento da denúncia, em relação à efetiva participação dos denunciados nos supostos crimes ocorridos nos anos de 2006 e 2007, ou mesmo que tenham eles, no período imediato, recebido vantagem indevida em razão do mandato parlamentar. 9. Todavia, em sua segunda parte, a denúncia, reforçada pelo aditamento, contém adequada indicação da conduta delituosa imputada, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação e permitir o pleno exercício do direito de defesa, o que autoriza, nesse ponto, o recebimento da denúncia. 10. É incabível a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal pelo mero exercício do mandato parlamentar, sem prejuízo da causa de aumento contemplada

no art. 317, § 1º. A jurisprudência desta Corte, conquanto revolvida nos últimos anos (Inq 2606, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2014, DJe-236 DIVULG 01-12-2014 PUBLIC 02-12-2014), exige uma imposição hierárquica ou de direção (Inq 2191, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2008, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009) que não se acha nem demonstrada nem descrita nos presentes autos. 11. Denúncia parcialmente recebida, prejudicados os agravos regimentais."

(STF, Inq 3983, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016)

O colendo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da AP937-QO, alterou entendimento anterior para excluir da prerrogativa de foro os delitos praticados fora do período em que o agente ocupava a função pública, ou que não tenham sido praticados em razão da função pública:

"Direito Constitucional e Processual

Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência.

I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores

constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.
3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.
4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 2 suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

3088

5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

III. Conclusão

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses:

"(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será

3089

mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância." (STF, AP 937 QO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018)

Posteriormente, a Suprema Corte alterou o entendimento sobre a competência por conexão, firmando, no julgamento dos embargos de declaração Pet. 6820 AgR-ED/DF, que a competência é da Justiça eleitoral de primeiro grau de jurisdição para todos os demais delitos comuns da Justiça Comum Federal ou da Justiça Comum Estadual:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA NO BOJO DA OPERAÇÃO "LAVA-JATO". ODEBRECHT. ELEIÇÕES DE 2010. GOVERNO DE SP. PAGAMENTOS POR MEIO DE CAIXA DOIS. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E CONEXOS. CRIME ELEITORAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA ELEITORAL. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À JUSTIÇA ELEITORAL. PRECEDENTES.

I - O Parquet Federal, ao elaborar "REGISTRO DOS PRINCIPAIS PONTOS DO DEPOIMENTO", referiu-se a pagamentos por meio de "Caixa Dois".

II - Somente no momento de ofertar as contrarrazões ao agravo regimental, inovando com relação ao seu entendimento anterior, passou a sustentar que "a narrativa fática aponta, em princípio, para eventual prática de crimes, tais como corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral)".

III - O Código Eleitoral, em seu título III, o qual detalha o âmbito de atuação dos juízes eleitorais, estabelece, no art. 35, que: "Compete aos juízes (...) II

- processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais".

IV - O denominado "Caixa 2" sempre foi tratado como crime eleitoral, mesmo quando sequer existia essa tipificação legal.

V - Recentemente, a Lei 13.488/2017 incluiu o art. 354-A no Código Eleitoral para punir com reclusão de dois a seis anos, mais multa, a seguinte conduta: "Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio".

VI - Ainda que se cogite da hipótese aventada a posteriori pelo MPF, segundo a qual também teriam sido praticados delitos comuns, dúvida não há de que se estaria, em tese, diante de um crime conexo, nos exatos termos do art. 35, II, do referido Codex.

VII - A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de evitar possíveis nulidades, assenta que, (...) em se verificando (...) que

há processo penal, em andamento na Justiça Federal, por crimes eleitorais e crimes comuns conexos, é de se conceder habeas corpus, de ofício, para anulação, a partir da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, e encaminhamento dos autos respectivos a` Justiça Eleitoral de primeira instância" (CC 7033/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, de 2/10/1996).

VIII - A mesma orientação se vê em julgados mais recentes, a exemplo da Pet 5700/DF, rel. Min. Celso de Mello.

IX - Remessa do feito à Justiça Eleitoral de São Paulo. (STF, Pet 6820 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 23-03-2018 PUBLIC 26-03-2018)

Surge, então, o braço eleitoral da Operação Lava Jato, cuja competência está distribuída entre as Zonas Eleitorais em cujo território houve a prática do crime eleitoral de "caixa dois eleitoral" (falsidade para fins eleitorais), ou seja, onde as contas eleitorais foram prestadas: para a eleição de

Presidente da República, a Zona Eleitoral do Distrito Federal em que a prestação de contas foi entregue, vale dizer, a zona eleitoral em cujo território se encontra situado o Tribunal Superior Eleitoral; para as eleições de Senador, Deputado Federal, Governador, Deputado Estadual, a Zona Eleitoral da Capital do Estado em que a prestação de contas foi entregue, vale dizer, a zona eleitoral em cujo território se encontra situado o Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado; para as eleições de Prefeito e Vereador, a Zona Eleitoral do Município em que a prestação de contas foi entregue. No caso específico em exame, da Capital do Estado de São Paulo, as contas das eleições de Prefeito e vereador são entregues no prédio do Tribunal Regional Eleitoral, o que firma a competência da 1ª Zona Eleitoral da Capital - Bela Vista.

Em julgamentos anteriores de fatos relacionados à Operação Lava Jato, surgiram discussões sobre aplicação dos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção da inocência, de um lado, e a igualdade, a segurança, a efetividade do sistema jurídico e a moralidade de outro.

No que se refere a conflito de princípios na apreciação da prova para a caracterização dos delitos de caixa dois eleitoral, lavagem de dinheiro, organização criminosa e demais delitos

conexos, deve-se consideram que são regras constitucionais: ***"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)"*** (Constituição da República art. 5°, *caput*) e que " ***ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal***" (Constituição da República, artigo 5°, inciso LIV), e que "***ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória***" (Constituição da República, artigo 5°, inciso LVII). Da mesma forma, tem-se que "***São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."*** (Constituição da República, art. 6°).

Tem-se, desta maneira, a contraposição da presunção de inocência e do devido processo legal ao direito à segurança e à aplicação da lei penal, para se resguardar a igualdade no pleito e o princípio democrático e se manter a legitimidade do sistema.

É lição da doutrina que, no conflito de princípios constitucionais na relação individual e concreta, há um *iter* a ser percorrido pelo julgador, em que cabe a ele eleger o valor a ser tutelado:

"1. Identificam-se, em razão de um determinado fato da vida, os princípios, não no plano abstrato, mas no caso concreto (o aludido magistrado sugere, inclusive, como exemplo para a hipótese, por coincidência, o princípio da liberdade de imprensa versus o do direito à privacidade); 2. mediante o que se chama de 'regra de conformação ou de concordância entre princípios colidentes', manda solucionar a questão, ponderando-se os valores em conflito a fim de identificar o que deve prevalecer no caso examinado; e 3. como conseqüência, salienta a restrição ou limitação de um ou de ambos os princípios, mas não elimina nem exclui qualquer deles do sistema jurídico enfocado."

"(...) Ocorrendo a colisão entre dois princípios, dá-se valor decisório ao princípio que, no caso, tenha um peso relativamente maior, sem que por isso fique invalidado o princípio com peso relativamente menor."

(ZAVASCKI, Teori. Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações apud. ROCHA, Eládio Torret. Ética, Liberdade de Informação, Direito

à Privacidade e Reparação Civil pelos ilícitos da imprensa).

Portanto, embora a presunção de inocência esteja elevada à categoria de garantia constitucional, não se pode esquecer que, *pari passu* a esta garantia, por igual vigora outro princípio, da mesma hierarquia, que garante o direito à segurança e à aplicação da lei penal.

Desta forma, no caso em exame é limite à presunção de inocência e ao direito ao devido processo legal o direito social à segurança e à aplicação da lei penal, igualmente tutelados pelo sistema constitucional. O que não implica sua exclusão da propriedade, mas estabelece que ela é ampla, mas não absoluta, nem ilimitada. Sobre essa questão, já se disse em análise de conflito de garantias constitucionais:

> *"A liberdade ilimitada, distanciada do interesse social e do bem comum não é conciliável no mundo contemporâneo, porque se o pensamento é inviolável e livre, a sua exteriorização deve ser limitada pelo interesse coletivo, condicionado seu exercício ao destino do patrimônio moral da sociedade, do Estado e dos próprios indivíduos.".*
> *(NOBRE, Freitas. Comentários à lei de*

imprensa, p. 6).

Para tanto, há de se delimitar o limite de aplicabilidade das duas regras constitucionais - o direito à liberdade, à presunção de inocência e a extensão do devido processo legal, de um lado, e o direito à segurança e à aplicação da lei penal, de outro. A respeito, preleciona CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY em hipótese análoga de direito à imagem:

> *"(...) Se são direitos de igual dignidade e se para solução de seu conflito não há recurso possível" aos critérios "que tomam por base a hierarquia, cronologia ou especialidade dos dispositivos que o contemplam", impõe recorrer ao critério eqüitativo, "juízo de ponderação que se faz entre a honra, privacidade, imagem da pessoa, de um lado, e a liberdade de expressão e comunicação, de outro."*
> *(GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A Liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. Ed. Atlas, p.71/74).*

Veja-se, ainda, sobre o mesmo tema de limitação das liberdades:

"Assim pode-se afirmar, e a conclusão é

natural, que o conteúdo essencial do direito fundamental à intimidade será sempre relativo, quando contraposto ao direito à informação, já que a tarefa de ponderação deve levar em conta que os bens jurídicos constitucionais encontram-se mútua e reciprocamente condicionados, visto que o seu 'conteúdo essencial' não tem dimensão abstrata, independente dos critérios hermenêuticos, do juízo valorativo do intérprete, nem está apto a significar uma medida determinada em si mesma, separada da totalidade da Constituição. (FLACH, Daisson. O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação. in A reconstrução do direito privado. Ed. Revista dos Tribunais, p. 374/375)".

Adota-se aqui, desta maneira, a técnica de ponderação de valores, porque a lide versa sobre direitos de mesma hierarquia constitucional.

Na atividade de construção normativa devem ser igualmente consideradas os princípios e regras mencionadas.

Em relação à efetividade do sistema jurídico, que influencia a sua legitimidade, ela é

preocupação crescente na doutrina penal, inclusive em âmbito eleitoral:

> *"A corrupção eleitoral representa atualmente uma das principais formas da criminalidade organizada, que contamina os alicerces do Estado, propaga-se rapidamente por sua estrutura e, por fim, contribui decisivamente para a formação de uma espécie de Estado-paralelo.*
>
> *Não há crime organizado sem uma forte cadeia de corrupção consolidada. O combate à apontada prática secular exige a adoção de uma verdadeira política de segurança pública, que tenha discernimento suficiente para separar a criminalidade de massas da famigerada criminalidade organizada.*
>
> *Infelizmente, ao nos defrontarmos com o problema, somos obrigados a concluir que o conceito de segurança pública há algum tempo vem sendo subvertido, afastando-se do seu eixo nuclear, qual seja, asseguradora das liberdades públicas e promotora intransigente da defesa dos Direitos Humanos. Aliás, é interessante notar que os próprios Direitos Humanos surgiram como política de segurança pública, buscando controlar e combater*

os abusos do Estado. Logo, ponto de partida nessa discussão são as premissas de que política social é a melhor política criminal?" e política de segurança pública não existe sem respeito aos Direitos Humanos.

A delimitação da discussão faz-se necessária para que não se incida no costumeiro erro de combater a criminalidade pelo enrijecimento da sanção penal, acompanhado de novos tipos penais e, não poucas vezes, de novas leis, sem qualquer compromisso programático. Tais posturas nada mais são do que resultado da manipulação do medo coletivo.

Uma política de segurança pública responsável e própria de um Estado Democrático de Direito apresenta pelo menos duas vertentes bastante definidas: a primeira, destinada ao combate à criminalidade de massas - que é integrada pela criminalidade violenta e ordinária, tendo como modalidades crimes como o roubo, a extorsão, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o homicídio, etc.; a segunda que tem como objetivo o combate à criminalidade organizada, à corrupção, aos renitentes violadores dos bens relacionados ao meio

ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico, artístico, científico, ao terrorismo, etc.

As ferramentas a serem utilizadas em cada uma das formas de criminalidade apontadas são distintas, assim como a percepção delas por parte da sociedade civil organizada.

A criminalidade de massas é a responsável pela sensação de insegurança e impunidade reinantes em nossa sociedade, pois é acessível aos olhos de cada um de nós, podendo ser encontrada a qualquer momento na rua, nos cruzamentos entre avenidas, no trabalho, no supermercado, na escola, etc. É tal forma de criminalidade que encontra eco nos noticiários da mídia que reclama medidas enérgicas e imediatas, quase sempre traduzidas no recrudescimento da lei penal. O Direito Penal e o Processo Penal tradicionais, bem ou mal, encarregam-se de combatê-la escoteiramente, uma vez que não são auxiliados por qualquer forma de política de Estado, apenas recebendo, quando muito, a ajuda de políticas efêmeras e sazonais do governo.

As dogmáticas penal e processual penal,

com o auxílio de políticas de Estado de curto, médio e longo prazo, são instrumentos suficientes ao combate à criminalidade de massa ou ordinária. Todavia, com certa regularidade, as medidas adotadas são sempre de curto prazo e com uma concepção deformada da gravidade que as reclama, posto que se limitam a uma resposta sem compromisso com solução de continuidade.

Daí a advertência de Winfried Hassemer, no sentido de que "a manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta, mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas.".

A política de segurança pública para a criminalidade organizada exige um outro pensar e atuar, que não se satisfazem com a utilização das ferramentas e meios tradicionais, voltados à criminalidade de massas.

Quando se discute criminalidade organizada torna-se imperioso observar

que política de segurança pública não equivale à política policial. A segunda integra a primeira, juntamente com a política criminal e as políticas de Estado de curto, médio e longo prazos."

(...)

"O real combate à criminalidade organizada, por vezes, justifica a flexibilização de alguns direitos e garantias individuais. É justamente nesse aspecto que se situa o ponto mais conflituoso da questão.

Sem medidas de flexibilização, como as interceptações telefônicas e telemáticas, quebra de sigilo fiscal e bancário, infiltração de agentes, não identificação de testemunhas, etc., autorizadas judicialmente, fica praticamente impossível combater a forma de criminalidade discutida. O problema é não transformar essas medidas excepcionais em regra, criando uma espécie de Estado "policialesco", muito próximo do papel desenvolvido pela Gestapo em passado não tão remoto.

O enfrentamento da questão é complexo, pois atinge diretamente direitos e garantias individuais, além de suscitar discussão envolvendo a ética que se

3104

espera de um Estado Democrático de Direito.

O chamado Direito Penal do Inimigo não responde satisfatoriamente a essas questões. Porém, não pode simplesmente ser taxado de totalitário, posto que se dirige, basicamente, a uma dada forma de criminalidade. O balizamento condizente e razoável do problema é a tarefa que deverá ser abraçada e cumprida pelo Direito Penal nas próximas décadas.

Para o enfrentamento convincente da criminalidade organizada, o Direito Penal deve desenvolver políticas de controle das condutas criminosas mediante instrumentos específicos, abandonando dogmas do Direito Penal tradicional e assumindo novos compromissos. Seu campo de combate deve ser outro, priorizando o enfrentamento do perigo, sem esperar a ocorrência do dano; privilegiar a análise das situações de risco permitido ou não, em vez de avaliar passivamente o ofensa ou não a um dado bem jurídico; priorizar a segurança jurídica, com a certeza de que somente com o assessoramento dela poderá ser obtida Justiça no caso concreto.

Para essas formas de criminalidade o Direito Penal deve atuar não como ultima

ratio, mas como prima ratio na solução de conflitos, com a certeza de que só será destinatário de credibilidade social caso mantenha-se atento e concatenado com as constantes mudanças sociais. Pode-se afirmar que se espera a atuação contra a criminalidade por intermédio de duas frentes, uma representada pelo Direito Penal tradicional, destinada à criminalidade de massa, ordinária; e outra dirigida à criminalidade organizada, que deverá contar com um novo conteúdo do Direito Penal, que, por seu turno, deverá se socorrer de novas ferramentas.

No que diz respeito aos crimes eleitorais, quatro providências devem ser adotadas. A primeira delas consiste na revisão crítica de cada um dos crimes eleitorais, buscando identificar se os bens que os tipos penais buscam proteger, poderiam ou não encontrar salvaguarda mais eficaz, desde que passassem a constar unicamente como infrações administrativas na esfera eleitoral. Exemplo: artigos 306, 319, 320, 321 e 335 do Código Eleitoral.

Como segunda providência, alguns crimes eleitorais deveriam ser objeto de ação penal de iniciativa privada, tendo em

vista os bens juridicamente tutelados. Isso evitaria que o Ministério Público Eleitoral fosse utilizado em favor ou detrimento de uma dada candidatura, ao simplesmente atentar para o texto legal, durante o processo eleitoral. Exemplo: os crimes contra a honra em matéria eleitoral.

Como terceira medida deveria ser adotado o princípio da codificação, por intermédio do qual seriam eleitos os principais bens jurídico-penais, cuja proteção passaria a constar do próprio texto do Código Penal. Alguns crimes eleitorais como a corrupção eleitoral ativa e os delitos previstos nos artigos 300 e 301 do Código Eleitoral deveriam ter suas respectivas penas privativas de liberdade sensivelmente majoradas, às quais deveriam ser impostas cumulativamente com a suspensão dos direitos políticos do agente, pelo período de até doze anos. Sem prejuízo do sustentado, tais delitos deveriam ser guindados à categoria de crimes hediondos, suportando, seus agentes, as conseqüências próprias decorrentes da aplicação da Lei nº 8.072/90.

Por fim, a última providência seria inserir a corrupção eleitoral no rol dos

crimes que exige a atuação de um Direito Penal voltado ao combate à criminalidade organizada, com as modificações que exigem tal opção. Enquanto a corrupção eleitoral continuar sendo tratada como forma da criminalidade ordinária, com os meios próprios de um Direito Penal tradicional, a própria existência do Estado, aqui no Brasil arquitetado como Democrático de Direito, estará ameaçada, senão condenada. Essa é a chaga que o Direito Penal tem a obrigação de combater, não contemplar.
PONTE, Antonio Carlos da. Crimes eleitorais. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo, Saraiva, 2010. P. 171-177)

Deve-se destacar a dificuldade na produção de provas nos delitos de organização criminosa e conexos, que de ordinário são formalizados em negócios e atos jurídicos simulados.

"Em apertadíssima síntese, podemos assentar que a nominada criminalidade organizada ostenta características próprias, como, dentre outras, o uso de tecnologia avançada, a divisão funcional e hierárquica das atividades (métodos de administração empresarial no desenvolvimento de atividades ilícitas),

o alto poder de intimidação e o recrutamento de pessoas, a conexão com outras organizações locais e internacionais e a infiltração em instituições públicas, que, em conjunto, dificultam o desmantelamento das organizações criminosas e a identificação/responsabilização penal de seus integrantes.

Desses elementos, um dos mais importantes é a "solidariedade criminosa" - lei do silêncio, por meio do alto poder de intimidação e recrutamento de pessoas - que impera coativamente entre os integrantes das mais diversas organizações delitivas.

Nesse cenário, observa-se uma constante busca de novos meios incrementadores da eficiência do processo penal, sobretudo no campo probatório, tais como: infiltração de agentes públicos nas organizações, ação controlada das atividades das associações delitivas investigadas, métodos eletrônicos de vigilância, interceptação das comunicações ambientais e telefônicas e possibilidade de revelação dos sigilos bancários e fiscais dos investigados/processados, tudo com o objetivo de possibilitar a existência de

robusta prova em juízo sobre os fatos criminosos imputados."
(LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. P.270)

"O crime de lavagem de dinheiro é complexo e de difícil prova.
A ocultação ou a dissimulação de produto do crime são atividades desenvolvidas ele forma a evitar sua detecção pelas autoridades públicas. Não raramente, envolvem a prática de transações financeiras complexas, com o emprego dos subterfúgios possíveis para evitar seu desvelamento, como, por exemplo, a utilização de pessoas interpostas, off-shores ou ainda remessa do numerário ao exterior a fim de dificultar seu rastreamento devido às dificuldades inerentes à cooperação judiciária internacional. Também é prática comum a estruturação das operações de forma a burlar os sistemas de controle, o que é denominado internacionalmente de

smurfing, conforme visto no capítulo 2.6.

O toque final de tais dificuldades consiste na falta, não rara, de preparo ou treinamento específico das autoridades encarregadas ela persecução penal, polícia, procuradores e juízes, para o trato de tal espécie de criminalidade. A estrutura ela investigação e persecução penal está voltada para outra espécie de criminalidade, do tipo clássico, como homicídio ou crimes contra o patrimônio.

De todas as dificuldades probatórias, nada se compara à prova do elemento subjetivo. Prová-lo é algo difícil em todo crime. Tal dificuldade tende a acentuar-se quanto maior for a complexidade do crime, uma vez que esta favorece a apresentação de escusas razoáveis por parte do agente. Apresentar justificativas razoáveis para a prática de complexos atos financeiros que não a intenção criminosa é muito mais fácil do que apresentar justificativas para um crime de homicídio, que é, cm tese, um fato mais terrível, mas igualmente mais singelo.

Diante de tais dificuldades probatórias, há duas saídas possíveis: a) a criação

ele regras probatórias compatíveis com as dificuldades; e/ou b) o incremento dos meios de investigação disponíveis às autoridades públicas.

O conteúdo da recomendação 2.b das Quarenta Recomendações do FATF parece seguir a primeira linha:

> *"A intenção e o conhecimento exigidos para provar o crime de lavagem de dinheiro é consistente com os parâmetros traçados nas Convenções de Viena e Palermo, incluindo o conceito de que o estado mental pode ser inferido de circunstâncias fáticas objetivas",*

Disposição de cunho semelhante é encontrada em tratados internacionais, como no art. 6.°, item 2, "f", da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em 15-11-2000 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.015/2004 ("o conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no § 1° do presente artigo [lavagem ele dinheiro], poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas").

Na mesma linha, encontra-se o art. 28 da Convenção das Nações Unidas contra a

Corrupção de 2003, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.687, de 31-1-2006 ("o conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado ele acordo com a presente Convenção [dentre eles, a lavagem de dinheiro] poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas")." (MORO, Sérgio Fernando. Crime de Lavagem de Dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010. P. 70/72)

No campo tributário, é lição de HELENO TAVEIRA TORRES:

"6. PROVAS DA SIMULAÇÃO E SEUS EFEITOS. O PAPEL DA PRESUNÇÃO E DOS INDÍCIOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Para qualquer pessoa que pretenda cumprir atos simulatórios, seu objetivo será precisamente o de oferecer ao fisco uma aparência de ato, declaração, negócio ou sujeito passivo incompatível com a verdade material que efetivamente persiste. Para o prejudicado, uma prova da simulação consistirá basicamente em determinar a existência de acordo simulatório, indicando o negócio jurídico alegado como mera aparência que dissimula uma relação jurídica de

natureza diversa da que corresponderia ao negócio. Como diz Nuti, a simulação é provada contra a presunção da correspondência entre o declarado e o desejado. Prova-se, assim, a existência das duas normas jurídicas, a que contém o negócio jurídico como conseqüente e a que contempla o acordo de simular. Não há que se falar de falsidade ou aparência. Prova-se uma situação existente, só que divergente da realidade do ato, da declaração, do negócio ou do sujeito passivo dissimulado.

Dada a variedade de hipóteses de simulação, vamos nos concentrar nas provas produzidas pelo fisco, nos casos de simulações cm matéria tributária.

Quanto aos meios para se provar a simulação, todos os meios são relevantes e devem ser considerados, especialmente os das presunções e indícios, que se devem aplicar segundo o devido processo legal disponível para a matéria, cabendo, no caso do procedimento administrativo, o sistema probatório inquisitivo, visando a alcançar a verdade material, com o fisco suportando o ônus da prova, caso a legislação não o transfira para o contribuinte (inversão

do ônus da prova) ou crie casos de presunções, de modo a garantir uma segura apreciação e valoração da prova por parte da autoridade competente.

No que tange à confissão ou à prova testemunhal, nenhuma dúvida se põe quanto à sua utilização nas provas de pactos simulatórios. Como afirma Distaso, bastaria uma demonstração da inteligência ou intenção entre as partes, da cooperação passiva do outro ou aquiescência ou conivência, para que o acordo simulatório pudesse ser provado como um verdadeiro contrato dirigido para agir em aparência. Por isso, a audiência de testemunhas pode ser a única prova para demonstração efetiva de simulação.

Vale lembrar que de há muito está superado o esquema tradicional de busca de uma vontade psicológica das partes, nos atos de interpretação dos negócios jurídicos. Em páginas anteriores, viu-se que a missão do intérprete não é aquela de "aclarar las declaraciones de voluntad", como pretendia Erich Danz, mas sim, agora, concebendo-as como normas jurídicas, prescindindo de qualquer relevância à vontade psicológica. Os fatos, estes não são

apenas interpretados, mas "provados". A busca por elementos de fatos para (re)compor a declaração de vontade constitutiva do acordo simulatório não o é, ainda, ato de interpretação. Todos os elementos obtidos devem ser postos numa composição ordenada, segundo o contexto próprio, para que o intérprete possa ter um "texto" à disposição, visando a extrair dele significados e elaborar significações. E nesse interesse, as provas testemunhais são assaz significativas.

Contudo, nem sempre será fácil para o fisco alcançar os documentos que comprovem o acordo de simular, enquanto prova direta, indo ao conteúdo do negócio jurídico, ou mesmo como memória histórica (prova indireta). Mesmo que dificilmente o fisco encontre provas documentais que evidenciem o acordo de simular, é imprescindível fixar os elementos de fato que compõem o fenômeno simulatório. Por isso, a Administração haverá de valer-se dos indícios deixados, das marcas da enunciaçao reveladas na construção dos fatos simulados. Daí a importância de sua liberdade na busca dos meios de prova e a justificativa para que as limitações