

APLICAÇÃO DO TESTE DE INTEGRIDADE SEM O CONHECIMENTO DO ATOR SOCIAL: INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Paula de Oliveira Gomes¹

Rodrigo Alves da Silva Rodrigues²

Resumo: O trabalho intenciona discorrer sobre o teste de integridade. Mediante pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar sua compatibilidade à luz do ordenamento brasileiro. Objetivos específicos: refletir sobre cientificismo e Direito; abordar a teoria geral das provas; enfrentar a problemática da legitimidade do teste de integridade. O Direito como objeto cultural que é converge ao fim maior da justiça - concebida como valor para a paz construída (a única paz crível e possível). Nesse teatro de operações, situa-se o tema a ser desenvolvido. Conclui-se pela inviabilidade de aplicação do teste sem o prévio conhecimento do ator cognoscente.

Palavras-Chave: teste de integridade; dignidade da pessoa humana; justiça como valor para a paz construída.

Résumé: Le travail comprend la discussion sur le test d'intégrité. À travers des recherches bibliographiques, il est prévu d'analyser leur compatibilité à la lumière de l'ordre brésilien. Objectifs spécifiques: réfléchir sur le scientisme et le droit; aborder la théorie générale de la preuve; traiter de la légitimité des tests

¹ Conselheira Substituta do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte (TCE/RN). Professora. Mestra em Direito Constitucional.

² Auditor de Controle Externo do TCE/RN. Advogado. Pós-Graduando em Processo Penal.

d'intégrité. Le droit en tant qu'objet culturel qui converge vers le plus grand objectif de la justice - une valeur pour la paix construite (la seule paix possible et crédible). Dans ce contexte se situe le thème à développer. Il est conclu qu'il n'est pas possible d'appliquer le test sans la connaissance préalable de l'acteur social.

Mots-Clés: le test d'intégrité; la dignité de la personne humaine; la justice comme valeur pour la paix.

INTRODUÇÃO



Este ensaio - publicado e defendido, em 2019, na IV Conferência Internacional pelo Equilíbrio do Mundo, evento bienal promovido pela Unesco (Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura) - intenciona discorrer sobre o (polêmico) teste de integridade, que consiste em submeter um agente à simulação da vida diária, ofertando-lhe a possibilidade de praticar infrações contra o Poder Público.

O teste – para surtir os efeitos a que (supostamente) se propõe – precisa ser efetivado sem o conhecimento da pessoa. Em caso de incursão em “ilicitude”, há quem chegue a sustentar até a possibilidade de perseguição e responsabilização.

Mediante recursos da pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar a compatibilidade (ou não) desse teste em face do ordenamento constitucional estabelecido no Brasil, pelo que erige a questão orientadora do estudo: o teste de integridade implica sofisticada hipótese de flagrante preparado?

Objetivos específicos: refletir sobre cientificismo e Direito; abordar a teoria geral das provas no Brasil; enfrentar a problemática da legitimidade do teste de integridade no contexto pós-moderno (palco social complexo, plural e de riscos) em contraponto à corrupção (fenômeno não só brasileiro, mas

internacional).

O papel do cientista não é aceitar ou refutar (de plano) novas ideias, mas investigá-las. Com esse espírito, espera-se estimular o necessário diálogo. Trata-se de tema inquietante, o que justifica o corrente estudo e, claro, análises posteriores. O Direito - como objeto cultural que é - converge ao fim maior da justiça - concebida como valor para a paz construída - a única paz crível e possível.

1) CIENTIFICISMO E DIREITO

O corrente item objetiva inter-relacionar conhecimento científico e Direito - ambiente em que se inserirá a principiologia geral das provas no Brasil. A seção corresponde ao primeiro objetivo específico do estudo. Conhecimento (científico) – em sentido amplo - expressa relação sujeito-objeto.

A princípio, adverte-se o óbvio (mas o óbvio precisa ser dito no Brasil): ao se desconhecer algo, deve-se abranger o máximo que se possa obter/alcançar/enxergar em termos de variáveis a serem investigadas. O conhecimento científico não pode desconsiderar suas fragilidades e incompletudes.

Nesse contexto, pode-se ratificar que o ator cognoscente é sempre capaz de compreender (amiúde) o objeto cognoscível no estado de arte da modernidade reflexiva - ambiente social plural e de risco? Reflete o positivista Pontes Filho ([s. d.], p. 1):

[...] é possível ou não ao homem, com sua inteligência e razão, conhecer os objetos ou as coisas completamente, tais quais eles e elas são em sua essência? Ou, em outras palavras: se as coisas cognoscíveis têm mesmo uma essência, ser-nos-á dado o privilégio de nela penetrar, desvendando-a por inteiro?

A problemática relativa à possibilidade do conhecimento humano também é investigada por Hessen (1999, p. 27): “Distinguimos correspondentemente um conhecimento espiritual e um conhecimento sensível. A fonte do primeiro é a razão; a do segundo, a experiência”. Nesse diapasão, opta-se por não

precisar verdade científica absoluta. Sobre a relação conhecimento-ciência, cite-se Marques Neto (2001, p.51-52):

Ciência é essencialmente teoria. É teoria que constitui o objeto de conhecimento; é através dela que se elaboram os métodos condizentes com a natureza de cada pesquisa; é ela que se aplica nas realizações práticas, técnicas [...]; é finalmente, em função dela que a realidade pode apresentar algum sentido.

No processo de busca de sentido para a realidade, não se nega a existência de fragilidades humanas (supostamente) controladas, posicionamento condizente com o perfil do cientista-investigador - cômico da missão da Ciência: aproximar-se da verdade. Para Ubaldi (2015, p. 30), “[...] a verdade é relativa e progressiva [...]”. Explica o autor que o processo de início, desenvolvimento e conclusão do pensamento depende da maturidade dos atores envolvidos. Reforça Popper (1982, p. 251):

Uma grande vantagem da teoria da verdade objetiva ou absoluta é que ela nos permite dizer – acompanhando Xenófanes – que buscamos a verdade mas podemos não saber quando a encontramos; que não dispomos de um critério para reconhecê-la, mas que somos orientados assim mesmo pela ideia da verdade como um princípio regulador (Kant ou Pierce o chamariam assim); e que, embora não hajam critérios gerais para reconhecer a verdade – exceto talvez a verdade tautológica – há sem dúvida critérios para definir o progresso feito na sua aproximação.

O conhecimento jurídico se aproxima da relação dialética: o ser (realidade social) representa o modelo do dever-ser (norma). A norma, ao incidir sobre o fato (valorado socialmente), produz o direito-relação. Observa Vasconcelos (2000, p.32):

[...] ser e dever-ser são apenas momentos de transição [...] o ser dá origem ao dever-ser, como o dever-ser converte-se no ser, e assim indefinidamente. Essa dialeticidade entre ser e dever-ser tem sentido especial para o conhecimento humano, sendo o homem mesmo um ser de múltiplos contrastes.

Nesse processo de aproximação da verdade (considerando as antíteses humanas e as relações dialéticas), insere-se o Direito, que não pode ser compreendido cartesianamente. Trata-

se de Ciência Social tomada em aspeto jurídico-dialético. Opera com a palavra, com o discurso. Esclarece Demo (2000, p. 14):

A dialética considera a realidade intrinsecamente contraditória, porque sua dinâmica é tipicamente contrária. Não existe apenas a dinâmica linear, que vai de ponto a ponto em linha reta, ou a dinâmica circular, que gira em torno de ponto de modo uniforme, mas sobretudo a complexa e não linear, que, mesmo manifestando regularidades, é dinâmica por causa das irregularidades.

Teoria, discurso e prática são interdependentes. A Ciência do Direito não tem como se distanciar do mundo real. Sintetiza Vasconcelos (2000, p. 37) com substrato no pensamento de Edgar Morin, pesquisador da complexidade:

Edgar Morin sumaria tudo que aí ficou dito em frase lapidar, lançada de improviso numa entrevista: As teorias científicas 'não são reflexos do real, mas sim projeções do espírito humano sobre esse real. [...] 'O que nós captamos do mundo não é o objeto menos nós, mas o objeto visto e observado, co-produto por nós.

Contemporaneamente, discute-se o pós-positivismo, fenômeno em construção: nova forma de encarar o positivismo jurídico, fruto da aproximação entre o direito natural (ordem suprapositiva) e o direito positivo. Para Moura (2013, p. 35):

Deu-se início, portanto, à construção de um novo movimento jusfilosófico: o pós-positivismo. Esse movimento não significou um retorno ao jus naturalismo, mas importou [...] uma maior aproximação do Direito com a ética e com a Moral, nominada virada kantiana.

Explique-se: o direito natural obtém o fundamento de validade na metafísica (vontade divina ou razão, a partir do contexto histórico vivenciado). De certa forma, o Iluminismo - fundado na valorização da razão humana - contribuiu para o declínio do direito natural, na medida em que alicerçou o fundamento ideológico do movimento de codificação do Direito. O direito positivo obtém fundamento de validade na norma (isso na visão kelseniana). Passa-se, agora, à principiologia geral das provas no Brasil.

2) TEORIA GERAL DAS PROVAS NO BRASIL

A seção corresponde ao segundo objetivo específico do estudo. Intenciona discorrer sobre a teoria geral das provas no Brasil. Prescreve a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 - novo Código de Processo Civil (CPC):

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

As provas gravitam em torno de fatos controvertidos. É objeto de prova qualquer fato relevante alegado por um polo e impugnado pela parte adversa. Não havendo impugnação, ocorrerá o fenômeno da preclusão. Ultrapassa-se a fase, a marcha processual segue-se adiante.

No processo civil vigente, em tese, cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do direito pretendido; ao réu, alegar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito da parte promovente.

O princípio da isonomia parte da ideia de que casos similares devem receber idêntico tratamento (segurança jurídica). Se violado, com o propósito de garantir a coerência lógica do sistema, deflagra-se o incidente de assunção de competência para minimizar a discrepância decisória no tocante a questões de direito com repercussão social.

Na sistemática do novo Código de Processo Civil (CPC), admite-se articulação do incidente preventivamente. Quer

objetivando a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal quer preventivamente, almeja minimizar discrepância nas decisões. A partir da instauração do incidente, mostra-se prudente a suspensão de pleitos que versarem sobre a mesma matéria até a solução da controvérsia suscitada. Proferido acórdão no âmbito do incidente, haverá vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários a ele submetidos, ressalvando-se a revisão de teses.

O princípio da imprescindibilidade da prova sustenta que esta deve ser necessária, relevante ao convencimento do julgador, o que se mostra a serviço das garantias constitucionais do contraditório (equilíbrio da dialética processual) e da ampla defesa (meios de resposta por parte de autor e réu).

Licitude e probidade balizam que as provas obtenham substrato no ordenamento jurídico de modo legítimo, idôneo, sem olvidar adequação moral. Proibição concerne ao dever jurídico (positivado no art. 2º, IV, da Lei 9.784/1999). A ideia elementar de licitude decorre da sistemática constitucional como direito fundamental.

Trata-se da máxima jurídica de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o que guarda raízes em Kelsen. Esclarece Pontes Filho ([s. d.], p. 1), estudioso do pensamento kelseniano:

[...] é necessário chamar a atenção para algo que aos leigos em geral passa despercebido: a presença e importância do Direito em todos os momentos da vida de cada um de nós, na medida em que as condutas humanas, sem exceção, sejam elas positivas ou negativas (exteriorizem-se elas, portanto, em ações ou omissões), estão juridicamente reguladas. Mesmo aquelas que pareçam comuns e repetitivas. Isto porque uma conduta pode ser (pelo Direito) considerada obrigatória (por exemplo, ato de votar, para os maiores de dezoito anos), ou proibida (o ato de ultrapassar um semáforo vermelho). Mas se não for uma coisa nem outra (nem obrigatória nem proibida), será, por via de consequência, permitida. Nos dois primeiros casos, estar-se-á agindo como campo, respetivamente, da legalidade ou da ilegalidade. Na última hipótese, no campo da mera licitude.

Por falar em direitos fundamentais, possuem planos de eficácia horizontal (relação entre particulares) e vertical (relação Estado-ator social). A eficácia vertical significa a existência de liberdades individuais que devem ser levadas em consideração pelo Poder Público. A teoria da eficácia horizontal adota por destinatárias as pessoas físicas e/ou jurídicas em suas relações entre pares (o antecedente foi o caso Lüth - 1958, na Alemanha, pioneiro na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas).

O princípio da cooperação abrange perspectivas internacional e nacional. No primeiro caso, a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faça parte. Observará critérios definidos no novo Código de Processo Civil (CPC - art. 26) e na Constituição (art. 5º §§ 2º e 3º). Na dimensão interna, consubstancia o dever de recíproca cooperação entre magistrados e servidores da função judiciária (estadual ou federal) - especializada ou comum - em quaisquer instâncias e graus de jurisdição (nos tribunais superiores inclusive) - inteligência do art. 67 do CPC vigente.

A oralidade norteia as etapas de conciliação e mediação, visando a agilizar atos processuais. O princípio da aquisição disciplina que a prova não pertence à parte, mas ao processo (ideia de comunhão das provas na apuração da verdade). Nesse sentido, mesmo que a prova seja produzida por um dos polos da relação processual, pode ser utilizada pela outra parte.

O livre convencimento motivado é basilar à teoria geral do processo no ordenamento brasileiro. Prescreve ser discricionária a atividade do julgador na sistemática de valoração das provas, havendo o dever de fundamentação da decisão proferida com base nos fatos trazidos a exame segundo olhar jurídico. Ideia-chave: livre convencimento (motivado, frise-se) com suporte no lastro probatório para gerar o convencimento sobre a verdade dos fatos.

Em suma, pode-se afirmar que a principiologia

mencionada se funde na garantia constitucional do devido processo legal – corolário processual. Compreendidas as regras gerais, volta-se o exame a aspectos ínsitos à matéria penal e processual penal.

Prescreve a Constituição Federal vigente: “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”. Sobre o ex-certo da Lei Maior, comenta Nucci (2010, p. 80): “[...] vasta possibilidade do acusado se defender, propor e questionar provas, participar e intervir em todos os atos judiciais”. O princípio da dignidade da pessoa humana consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Lei Política).

Historicamente, verificam-se diversos sistemas de valoração probatória no processo penal mundial: a) convencimento íntimo do magistrado ou certeza moral do magistrado - defensor da ideia de que o juiz não precisa fundamentar sua decisão; b) provas legais (ou provas tarifadas ou certeza moral do legislador ou convencimento íntimo do legislador) - concede à lei o papel de afirmar o peso de cada prova; c) livre convencimento motivado do magistrado (ou persuasão racional) - adotado no Brasil por força do art. 93, IX, da Constituição da República:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A regra não é absoluta. Há exceção: o júri. Nesse caso, os jurados não precisam (nem podem) fundamentar a decisão. Ao tribunal do júri são assegurados: a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos; a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Outro aspecto merecedor de destaque é o Código de Processo Penal

(CPP) regradar os poderes instrutórios do juiz, ao positivizar a sistemática da prova antecipada:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I– ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II– determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A prova antecipada ocorre em situação de *periculum in mora*. É produzida pelo juiz em caso de relevância e urgência, na fase da investigação, devendo observar critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade. A título de exemplo: a testemunha-chave padece de doença em estado terminal. Nesse caso, o juiz pode designar audiência mesmo antes de iniciar o processo. Devem estar presentes o magistrado, o Ministério Público, o réu e o defensor, tudo em atenção à garantia do contraditório.

O art. 156, inciso II, abre a possibilidade de iniciativa probatória por parte do magistrado em caso de fundada dúvida sobre aspecto relevante. Por causa desse dispositivo, há quem chegue a defender ser o sistema penal brasileiro formalmente acusatório, mas materialmente inquisitivo.

Quanto ao ônus probatório, cabe à acusação produzir prova em relação à materialidade (existência do crime), autoria ou participação, causas de aumento de pena, circunstâncias agravantes e, para a doutrina majoritária, dolo ou culpa. Acresça-se preponderar a máxima do *nemo tenetur se detegere*, isto é, de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si (*Miranda Rights*).

Nesse teatro de operações, à defesa, cabe provar excluídas de ilicitude e de culpabilidade; causas de diminuição de pena (minorantes); circunstâncias atenuantes; causas de extinção da punibilidade (morte do agente, prescrição, decadência).

Segundo entendimento minoritário, a sistemática adotada na distribuição da carga probatória se mostra inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência, o que implicaria total ônus probatório à acusação. Bastaria, então, à defesa tecer alegações sem necessidade de prová-las haja vista a presunção de não culpabilidade do réu. O problema é que, pensando exclusivamente dessa forma, poderia acarretar à acusação incursão em prova diabólica – prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, a exemplo da prova de fato negativo.

Não se pode deixar de registrar, por oportuno, a teorização atinente à prova vedada, pelo que se distinguem: prova ilícita em sentido estrito, aquela que apresenta desconformidade com o direito material (a exemplo da confissão obtida mediante tortura); prova ilegítima, pertinente à falta de conformidade com o direito processual (a título ilustrativo: oitiva testemunhal invertida).

A lei adjetiva penal (art. 157), sinteticamente, compreende a prova ilícita como violação às leis e à Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgados seus, admite a prova ilícita em benefício do réu, com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Outro aspeto desafiador, importado do ordenamento jurídico norte-americano e incorporado ao processo penal brasileiro, concerne à teoria *fruits of the poisonous tree*, ou seja, “frutos da árvore envenenada”. Significa que a prova lícita, derivada da ilícita, é por esta contaminada. Exceções: a) quando a fonte for absolutamente independente – nesse caso, a prova lícita não deriva da ilícita; b) descoberta inevitável - a prova lícita deriva da ilícita, mas, com ou sem ela, seria produzida.

Em ambas hipóteses são admitidas processualmente. Sob outro prisma analítico, conhecendo da prova ilícita, pode o juiz julgar o fato, posto que o CPP não adotou a teoria da contaminação do entendimento. Explicando melhor: ao tomar contato

com a prova ilícita, o magistrado deve determinar o seu desentranhamento. Preclusa a decisão, ordenar a inutilização da prova.

Consigne-se que o ordenamento jurídico pátrio permite a produção inominada de provas. Em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*, também admite que se ingresse, mais de uma vez, com eventual revisão criminal - se houver novas provas. Nesse momento, mostram-se oportunas as reflexões de Pontes Filho ([s. d.], p. 8):

Afinal, primeiro é preciso que se esclareça algo: o verdadeiro jurista não é aquele que ‘sabe’ leis ou definições de cor, assim como o verdadeiro matemático não será o que decorou todas as fórmulas de cálculo indicadas nos compêndios, já que elas certamente estarão na memória de seu notebook. Cientista do Direito será, na verdade, aquele que se mune do arsenal de conhecimentos necessários para, em primeiro lugar, responder a indagações do tipo: o que é Direito e o que é norma jurídica? Por qual razão e para que existem um e outra? Como proceder à sua interpretação e aplicação? Bem manuseando as noções básicas da Teoria Geral, da Filosofia do Direito e da Hermenêutica Jurídica, terá ele, então, condições de lidar com as normas jurídicas positivadas, cuidando de proceder à sua adequada exegese e aplicação. Nunca se deve olvidar, enfim, que não é possível aplicar a lei em si mesma, mas a interpretação que dela se faz!

Já marchando para o encerramento da seção, destaque-se que, no Brasil hoje, prepondera a estrutura jurídica do *civil law* (em diálogo com a sistemática de precedentes típica do *common law*). *Civil law* é a estrutura jurídica em que o texto da lei é a fonte formal primária do Direito. *Common law* - mais utilizado por países de origem anglo-saxônica, a exemplo dos Estados Unidos e Inglaterra – implica estrutura jurídica em que o Direito mais se fundamenta na jurisprudência (menos no texto da lei).

O modelo brasileiro é, pois, sincrético. Dada por vencida a imprescindível etapa de contextualização mediante o inter-relacionamento conhecimento científico e Direito - ambiente em que se inseriu a principiologia geral das provas no Brasil - a próxima seção investigará o ponto nuclear da pesquisa: o teste de

integridade.

3) O TESTE DE INTEGRIDADE

O tópico corresponde ao terceiro e último objetivo específico do trabalho. Inicialmente, conceitue-se o denominado teste de integridade: consiste em submeter um agente à simulação da vida diária, facultando-lhe a prática de infrações sociais. Segundo Oliveira (2018, p.1):

Existem duas modalidades conhecidas de teste de integridade – o aleatório ou randômico e o dirigido ou direcionado. Basicamente, a diferença entre os dois reside na forma de escolha do indivíduo a ser testado: no primeiro tipo, o agente é escolhido aleatoriamente e, no segundo tipo, será submetido ao teste aquele indivíduo cuja conduta já esteja sob suspeita.

Embora seja novidade no Brasil, o teste de integridade já é aplicado em países como Estados Unidos, Austrália, Reino Unido, Geórgia e Hong Kong. Além disso, diversas organizações internacionais de relevância recomendam a aplicação do teste: o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Banco Mundial e a Transparência Internacional.

A articulista chega a admitir que o teste – para surtir os efeitos a que se propõe – deva ser efetivado sem o conhecimento do ator social. A cada dia, é amplamente noticiado pelas mídias nacionais o cenário de corrupção crônica que assola o país, o que desafia medidas preventivas e repressivas no enfrentamento do problema. O preço da corrupção, no Brasil, chega à cifra de R\$ 69 bilhões por ano:

Um estudo realizado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia (Decomtec) da Fiesp (Federação das Indústrias de São Paulo) revelou os prejuízos econômicos e sociais que a corrupção causa ao País. O valor chega a R\$ 69 bilhões de reais por ano.

[...] Entre 180 países, o Brasil está na 75ª colocação, no ranking da corrupção elaborado pela Transparência Internacional.

Numa escala de zero a 10, sendo que números mais altos representam países menos corruptos, o Brasil tem nota 3,7. A média mundial é 4,03 pontos. Além disso, o levantamento também traz simulações de quanto a União poderia investir, em diversas áreas econômicas e sociais, caso a corrupção fosse menos elevada [...] (grifo original).

Fonte: <<https://sindjufe-mt.jusbrasil.com.br/noticias/2925465/o-preco-da-corrupcao-no-brasil-valor-chega-a-r-69-bilhoes-de-reais-por-ano>>. Acesso em: 14.abr.2018.

Como visto, o custo da corrupção sistêmica é alarmante. Onera os contribuintes, sendo corriqueiro sua inclusão nas avenças públicas. Trata-se de falha de governo. Estudada pela economia do setor público, consiste em fenômeno mundial destruidor da credibilidade democrática. No Brasil, atenta imediatamente contra os princípios basilares da Administração Pública.

A “necessidade” de gerar dinheiro com o propósito de pagar propina afeta imediatamente as alocações orçamentárias. Por óbvio, torna o gasto público ineficiente, o que compromete o bem-estar coletivo. Nesse contexto, o teste de integridade seria uma medida preventiva adequada para o enfrentamento do quadro de corrupção generalizado por que passa o Brasil?

Os defensores do teste de integridade advogam que sim. Com a aplicação do teste, o ilícito nem chegaria a ocorrer. Admitindo que essa “vacina” seja, de fato, potente no combate à corrupção, o remédio se harmoniza com o regime democrático constitucionalmente estabelecido?

No sistema processual estabelecido constitucionalmente, o julgador é o destinatário da prova, podendo (inclusive) recusar as consideradas protelatórias, irrelevantes ou impertinentes – inteligência do art. 400 §1º da lei adjetiva penal pátria.

A presunção de inocência é princípio nuclear do direito sancionador em termos de Brasil. Verdadeiro escudo contra a punição prematura. Inclusive, positivado no Estatuto de Roma, tendo o Brasil internalizado suas diretivas (o Decreto 4.388/2002 promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional):

Artigo 66

Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

O fato típico é o primeiro substrato do crime. Para se ter responsabilização penal, é elementar haver conduta. O fato típico representa um fato humano indesejado (norteadado pelo princípio da intervenção mínima). Consiste em conduta (comissiva ou omissiva) produtora de resultado que se ajusta (formal e materialmente) ao direito penal. É o fato humano descrito abstratamente na lei como violador da norma penal.

São elementos do fato típico: conduta; resultado; nexos causal entre a conduta e o resultado; tipicidade (subsunção do fato à norma penal incriminadora). Na falta de um desses elementos, o fato será atípico. Logo, inexistente crime, pelo que se mostra completamente incompatível com o direito brasileiro o intitulado teste de integridade por afronta imediata ao princípio da ofensividade.

Por outro lado, no *iter criminis*, identificam-se as seguintes etapas: cogitação, atos preparatórios, atos executórios (se interrompidos, pune-se a tentativa a princípio), consumação. No Brasil, a fase de cogitação não é punível. A razão é simples: não se pode punir pelo que – hipoteticamente – poderia vir a ocorrer. O teste de integridade visa a “sindicalizar” a possibilidade de cogitação, o que se mostra incompatível com o princípio da lesividade, haja vista a vedação à incriminação de uma atitude interna ao sujeito e a proibição de incriminação até à conduta que não exceda o âmbito do ator social.

Possui – no âmago – um quê de eugenia, de superioridade de quem se colocou (ou foi colocado) na posição de investigador sobre o investigado. Em muito até lembra experimentos nazistas e os controversos experimentos psicológicos de Stanley

Milgram (objetos de filme inclusive) – experimentos de obediência inspirados pelos eventos do Holocausto. Também recorda a trama explicitada no filme “O Relutante Fundamentalista”, em que um jovem paquistanês chega aos Estados Unidos em busca do sonho americano. Tudo transcorre dentro do previsível até que os atentados de 11 de setembro o transformam em suspeito.

Saindo da ficção e retomando o assunto, em termos práticos, o teste de integridade transforma alguém em suspeito. Esse “teste” se aproxima de (ilegal) hipótese de flagrante preparado, caso em que o “autor” é induzido à prática delituosa por obra de um agente provocador. Tem-se, na verdade, infração impossível (ineficácia absoluta do meio).

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (Súmula 145). E não poderia o enunciado dispor de modo diverso. O flagrante preparado aniquila com a dignidade da pessoa. Lembrando que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Lei Maior em vigor).

Esquemas de corrupção sistêmica desafiam o recrudescimento de métodos especiais de investigação com substrato legal, a exemplo da colaboração premiada e da prisão cautelar, que devem ser utilizados como medida necessária (e não arbitrária). A ideia é romper com o ciclo vicioso e não perpetuá-lo. Nesse aspecto, a liberdade de expressão deve ser estimulada (e não inibida).

Por outro lado, admitindo-se a quase absurda hipótese de algo parecido com esse teste vir a ser positivado, pode e deve ser objeto de controle de constitucionalidade, posto que o princípio da proibição do retrocesso evita que o legislador venha a derrogar diploma (s) infraconstitucional (is) convergente (s) à efetivação dos direitos fundamentais. Em perspectiva mais ampla, em se tratando de tutela aos direitos humanos, não deve haver retrocesso. As proteções dos indivíduos só podem avançar (núcleo

principiológico da vedação do retrocesso).

Caso o “teste de integridade” (absurdamente) venha a ser utilizado, o resultado será um nada jurídico, visto que em flagrante incompatibilidade com os direitos fundamentais. Ademais, pode ensejar incursão na sistemática de responsabilização estatal objetiva com possibilidade de regresso em desfavor do agente responsável (nesse caso, o dolo direto ou eventual é bem evidente), tudo com fundamento de validade no art. 37 §6º da Lei Política vigente.

Desde Aristóteles já se sabe que a função da lei é consagrar a justiça (ou impedir que reine a injustiça). A partir de Kant, a pessoa humana é núcleo da filosofia. Proclamou-a como fim absoluto, jamais meio. O respeito à pessoa se deve a sua dignidade. Logo, irreduzível a valor relativo, a um preço.

O “teste de integridade” colabora para destruição do conceito de pessoa. Uma simples piada pode vir a ser objeto de desconfiança. O que a pessoa pensar e/ou verbalizar, potencialmente, a depender do “supervisor de plantão” pode ensejar presunção de culpabilidade. Que democracia é essa? Não é ético carimbar/rotular os atores sociais como possíveis infratores. Não é ético rotular o ser como possível antiético. Sendo a justiça valor para concretização da paz, o teste de integridade implica insegurança na pacificação das relações sociais.

CONCLUSÃO

Será possível compreender o fenômeno jurídico sem utilizar critério axiológico algum? A Ciência Jurídica está imune à influência dos preceitos morais e éticos? Espera-se que a pesquisa tenha proporcionado reflexão a respeito da justiça como valor axiológico para a paz construída – única paz possível e crível em suas dimensões individuais, sociais e ambientais. A paz não existe isoladamente.

O Direito, como objeto cultural e espécie do gênero ética,

converge a fim maior: justiça no processo de compartição da liberdade, dando a cada um o que é seu segundo as regras vigentes. Distanciar-se desse plano de análise é extremamente perigoso. Incorre-se na probabilidade de que o Direito sirva à insensível (e carreirística) tecnoburocracia garantidora do *status quo*, justificando qualquer decisão, não raras vezes, hercúlea (simbolicamente) para corresponder ao anseio de resposta da sociedade.

As questões morais e filosóficas trazem reflexões jurídicas de considerável relevância. O fim maior de qualquer teoria é aprimorar a prática, especialmente, no enfrentamento das complexas questões da pós-modernidade (palco da sociedade plural e de riscos). Há que se ter sempre em mente que o Direito não constitui fim em si. Trata-se de instrumento, meio de promoção do bem comum, do bem servir ao próximo, de respeitar sua dignidade seja ele quem for. Converge à construção da paz, sendo a justiça critério axiológico subjacente.

O nazismo alemão, o fascismo italiano - bem como os regimes autoritários no Brasil - serviram-se largamente das conveniências dos discursos e práticas supostamente “consensuados”. Não raras vezes, surgem de modo tímido e aos poucos ganham força, como parece ser o caso do intitulado teste de integridade. Queira Deus que seja apenas mais um modismo (ou achismo) passageiro da sociedade líquida.

A crise moral e, como decorrência lógica e imediata, o problema da corrupção (falha de governo reconhecida pela economia do setor público) significam que o Brasil repete equívocos seculares. De certa forma, cenário previsível em razão do histórico modelo de colonização de exploração.

O que falta ao país é educação em sentido amplo (o que se distingue de formação apenas intelectual). Urge formar intelectual e moralmente. É preciso fomentar educação para moralidade. Enquanto o Brasil não formar seres humanos, não prosperará em seus desafios – a começar pela superação do estado de

subdesenvolvimento (produto de séculos). No estado de arte atual, associadas às medidas preventivas e repressivas de combate à corrupção, a transparência das ações públicas consubstancia eficaz “remédio” a favor da hígida aplicação dos dinheiros públicos. Os mandatários públicos precisam sentir-se vigiados. Contra as trevas, a resposta é a luz.

Porém, sob “a bandeira” da necessidade de adoção de medidas preventivas e repressivas de combate à corrupção, não se pode legitimar algo completamente incompatível com o direito brasileiro sob pena de mutilação do princípio da ofensividade - princípio consagrado no Estatuto de Roma (o Brasil o intenalizou ao ordenamento pátrio).

Por força do princípio da responsabilidade subjetiva não basta que o fato seja materialmente causado pelo agente. Para que se possa deflagrar a instância de investigação/responsabilização impera que o fato tenha sido querido (dolo) ou, pelo menos, que tenha sido previsível o resultado (culpa).

O pressuposto científico resta confirmado: o teste de integridade implica sofisticada hipótese de flagrante preparado, pelo que não se perfectibiliza com o ordenamento constitucional estabelecido após o advento da Constituição de República de 1988, que abriu espaço para diálogos entre o *civil law* e o *common law*. Não há lei ou construção jurisprudencial que o legitime hoje.

E mais: admitindo-se a quase absurda hipótese de algo parecido com esse teste vir a ser positivado, pode e deve ser objeto de controle de constitucionalidade. Em jogo está a efetividade dos direitos fundamentais. Certamente, se o “teste de integridade” houvesse sido pensado para o contexto de exceção anterior (1964 a 1984) teria grande utilidade para o regime autoritário.

Como (aparentemente) se vive em Estado Democrático de Direito, caso o “teste” (absurdamente) venha a ser utilizado, ensejará aplicação da sistemática de responsabilização estatal

objetiva, com possibilidade de regresso em desfavor do agente responsável.

Não raras vezes, o que parece discurso do absurdo ganha força na suposta modernidade reflexiva. O denominado teste de integridade bem ilustra o fenômeno, que mais se aproxima de paranoia (ou síndrome) da conspiração. Não se pode “brincar” com a dignidade da pessoa humana sob qualquer pretexto. O princípio da vedação ao retrocesso é de caráter absoluto. Não admite mitigações. Não se pode abraçar niilismo jurídico em pleno Terceiro Milênio.

A maior conclusão do ensaio remonta a Kant: a pessoa não deve ser tratada como meio (coisa), mas como fim. Isso é sempre falado e escrito. Contudo, pouco praticado, sobretudo, em nações subdesenvolvidas (a exemplo, claro, do Brasil), pelo que impera resistir a qualquer forma de arbitrariedade do poder.

Que novas pesquisas tragam luz e razoabilidade aos debates jurídicos e políticos. Não é ético carimbar ninguém de antiético. A título de sugestão científica, recomendam-se investigações sobre a possibilidade/viabilidade/adequação de utilização dessa ferramenta no processo educacional brasileiro, bem como nos cursos de formação e aprimoramento oferecidos aos servidores públicos no país, desde que necessariamente retificada conforme os ditames dos direitos fundamentais e com o prévio conhecimento do ator social.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. DIN.CE. Fortaleza, 2017.
- _____. *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20.abr.2016.

- _____. *Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 2.maio.2016.
- _____. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 14.abr.2018.
- _____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20.abr.2018.
- DEMO, Pedro. *Metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 5.maio.2018.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOURA, Maria Marília O. C. de. *Neoconstitucionalismo: conceitualização, cenários da eclosão do fenômeno e principais institutos*. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2013. p. 25-45.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prática forense penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PONTES FILHO, Valmir. *Uma visão natural do Direito*. [Mimeo]. Fortaleza: [s.n.], [s. d.].
- _____. *O problema do conhecimento*. [Mimeo]. Fortaleza: [s.n.], [s. d.].
- POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico*. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- UBALDI, Pietro. *Pensamentos*. Tradução de Vasco de Castro

Ferraz. 4. ed. Campos dos Goytacazes, RJ: Instituto Pietro Ubaldi, 2015.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Que é uma teoria jurídico-científica?* Revista da OAB-CE, v.27, n.4, p. 27-45, 2000.

SÍTIOS CONSULTADOS

<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22275/18887>>. Acesso em: 30.dez.2017.

<<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/165/og/1/materia/534578/t/o-teste-de-integridade-na-luta-contra-a-corrupcao/>>. Acesso em: 5.abr.2018.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 8.abr.2018.

<https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=Zjzk&hdnRefid=768adb524f411bc08fa92e2ec9ee61aa&selForma=NU&txtValor=50465129420164047000&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=PR&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 11.abr.2018.

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html>>. Acesso em: 11.abr.2018.

<https://brasil.mylex.net/legislacao/codigo-processo-civil-novo-cpc-art376_57844.html>. Acesso em: 11.abr.2018.

<<https://sindjufe-mt.jusbrasil.com.br/noticias/2925465/o-preco-da-corrupcao-no-brasil-valor-chega-a-r-69-bilhoes-de-reais-por-ano>>. Acesso em: 14.abr.2018.