

TESTES DE INTEGRIDADE: CONTROVÉRSIAS E (RE)PROPOSTA PARA O DIREITO BRASILEIRO

INTEGRITY TESTS: CONTROVERSIES AND (RE)PROPOSAL FOR BRAZILIAN LAW

Marcelo Malheiro Cerqueira

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha - Espanha. Mestre em Direito pela UFMG. Procurador da República – MPF. Orientador pedagógico e professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

RESUMO

Os testes de integridade são recomendados por vários organismos internacionais como importante e eficaz ferramenta no enfrentamento da corrupção. As experiências de diversos países com a aplicação de tais testes apresentam resultados positivos na prevenção e repressão da corrupção. O presente artigo visa a examinar de forma crítica as controvérsias sobre a constitucionalidade e necessidade da eventual incorporação dos testes de integridade dos agentes públicos no direito brasileiro, analisando seus reflexos nas esferas cível, criminal e administrativa.

Palavras-Chave: Corrupção; Testes de integridade; Flagrante preparado; Crime impossível.

ABSTRACT

Integrity tests are recommended by several international organizations as an important and effective tool in fighting corruption. The experiences of several countries with the application of such tests show positive results in the prevention and repression of corruption. This article aims to critically examine the controversies about the constitutionality and the need for the eventual incorporation of integrity tests for public agents in Brazilian law, analyzing their consequences in the civil, criminal and administrative spheres.

Keywords: Corruption; Integrity tests; Entrapment; Impossible crime.

1. INTRODUÇÃO

Em 2016, como desdobramento das denominadas “10 Medidas Contra a Corrupção”, foi proposta a regulamentação dos testes de integridade no direito brasileiro por meio do Projeto de Lei nº 4.850. A figura tem origem no direito comparado e consiste,

em síntese, na simulação de situações, sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para o cometimento de ilícitos contra a Administração Pública. Trata-se de técnica especial de investigação cujos resultados podem servir de meio de prova para finalidades diversas (cíveis, administrativas ou penais).

A proposta causou intensa controvérsia e acabou sendo excluída do pacote anticorrupção antes da sua votação em plenário¹. Houve forte – e juridicamente pertinente – objeção doutrinária no sentido de que os testes configurariam hipótese de flagrante provocado ou preparado e, portanto, crime impossível. Entretanto, algumas das críticas efetuadas em sentido contrário à proposta pautaram-se em concepções corporativas, com conteúdo jurídico extremamente superficial e, por vezes, deturpadores da essência do instituto e dos seus objetivos².

O presente artigo visa a examinar de forma crítica a constitucionalidade e a legalidade da eventual incorporação ao direito brasileiro do teste de integridade dos agentes públicos, como mecanismo de prevenção e enfrentamento da corrupção nas esferas cível, criminal e administrativa. Tal análise parte, necessariamente, da compreensão do instituto sob a roupagem constitucional democrática que não se limita a proibir o excesso do Estado, mas que também lhe exige uma atuação eficiente em prol da realização de direitos e garantias.

2. DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO ESTATAL À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Durante o período da ditadura militar (1964 a 1985), o Estado brasileiro investiu severamente contra os direitos humanos. Foram tolhidas dos cidadãos liberdades básicas, como a livre manifestação do pensamento. Aos opositores do regime ditatorial restava a

¹ A votação do pacote em plenário na Câmara dos Deputados acabou desfigurando completamente a proposta original. Ela ocorreu na madrugada do dia 30 de novembro de 2016, durante uma forte comoção nacional decorrente da tragédia envolvendo o acidente de avião com a delegação do clube de futebol Chapecoense.

² Essas críticas, superficiais ou não, decorreram de uma oposição generalizada, por alguns setores, à campanha intitulada “10 medidas contra a corrupção”, que foi encampada pelo Ministério Público Federal como desdobramento da Operação Lava Jato. A proposta de regulamentação dos testes de integridade era uma das medidas previstas na referida campanha.

opressiva perseguição estatal, inúmeras vezes mediante uso injustificado e descomedido da força.

Ao Direito, se não resta a possibilidade de refazer o passado, cabe a missão de determinar a reparação dos danos causados e de consolidar novas estruturas capazes de impedir que erros semelhantes se repitam.

A partir da promulgação da Constituição da República em 1988, a postura estatal em relação aos cidadãos sofreu uma guinada radical. Diante da previsão constitucional de respeito a um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, o Estado viu-se forçado a abandonar, imediatamente, suas estruturas e diretrizes ditatoriais; de outro lado, foi obrigado a implementar ou aprimorar, progressivamente, as instituições e os programas necessários à consolidação da nova ordem democrática em sua maior extensão possível. Foi obrigado, enfim, a tornar-se e agir como Estado Democrático de Direito.

Como reflexo dessa nova ordem, os anos que se seguiram à Constituição de 1988 foram marcados por intensas modificações nos mais diversos campos, dentre eles, evidentemente, o jurídico. No programa constitucional democrático, crescimento econômico e organização social devem caminhar necessariamente juntos à observância dos direitos e das garantias fundamentais. Buscando a adequação a tais diretrizes, surgiram e se propagaram novas linhas de pensamento doutrinárias e institucionais em todos os ramos do Direito, tudo como desdobramento de um novo paradigma da teoria jurídica, chamado por muitos de neoconstitucionalismo.

No âmbito do Direito Penal e Processual Penal, a nova ordem constitucional implicou intenso reforço de todas as garantias individuais em face do Estado. Em nome do princípio da proporcionalidade, preconizou-se a proibição do excesso estatal, ou seja, a impossibilidade de o Estado utilizar-se de meios além dos necessários para o atingimento dos fins propostos em matéria penal e processual penal. Assim, por exemplo, é inadmitida a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CR/88), como a tortura e a interceptação telefônica fora dos parâmetros legais.

Tal visão garantista teve e ainda possui importância crucial na consolidação do Estado Democrático de Direito. Entretanto, com o passar do tempo, foi possível perceber que ao lado dessa perspectiva negativa do princípio da proporcionalidade há outra, igualmente importante, de cunho positivo. Isso porque, assim como no cenário pós-ditadura era notório que o Estado não deveria agir com excesso em face de seus cidadãos, os alarmantes índices de criminalidade e violência social tornaram também necessário

que o Estado passasse a agir com efetividade para garantir aos cidadãos o direito básico de segurança pública.

Daí decorre que, para garantir direitos fundamentais, o Estado não pode apenas se abster do excesso; deve, também, *agir* plenamente dentro das suas atribuições constitucionais, não se omitindo diante dos deveres de proteção e segurança dos cidadãos. Ao lado da proibição de excesso estatal (dimensão negativa da proporcionalidade), existe também a proibição da vedação à proteção deficiente (dimensão positiva da proporcionalidade)³. O garantismo constitucional é, enfim, integral, não se deturpando em um viés absentista nem totalitário.

Para se desincumbir do dever de proteção, é fundamental ao Estado identificar quais os principais problemas vivenciados pela sociedade, instituindo, legalmente, mecanismos apropriados à sua resolução.

3. DA NECESSIDADE DE CRIAR E APRIMORAR INSTRUMENTOS DE ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

O vocábulo corrupção é plurissignificativo, estando associado a distintas áreas do conhecimento (filosofia, cultura, direito, economia, sociologia, moral etc.). No decorrer do tempo o termo assumiu natureza multiforme, descrevendo um amplo leque de condutas, cujos sentidos estão em permanente contato e intercâmbio na prática. Como consequência, o enfrentamento dos problemas associados à corrupção deve ser buscado sob uma percepção holística do fenômeno, na qual que se inclui o tratamento jurídico-normativo.

Para os fins deste artigo, utiliza-se o termo corrupção no sentido de corrupção pública, entendida, por sua vez, como o abuso de função pública para a obtenção de ganhos privados, em benefício próprio ou de terceiros. Mais precisamente, trata-se da ruptura do vínculo de confiança da relação de gestão de interesses públicos, por meio do que um agente público atua contra os seus deveres funcionais e com a finalidade de obtenção de benefícios particulares para si ou para outrem. As condutas assim praticadas podem ser enquadradas, conforme a peculiaridade do caso concreto, em diversos tipos penais (corrupção passiva, concussão, prevaricação, peculato, entre outros).

3 A propósito do tema, cf. Baltazar Júnior, 2010, p. 189; Fischer, 2009.

Há boa sustentação teórica e empírica no sentido de que a corrupção se produz mediante um ciclo vicioso, no qual ela alimenta e permite o crescimento das suas próprias causas – dentre elas, apenas para ilustrar, o baixo desenvolvimento moral, a desigualdade, a desconfiança social, a ação de partidos corruptos, os controles insuficientes, a baixa qualidade democrática, o monopólio de poder e a ética pessoal⁴. Por isso, pode-se dizer que a corrupção tem uma propriedade de autorreforço, ou seja, ela é um fenômeno no qual os incentivos para engajamento em atos corruptos aumentam na medida em que a própria corrupção se torna mais difundida na sociedade (Stephenson, 2020, p. 192-226).

Desde o final do século XX, vêm sendo apresentados estudos e pesquisas contundentes sobre as consequências perversas da corrupção no âmbito econômico, político, social e cultural, estejam elas submetidas a um ambiente de corrupção sistêmica ou não⁵. Isso é facilmente percebido nas contratações públicas. As propinas pagas para fraudar licitações ou majorar ilicitamente medições de bens e serviços revertem em lucro para corruptos e corruptores; em troca, as competidoras honestas são afastadas das contratações com o setor público e incentivam-se os agentes públicos corruptos a perpetuarem normas e rotinas burocráticas, como forma de criar dificuldades para vender facilidades. As consequências são deletérias para a economia e a sociedade: não só os gastos públicos são indevidamente majorados, privando os cidadãos do acesso otimizado a outros bens e direitos fundamentais, como o próprio resultado do que foi contratado é comumente comprometido, na forma de obras de má qualidade ou que sequer são executadas por completo.

Outro exemplo, já no campo político, consiste nas inúmeras práticas corruptas associadas ao levantamento de recursos para campanhas eleitorais. O político corrupto, além do que pode angariar pelas vias legais, vale-se de todo tipo de artimanhas para viabilizar a sua eleição, a saber: promessa de benefícios a empresas que financiem sua candidatura (quer por vias legais, quando permitido pela legislação, quer de modo ilegal, por caixa dois); compra de votos; oferecimento de cargos públicos em troca de apoio político; e assim por diante. A partir do momento em que os concorrentes aos cargos

4 Villoria Mendieta; Sánchez, P. 263; Rose-Ackerman; Palifka, p. 27.

⁵ Segundo algumas pesquisas, a corrupção poderia melhorar o resultado econômico em países com burocracia excessiva. Entretanto, mesmo que tal hipótese seja verdadeira, uma reforma geral que reduza os incentivos à corrupção é evidentemente preferível à sua manutenção. A propósito, cf. Rose-Ackerman; Palifka, p. 32; Rotberg, p. 27-32. Quanto aos efeitos negativos da corrupção sobre o crescimento econômico e a redução de incentivos ao investimento, cf. Mauro, 1995, p. 681-712; Habib; Zurawicki, 2002, p. 291-307; Tanzi, 1998, p. 559-594; Gupta; Davoodi; Alonso-Terme, 1998; International Monetary Fund (IMF), 2016, p. 5-8.

eletivos assimilam como natural e até mesmo legítimo esse modo (corrupto) de agir, cria-se um ciclo vicioso em que a corrupção se propaga indefinidamente. Ou seja, o sucesso nas eleições passa a depender da adesão a práticas corruptas, as quais, por sua vez, levam a mais corrupção no exercício dos mandatos. O interesse público é colocado em segundo plano, servindo muitas vezes de mera retórica.

O reconhecimento dessas e de outras consequências negativas da corrupção tem sido recorrente por organismos internacionais como a ONU, a OCDE, o FMI, o Banco Mundial e a Transparência Internacional. Essas organizações buscam o progressivo fortalecimento dos mecanismos de combate à corrupção no mundo, destacando a sua importância para o desenvolvimento humano e econômico, a redução da pobreza e da desigualdade, entre outros objetivos. O debate sobre a figura dos testes de integridade insere-se nesse escopo.

4. TESTES DE INTEGRIDADE

4.1. Definição

Infelizmente, a prática da corrupção em órgãos públicos é notória na sociedade brasileira. São corriqueiras as notícias de exigência de suborno por agentes públicos pertencentes às mais diversas instituições (policiais, fiscais, pregoeiros etc.). Há relatos de que licitações em determinados setores ou regiões são promovidas sempre com “cartas marcadas”, ou de que certos órgãos somente funcionam à base de propina.

Contribui diretamente para a generalização das práticas corruptas o fato de ser extremamente difícil a sua apuração pelos órgãos de controle. A corrupção, como se sabe, em regra ocorre entre “quatro paredes”, às escondidas, mediante o exclusivo relacionamento entre o agente corrupto e o corruptor.

A experiência no combate à corrupção tem demonstrado que escândalos de corrupção em órgãos públicos surgem em ciclos (POPE, 2000, p. 190). Medidas repressivas enérgicas, com acusações criminais ou demissões em série, geram resultado meramente efêmero, não impedindo a contenção do problema em uma perspectiva temporal duradoura. A evolução das técnicas investigativas, ao lado do fortalecimento progressivo dos órgãos de controle e persecução penal, é crucial para que se produzam

avanços significativos nas apurações, na prevenção e na repressão dos chamados “crimes de colarinho branco” (entre eles as diversas formas de corrupção).

Os testes de integridade constituem instrumento de combate à corrupção com finalidade precipuamente preventiva, com reconhecida eficiência no direito comparado. Porém, não se limitam a isso, uma vez que sua aplicação também tem revelado se tratar de mecanismo extremamente útil na investigação e repressão da corrupção em órgãos públicos.

Nesse sentido, de acordo com a definição constante do Manual Técnico para a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, teste de integridade é um método destinado ao aprimoramento da prevenção e da repressão da corrupção. Seu uso comprovou se tratar de um inibidor de corrupção extremamente efetivo e eficiente (UNODC, 2009, p. 186).

Ainda segundo o referido manual, geralmente os testes são utilizados em circunstâncias em que um trabalho de inteligência já traz indicações de que um indivíduo ou um grupo de agentes públicos são corruptos. Nessas circunstâncias, um cenário é criado a fim de simular uma situação em que o agente público-alvo é colocado em uma situação rotineira na qual ele tem a oportunidade de decidir se deseja ou não tomar parte em um comportamento criminoso ou inapropriado. Exemplo de tal simulação seria o oferecimento de propina por outro agente disfarçado ou a criação de uma oportunidade para o próprio agente alvo solicitar uma propina (UNODC, 2009, p. 186)⁶.

A proposta de regulamentação dos testes de integridade no Brasil seguiu essa linha de definição. Conforme art. 50 do PL nº 4.850/2016, em sua redação original, os testes de integridade consistem na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública. Não se confundem, assim, com os testes de integridade ou honestidade pré-admissionais utilizados por muitas empresas privadas, por meio dos quais os candidatos a determinados cargos são obrigados a responder formulários contendo uma série de questões sobre seu comportamento, suas opiniões e seus hábitos⁷.

⁶ Essa modalidade de teste de integridade é chamada de teste dirigido. Embora inexista óbice jurídico à aplicação de testes aleatórios, os resultados mais satisfatórios e financeiramente menos custosos são obtidos mediante os testes dirigidos.

⁷ A legalidade da aplicação de testes de integridade nesses moldes é discutida na doutrina estrangeira, devido ao contraste entre seus prós (ex.: redução do número de novos empregados com tendência ao cometimento de furtos ou a comportamentos contraproducentes) e contras (ex.: submissão de candidatos a perguntas ofensivas, invasivas ou discriminatórias e imprecisão como método de seleção). A propósito, v. Faust, 1996; U. S. Congress, 1990.

4.2. Fundamentos jurídicos

No âmbito da teoria jurídica, os testes de integridade encontram fundamento constitucional na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, consistente na proibição da proteção deficiente, assim como nos princípios republicano, da moralidade e da eficiência.

Primeiro, relativamente ao princípio da proporcionalidade, já se observou no tópico 2 deste artigo que sua compreensão não se limita à imposição ao Estado do dever de abstenção do excesso como forma de garantia de direitos fundamentais; impõe, também, o pleno *agir* estatal dentro das suas atribuições constitucionais, cabendo ao Estado se desincumbir dos deveres de proteção e segurança dos cidadãos. Nessa perspectiva, os testes de integridade constituem importante ferramenta de prevenção e repressão da corrupção, a qual pode ser considerada uma das principais causas de ineficiência estatal na realização de direitos fundamentais, como visto.

Segundo, os testes de integridade também se justificam pelo princípio da eficiência. Conforme revelado em diversos países, a aplicação dos testes fomenta a busca de avaliações positivas pelos agentes públicos, com a consequente higidez e probidade na prestação de serviços públicos. Esse tipo de conduta gera presteza, celeridade e idoneidade no atendimento ao cidadão, concretizando o mandamento constitucional de eficiência. Além disso, a modalidade aleatória de aplicação dos testes de integridade permite a identificação de bons padrões de conduta, honestidade e eficiência, cuja divulgação serve de incentivo a desempenho similar por outros órgãos e agentes públicos.

Terceiro, decorre tanto do princípio republicano quanto do princípio da moralidade a formulação do que se pode denominar um princípio derivado de integridade, pelo qual os agentes públicos devem observância ininterrupta aos princípios e deveres constitucionais que regem sua atuação em prol do interesse público. São deveres de probidade e boa gestão, transparência e *accountability*, pelos quais todos os agentes públicos devem prestar contas de sua atuação, por ser de interesse público. É por força disso, por exemplo, que a Lei nº 8.730/93 prevê a obrigatoriedade da apresentação e atualização anual de declaração de bens por agentes públicos. Tal obrigação tem a finalidade de permitir a análise da evolução patrimonial do agente público, identificando-se sua compatibilidade ou não com a renda recebida pelo desempenho das funções

públicas. Sendo a aquisição de bens desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público, este poderá responder pelo ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92.

Cabe aqui um parêntesis. Desde um ponto de vista ético, a promoção da integridade na administração pública encontra-se presente em diversos documentos de organismos internacionais e na legislação de alguns países, no bojo do que se denomina “sistemas nacionais de integridade”. Não obstante, a formulação teórica do princípio de integridade ainda se encontra em fase inicial. A propósito, Martínez registra que:

[...] la integridad no sólo es un principio general del derecho sino que en particular es un principio de la contratación pública. La estrecha relación entre intereses públicos y privados en este ámbito de actividad pública, exige que todos aquellos que participan y, particularmente, los altos cargos y empleados públicos, actúen de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento, sin que prevalezcan otros intereses, motivaciones o fines particulares por encima del interés general (2014, p. 338).

No Brasil, o desenvolvimento teórico da integridade como um princípio autônomo ainda é incipiente, provavelmente pela previsão expressa, no texto constitucional, do princípio da moralidade, assim como pela tipificação, em lei, de atos de improbidade administrativa.

Em 2015, o Decreto nº 8.420, ao regulamentar a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), previu a instituição de programas de integridade a serem executados por pessoas jurídicas que praticarem atos contra a administração pública. Nos termos do art. 45 do citado decreto, programa de integridade consiste no “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes”; seu objetivo é “detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Dois anos após, o Decreto nº 9.203/2017, ao dispor sobre a política de governança da administração pública federal, elencou a integridade como um dos princípios e mecanismos da governança pública (arts. 3º, II, e 5º, I, *a*). Determinou, assim, a instituição de programa de integridade pelos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional, “com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção” (art. 19, *caput*).

Finalmente, em 2021, foi criado pelo Decreto nº 10.756 o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal (Sipef), visando, entre outros fins, à supervisão técnica e ao monitoramento da estruturação e execução dos programas de integridade dos órgãos públicos. O art. 3º do decreto prevê como objetivos do Sipef: I – coordenar e articular as atividades relativas à integridade; e II – estabelecer padrões para as práticas e medidas de integridade.

Para os fins deste artigo, limita-se a tratar da integridade como um princípio derivado dos princípios republicano e da moralidade, sem descurar da necessidade de, em outra oportunidade, avançar sobre o tema.

Isso posto, o mais relevante é assentar que a integridade impele os agentes públicos à constante e ininterrupta observância das normas e códigos de conduta que regem a atividade jurídico-administrativa. Havendo tal dever, a verificação do seu cumprimento apresenta-se como uma atividade de controle natural, daí se podendo afirmar, *a priori*, a legitimidade da aplicação de testes de integridade. Questão diversa é a possibilidade ou não de utilização dos resultados dos testes para fins diversos (cíveis, disciplinares e/ou criminais), o que será examinado adiante.

Acrescente-se a tais argumentos que a principal finalidade dos testes de integridade é de prevenção geral negativa, inculcando nos agentes públicos a consciência de que podem estar sendo testados e assim desestimulando a prática de atos de corrupção. Isso não significa que a realização dos testes parta da premissa de desconfiança dos servidores, mas sim da noção, já apresentada, de que possuem deveres de transparência e *accountability*, que resultam na possibilidade de escrutínio pelos órgãos de controle.

Por outro lado, a previsão legal de realização dos testes, bem como a sua finalidade precípua de prevenção geral negativa, não deve ser entendida como incentivo a uma cultura do medo no serviço público. Tal cultura – presente em diversos setores da Administração Pública – favorece o formalismo exacerbado, em detrimento do princípio da eficiência. Não é esse, definitivamente, o objetivo. Por isso, a aplicação dos testes de integridade deve estar sempre atrelada à noção de fomento do dever de integridade no serviço público, capaz de potencializar a sua eficiência.

4.3. Experiências no direito comparado

Embora se trate de medida inovadora no ordenamento brasileiro, a aplicação de testes de integridade encontra precedentes em outros países.

Nos Estados Unidos, na década de 70 do século XX, a ABC News (rede de televisão) simulou situações com trinta e um policiais na cidade de Miami, aos quais foram entregues carteiras contendo dinheiro. Nove policiais subtraíram dinheiro e foram penalizados. A experiência foi repetida pela mesma rede de televisão trinta anos depois, em Los Angeles e Nova Iorque, quando todas as carteiras foram devolvidas sem qualquer subtração.

No plano institucional, há notícia da aplicação de testes de integridade em agentes do Departamento de Polícia de Nova Iorque a partir de julho de 1994, em função das recomendações da *Comission to Investigate Allegations of Police Corruption and Anti-corruption Procedures of the Police Department*. Segundo relatórios anuais da *Comission to Combat Police Corruption*, espécie de órgão externo à Polícia de Nova Iorque, os testes continuam a ser aplicados com sucesso pela corregedoria da polícia, principalmente na modalidade dirigida, tratando-se de técnica útil à obtenção de evidências de ações corruptas⁸. Noticia-se também aumento significativo de denúncias oriundas de agentes policiais referentes ao oferecimento de propinas ou outras condutas corruptivas praticadas por membros da sociedade ou outros policiais. Tal aumento é indubitavelmente atribuído ao receio, por parte dos denunciante, de que estejam sendo alvo de monitoramento em um teste de integridade (Pope, 2000, p. 192). Assim, a eficácia preventiva dos testes tem sido exaltada.

Também nos anos 90, diversos estados australianos iniciaram a aplicação de testes de integridade em seus territórios. Até 1999, por exemplo, *New South Wales* havia aplicado 90 testes, que deram resultado a 51 acusações criminais, a maioria contra policiais. Também conduziram testes de integridade, principalmente na modalidade dirigida, os estados de *Victoria*, *Western Australia*, *Queensland* e *South Australia* (Parliament Of Australia, 2011, p. 7-8).

Diante dos resultados positivos observados nos estados australianos, tanto do ponto de vista repressivo quanto preventivo, há uma tendência de instituição dos testes de integridade em nível federal (*Commonwealth level*). O primeiro passo nesse sentido

⁸ Sobre os citados relatórios anuais, veja-se, por exemplo: *Comission To Combat Police Corruption*, 2010, p. 12; *Idem*, 2014, p. 69-72 e 83-85; *Idem*, 2015, p. 121-125; *Idem*, 2022, p. 17. Registre-se que a mencionada comissão de controle externo analisa a adequação dos testes de integridade aplicados pela corregedoria, em muitos casos divergindo da penalidade imposta ao agente policial que falhou em um teste.

foi a publicação do *Law Enforcement Integrity Commissioner Act (LEIC Act)* em 2006⁹, por meio do qual foram criados o cargo de Comissário de Integridade (*Integrity Commissioner*) e uma comissão chamada de *Australian Commission for Law Enforcement Integrity (ACLEI)*, ambos com funções atreladas ao combate da corrupção e promoção da integridade em órgãos públicos. Em novembro de 2011, uma comissão parlamentar mista, também criada por força do *LEIC Act*, publicou relatório sobre uma pesquisa envolvendo os testes de integridade, com o objetivo de subsidiar sua possível introdução em nível federal. Como resultado, foram expedidas diversas recomendações, dentre as quais a introdução do programa de testes de integridade em determinadas agências federais e a adoção, preferencialmente, dos testes na modalidade dirigida (Parliament Of Australia, 2011, p. ix).

No Reino Unido, a partir de fevereiro de 1999, testes de integridade também passaram a ser aplicados na polícia londrina, sob a denominação de “*quality assurance check*” (Council Of Europe, 2015, p. 79; *idem*, 2013, p. 21). Da mesma forma que os Estados Unidos e a Austrália, relatórios vêm avaliando positivamente os resultados dos testes (Pope, 2000, p. 192; OSCE, 2004, p. 143; UNODC, 2004a, p. 93).

Trata-se, enfim, de instituto com retrospecto positivo de aplicação em diversos países de tradição democrática. Outros países vêm registrando a utilização dos testes de integridade como instrumento de combate à corrupção, como Nova Zelândia, Geórgia, Polônia, Croácia, Romênia, Moldávia e Hong Kong (ANPR, 2016, p. 9-10; Council Of Europe, 2015, p. 79-80). Neste último, os testes são aplicáveis em todo o setor público, não se limitando às corporações policiais nem a órgãos específicos.

Chama atenção a publicação, na Moldávia, da Lei nº 325, de 23 de dezembro de 2013, que regulamenta de forma minuciosa os testes de integridade¹⁰. As consequências dos testes, em caso de resultado negativo, não alcançam o campo criminal. O agente público está sujeito, sobretudo, a sanções na esfera disciplinar, incluindo a obrigatória perda do cargo na hipótese de prática de ato de corrupção (art. 6, par. 2, “a” c/c art. 16, par. 2, ambos da Lei nº 325/2013). Há a possibilidade de uso do material proveniente dos testes de integridade como evidência em julgamentos cíveis, desde que seja pertinente e

⁹ Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00830>>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹⁰ Para leitura da citada Lei nº 325/2013 em tradução informal para o inglês, cf. Hoppe, 2014, p. 18-28. Na versão original, o texto está disponível em: <http://lex.justice.md/md/351535/>. A Moldávia apresenta alarmantes índices de corrupção (Uřica, 2015, p. 13-15). A edição da Lei nº 325/2013 insere-se em um contexto de medidas destinadas ao combate à corrupção na Moldávia, no âmbito da Estratégia Nacional Anticorrupção para 2011-2015 (Uřica, 2015, p. 15).

se observem o interesse público e os direitos humanos / fundamentais, nos termos do art. 9, par. 4, da Lei nº 325/2013. De modo similar a Hong Kong, porém mais restritivo, os testes não são aplicáveis apenas aos órgãos policiais, estendendo-se a agentes pertencentes a diferentes entidades públicas, arroladas no anexo da Lei nº 325/2013. A experiência com a recente lei é avaliada como positiva por Uřica (2015, p. 17-18) e Hoppe (2015), ante o exponencial aumento de denúncias envolvendo corrupção ativa, embora seja apontada como uma grande falha a exclusão dos juízes do âmbito de incidência da lei.

A promoção da integridade no setor público constitui recomendação das Nações Unidas, conforme disposto nos arts. 1, “c”, 5.1, 8.1 e 11.1 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário (Decreto nº 5.687/2006).

Seguindo tal diretriz, são vários os organismos internacionais que incentivam ou recomendam a aplicação de testes de integridade como importante e eficaz ferramenta no combate à corrupção, a saber: a) Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (em inglês, OECD)¹¹; b) Organização para a Segurança e Cooperação na Europa – OSCE¹²; c) Organização das Nações Unidas – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC¹³; d) Transparência Internacional¹⁴ (ANPR, 2016, p. 5-9).

4.4. A proposta do Projeto de Lei nº 4.850/2016 de regulamentação dos testes de integridade: comentários

O Projeto de Lei nº 4.850/2016 propôs a criação dos testes de integridade no direito brasileiro. Segundo os seus arts. 49 e 50, eles consistiriam na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública. Assim, os testes poderiam ser: a) dirigidos, quando aplicados em agente público em relação ao qual já houve algum tipo de notícia ou suspeita de prática ímproba ou criminosa (*targeted tests*); ou b) aleatórios, quando aplicados indistintamente a qualquer agente público

¹¹ OECD, 2005, p. 68.

¹² OSCE, 2004, p. 141-143.

¹³ UNODC, 2009, p. 186; *idem*, 2004a, p. 91-97; *idem*, 2004b, p. 62-63 e 396-398. Segundo o UNODC, inclusive, faz-se necessário o acompanhamento da área em que constatada a corrupção após a aplicação dos testes de integridade, como forma de garantir a eficácia do instrumento (UNODC, 2004b, p. 62).

¹⁴ Pope, 2000, p. 190.

(*random tests*). Ademais, os testes poderiam ser aplicados a qualquer agente público, não se restringindo às corporações policiais.

O projeto trazia outras disposições relevantes sobre os testes: a) possibilidade de gravação em meio audiovisual ou por qualquer outro método, respeitado o direito à intimidade (arts. 52 e 57 do PL 4.850/2016)¹⁵; b) legitimidade para aplicação exclusiva da Administração Pública, devendo ocorrer, preferencialmente, pela corregedoria, controladoria, ouvidoria ou órgão congênere de fiscalização e controle (arts. 49 e 51 do PL 4.850/2016); c) necessidade de ciência prévia ao Ministério Público, de modo sigiloso e com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, informando a abrangência, o modo de execução e os critérios de seleção dos examinados; d) possibilidade de recomendação de recomendação de medidas complementares à realização dos testes pelo Ministério Público (art. 53 do PL 4.850/2016), dispensando-se, assim, o controle judicial prévio dos testes, ante a existência do controle externo prévio pelo Ministério Público¹⁶.

Visando à finalidade preventiva, previa o projeto a obrigatoriedade de os órgãos de fiscalização e controle divulgarem, anualmente, estatísticas relacionadas à execução dos testes (art. 54 do PL 4.850/2016) – sem que isso implicasse a revelação dos seus resultados ou qualquer menção aos agentes públicos testados (art. 55 do PL 4.850/2016). A publicidade, nos moldes propostos, alinhava-se à necessidade de dar conhecimento da existência do programa de integridade e das suas estatísticas à sociedade e aos agentes públicos, sem que soubessem, entretanto, detalhes sobre a sua aplicação ou frequência de uso.

O ponto de principal interesse para os fins deste artigo consiste na proposta de destinação dos resultados dos testes pelo PL 4.850/2016. Elas seriam três: a) instauração ou instrução de processos disciplinares; b) ajuizamento ou instrução de ações cíveis, inclusive as de improbidade administrativa; c) propositura ou instrução de ações criminais (arts. 49 e 56 do PL 4.850/2016).

No campo disciplinar, as condutas irregulares reveladas por testes de integridade podem configurar o descumprimento de diversos deveres funcionais, atraindo a

¹⁵ A gravação em meio audiovisual não deveria ser uma faculdade, mas sim a regra. Afinal, trata-se da melhor forma de evitar o abuso de poder – ou mesmo levianas alegações de abuso – na realização dos testes, assim como para assegurar uma evidência suficiente para a responsabilização do agente que vier a falhar. Como medida de cautela, inclusive, testemunhas devem ser colocadas nas proximidades do local do teste, a fim de corroborarem o que for gravado (UNODC, 2004a, p. 90-91).

¹⁶ A referida dispensa não oferece qualquer óbice constitucional diante da evidente possibilidade de controle judicial *a posteriori*.

possibilidade de sancionamento disciplinar. Na esfera federal, por exemplo, constituem deveres dos agentes públicos a lealdade às instituições (art. 116, II, da Lei nº 8.112/90) e a manutenção de conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX, da Lei nº 8.112/90). Tais deveres são frontalmente violados por um agente público que, em um teste de integridade, aceita propina para fazer ou deixar de fazer determinado ato de ofício.

No âmbito cível, do mesmo modo, as situações flagradas pelos testes de integridade podem redundar em ilícitos diversos, notadamente aqueles tipificados como improbidade administrativa na Lei nº 8.429/92. As condutas constatadas ensejarão, naturalmente, sancionamento cível, com destaque para as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

A utilização dos resultados dos testes de integridade nos campos disciplinar e cível não oferece grandes dificuldades. Não há, nesses casos, qualquer tipo de óbice relacionado à configuração de flagrante preparado, vedado na esfera criminal por constituir, supostamente, crime impossível (Súmula nº 145 do STF)¹⁷. Assim, pouco importa, para fins disciplinares ou cíveis, que os testes sejam aplicados independentemente de investigações já em curso. A simulação objeto do teste de integridade pode ser realizada em face de qualquer agente público, esteja ele sendo investigado ou não por outros atos ilícitos anteriormente praticados.

Quanto ao sancionamento no âmbito criminal, há que se distinguir duas situações de uso dos resultados dos testes de integridade: a) para a investigação de crimes já praticados ou em execução, no que se pode entender como uma “ação simulada”, em contraposição à figura da “ação controlada” prevista no art. 8º da Lei nº 12.850/2013; b) para a constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes (Calabrich, 2016, p. 6-7).

A primeira situação, aqui chamada de “ação simulada”, não encontra óbice na Súmula nº 145 do STF (vedação do flagrante preparado). Por óbvio, havendo a antecedente prática de crime ou a sua execução em curso, o teste de integridade não constituirá preparação de flagrante que torne impossível a consumação do delito. A finalidade do teste, na verdade, será “a de instruir investigações sobre outros ilícitos que

¹⁷ Veja-se, a propósito, o precedente do STF no MS nº 22.373/DF (rel. Min. Ellen Gracie), em que se assentou que “a alegação de flagrante preparado é própria de ação penal e que não tem pertinência na instância administrativa”. No mesmo sentido, confira-se o HC nº 40.289/DF (rel. Min. Gonçalves de Oliveira), um dos precedentes que motivaram a Súmula nº 145 do STF.

não a *própria conduta constatada no teste de integridade*” (Calabrich, 2016, p. 6). Pode-se então, pelos testes, buscar informações relacionadas às circunstâncias do crime, à identificação do(s) seu(s) autor(es) e partícipe(s), ao *modus operandi*, à comprovação do elemento subjetivo ou de circunstâncias que venham a influenciar na pena, entre outras.

Um exemplo de aplicação do teste de integridade nesses moldes seria o seu direcionamento a um grupo de peritos oficiais que estão sendo investigados pela solicitação de propinas para a fabricação de laudos ideologicamente falsos. Sabendo-se a autoria e a materialidade dos crimes de falso e corrupção passiva, pode-se buscar pelo teste de integridade a identificação do *modus operandi* do grupo quanto à divisão de tarefas e à sua ordenação estrutural, a fim de melhor demonstrar os elementos do crime de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013)¹⁸.

Veja-se que essa forma de utilização dos testes de integridade configura uma hipótese similar, quanto aos objetivos investigativos, à figura do “agente infiltrado”, prevista nos arts. 10 a 14 da Lei nº 12.850/2013. Embora nos testes não haja infiltração propriamente dita de um agente policial em uma organização criminosa, em ambos os casos o Estado vale-se de um instrumento proativo de relativo engajamento na atividade criminosa, como forma de permitir a obtenção de elementos probatórios mais detalhados e contundentes a seu respeito.

A segunda situação, referente ao uso dos resultados dos testes de integridade para fins de constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes, é a que oferece espaço para questionamentos, ante a consolidada jurisprudência da vedação do flagrante preparado (Súmula nº 145 do STF). Sua análise será feita no tópico seguinte.

4.5. Das críticas formuladas contra os testes de integridade

Tratando-se de proposta inovadora no ordenamento brasileiro, os testes de integridade foram alvo de diversas críticas – que culminaram na precipitada rejeição do instituto pelo relator do PL 4.850/2016 na Câmara dos Deputados. Apesar desse desfecho, remanesce a pertinência do debate acadêmico sobre a viabilidade ou não da instituição dos testes de integridade no direito brasileiro, diante da necessidade de criar e aprimorar instrumentos de enfrentamento da corrupção (cf. tópico 3, *supra*).

¹⁸ Citando outros exemplos, cf. Calabrich, 2016, p. 6-7.

Em síntese, as principais teses contrárias levantadas contra os testes de integridade foram as seguintes: a) incidência na vedação do flagrante preparado ou provocado, configurando os testes de integridade meio absolutamente inidôneo e seus resultados, portanto, crime impossível (art. 17 do CP)¹⁹; b) ausência de agressão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, tratando-se de projeção de um Direito Penal do autor (punição da pré-disposição para a prática de um ilícito), com feição fascista²⁰; c) inconstitucionalidade por afronta ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88), à vedação, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CR/88) e aos princípios da República Federativa do Brasil, entre os quais o respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos (arts. 1º, *caput*, II e III, e 4º, da CR/88) (Moreira, 2016); d) alta probabilidade de punição de um agente público honesto, dada a baixa confiabilidade do resultado do teste de integridade (Gonçalves Oliveira; Milioni, 2016); e) ausência de legitimidade ética de a própria Administração simular uma situação que “induza” seus agentes à prática de ilícitos (Fernandes Oliveira et al., 2015, p. 19); f) elevado custo financeiro para propiciar a simulação de situações verossímeis.

Diante dos limites objetivos de extensão deste artigo, não se realizará uma abordagem minuciosa das teses de conteúdo jurídico-argumentativo menos sólido ou complexo. A elas, limita-se a oferecer os seguintes contra-argumentos: a) a principal finalidade dos testes de integridade não é a de identificar corruptos, mas sim prevenir condutas corruptas; b) não há inconstitucionalidade, uma vez que o instituto tem amparo na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade – e, por conseguinte, no devido processo legal (art. 5º LIV, da CR/88) –, além de diversos princípios constitucionais, como o republicano e o da eficiência; c) não há ilegitimidade ética na simulação de situações pela Administração em relação a seus agentes, uma vez que estes possuem o dever de integridade moral²¹; d) assim como em alguns crimes tentados e nos flagrantes preparados/esperados, a ausência de perigo concreto ao bem jurídico tutelado não é óbice para a responsabilização criminal do agente, que se justifica pelo desvalor da conduta; e)

¹⁹ Nesse sentido, cf. Cruz, 2015, P. 5; Moreira, 2016; Oliveira, 2015; Streck, 2016.

²⁰ Cf. Cruz, 2015, P. 5; Moreira, 2016; Oliveira, 2015.

²¹ É válida, de toda forma, a recomendação do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (UNODC) no sentido de que a aplicação de testes de integridade seja acompanhada da imposição de um código de conduta claro, incisivo e rigoroso aos agentes públicos (UNODC, 2004b, p. 148). Na polícia de Nova Iorque, onde os testes de integridade são aplicados desde a década de 90, novos recrutas são treinados para tomar decisões éticas, tomando conhecimento da existência dos testes e de como são aplicados (Newham, 2003, p. 6-7).

os custos financeiros para a implementação dos testes devem ser otimizados mediante a utilização preferencial de testes dirigidos em detrimento de testes aleatórios, por serem aqueles de abrangência mais restrita e menor frequência, além de apresentarem resultados comprovadamente mais satisfatórios, nos países que adotam o instituto (Fernandes Oliveira et al., 2015, p. 22)²².

A citada utilização preferencial dos testes na modalidade dirigida não importa em descarte, por completo, da aplicação aleatória. Primeiro, porque a aleatoriedade pode ser a forma de utilização do instrumento mais indicada em órgãos com histórico de corrupção sistêmica, ao menos durante determinado período, até se observar uma queda no percentual de agentes que venham a falhar nos testes. Segundo, não se pode olvidar que os testes aleatórios possuem uma faceta positiva, isto é, de identificação de bons padrões de conduta e honestidade. Assim, seus resultados podem ser utilizados para uma boa avaliação da atuação de um órgão ou da conduta funcional de um agente, com a consequente divulgação e incentivo a desempenho similar por outros órgãos e agentes públicos.

Isso posto, cumpre abordar, com mais detalhes, o questionamento da configuração de flagrante preparado (crime impossível). A objeção de vedação, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CR/88) constitui desdobramento da tese do flagrante preparado, para aqueles que a aceitam.

4.6. Da objeção do flagrante preparado e da possível aplicação da doutrina do *entrapment*

Segundo a teoria do flagrante provocado, a preparação de uma situação na qual o agente é impelido a cometer um delito configura flagrante ilícito por haver uma intervenção decisiva de terceiro e, principalmente, pelo fato de as autoridades policiais estarem de prontidão para impedir a sua consumação, tornando o crime impossível. Trate-se de entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência, destacando-se, a

²² Segundo Fernandes Oliveira et al., a modalidade aleatória não é mais adotada no Reino Unido nem na Austrália, também sendo objeto de estudos de revisão nos Estados Unidos, devido à sua baixa eficiência (2015, p. 22). De fato, nos testes aplicados em policiais de Nova Iorque, o percentual de agentes que falham nos testes dirigidos alcança 20%, ao passo que nos testes aleatórios as falhas se resumem a 1% do total de agentes testados (Pope, 2000, p. 191). Em sentido contrário, afirmando que os testes aleatórios são mais confiáveis para a medição e combate da corrupção, cf. Prenzler, 2009, p. 137.

propósito, o teor da Súmula nº 145 do STF, segundo a qual “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

A primeira premissa que se deve frisar, diante de tal questionamento, é a de que ele atinge apenas uma das situações de uso dos resultados dos testes de integridade, qual seja, para fins de constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes. Assim, ainda que se acolha integralmente a objeção de configuração de flagrante preparado, ela não implica óbice para a ampla utilização dos resultados dos testes de integridade para fins cíveis e disciplinares, bem como, limitadamente, no campo criminal, para a investigação de crimes já praticados ou em execução. Não há, quanto a tais hipóteses de aplicação, que se cogitar de qualquer ilicitude da prova obtida pelos testes de integridade, não incidindo, assim, o disposto no art. 5º, LVI, da CR/88.

A segunda premissa necessária para a compreensão do tema é que a Súmula nº 145 do STF foi editada na década de 60. Tratava-se, então, de uma conjuntura histórica completamente diversa da atual, na qual há uma preocupação mundial com o combate à corrupção, ensejando a utilização, inclusive, de técnicas especiais de investigação, como disposto no art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006). Assim, não se pode deixar escapar a percepção de que “o objetivo da súmula citada foi evitar o abuso policial e a criação de crimes que, na verdade, fossem meras encenações” (ANPR, 2016, p. 11), o que não constitui uma objeção intransponível para os testes de integridade. A par dos diversos fundamentos para instituição desta ferramenta de combate à corrupção (cf. item 4.2), a hipótese de abuso policial pode ser contornada pela proibição do *entrapment*, como se analisará adiante.

Postas essas premissas, cabe observar que, mesmo após a edição da Súmula nº 145 do STF, parte da doutrina brasileira ainda sustenta a legalidade do flagrante preparado. Nesse sentido, Pacelli observa que: a) a intervenção decisiva de terceiro não constitui óbice a tal espécie de flagrante, visto que, “na participação por determinação (art. 31 do CP), a ideia do crime nem sequer existia na mente do autor, mas, por obra e graça da ação provocadora do partícipe, a vontade é gerada e o crime, praticado. Solução: punição do autor e do partícipe” (2014, p. 536); b) a preparação do flagrante não implica hipótese de crime impossível por impossibilidade absoluta do meio, haja vista que, ao menos em tese, sempre existirá a possibilidade de fuga, não se podendo admitir a elaboração de “uma construção teórica fundada na eventualidade de cada caso concreto (se houver fuga, é crime; se não houver, não é)” (2014, p. 536).

Os citados argumentos em favor da licitude do flagrante preparado são fortes o suficiente para derrubar a tese da sua inadmissibilidade. Mas é possível ir além. Primeiro, devido à contraditória aceitação da figura do flagrante esperado pela mesma doutrina e jurisprudência que inadmite o flagrante provocado. Segundo, pela possibilidade de aplicação da doutrina do *entrapment* (armadilha ou emboscada) como forma de legitimar os flagrantes preparados – e, por conseguinte, os testes de integridade.

Relativamente ao flagrante esperado, a doutrina e a jurisprudência admitem com certa tranquilidade a sua validade, embora alguns ressalvem a necessidade de aferição da configuração ou não de crime impossível a partir do caso concreto.

No flagrante esperado, não há provocação ou preparação do ilícito pelo órgão de controle, mas sim conhecimento da sua prática futura, sendo possível a *espera* pelo momento da consumação ou exaurimento para efetivação do flagrante. Argumenta-se, assim, que não haveria crime impossível porque a informação sobre o crime esperado poderia ser imprecisa, além de não se possuir controle sobre a ação do agente criminoso.

E se a informação for absolutamente precisa ou se a espera pelo flagrante colocar o órgão policial em situação de controle da ação criminosa de forma similar à que se observa no flagrante provocado? Nesses casos, parte da doutrina afirma estar configurado, igualmente, crime impossível. Todavia, pelos motivos já expostos, entende-se inviável a construção de uma teoria jurídica fundada na eventualidade de cada caso concreto. Seja no flagrante esperado ou no provocado, não há como atestar a *absoluta* impossibilidade do meio, já que poderá, ainda que de forma improvável, ocorrer a fuga do agente. Desse modo, do ponto de vista da suposta impossibilidade *absoluta* do meio para a prática do crime, não há como assentar distinção ontológica alguma entre as figuras do flagrante esperado e preparado²³. Resta demonstrada, por esses fundamentos, a fragilidade do entendimento consolidado na Súmula nº 145 do STF.

O derradeiro argumento favorável ao flagrante provocado e, por conseguinte, aos testes de integridade pode ser extraído da possibilidade de aplicação da doutrina do *entrapment*, amplamente desenvolvida pelas cortes norte-americanas. Segundo tal teoria, os órgãos estatais não podem “implantar na mente de uma pessoa inocente a disposição

²³ É a posição de Pacelli, para quem “não existe real diferença entre o flagrante preparado e o flagrante esperado, no que respeita à eficiência da atuação policial para o fim de impedir a consumação do delito [...] Assim, de duas, uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação” (2014, p. 538). No mesmo sentido, cf. Maia Da Silva, 2016, p. 550.

de cometer um crime, e então induzir a prática do crime para a sua persecução penal” (U.S. Attorneys, 645; tradução livre). Desse modo, a preparação ou provocação do flagrante é válida desde que não configure uma emboscada (*entrapment*) para o agente.

Na formulação das cortes norte-americanas, restará configurado o *entrapment*, como óbice à persecução penal, se comprovada pela defesa: a) a indução do crime pelo Estado; b) a ausência de predisposição do agente para engajar na conduta criminal. Trata-se, como se vê, de uma matéria de defesa, a quem compete o respectivo ônus argumentativo e probatório.

O conceito de indução (*inducement*) é amplamente trabalhado pela jurisprudência norte-americana. Conforme estabelecido em *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 441, 451 (1932), não configura a indução, para fins de *entrapment*, a mera solicitação nem o uso de artifícios, estratégias ou simulação.

Para a caracterização de indução, exige-se a demonstração, pelo menos, de uma persuasão ou leve coerção do agente. Nesse sentido, por exemplo, constituem hipóteses de indução: a) promessas extraordinárias que “cegariam uma pessoa ordinária dos seus deveres legais”, conforme *United States v. Evans*, 924 F.2d 714, 717 (7th Cir. 1991); b) comportamento estatal capaz de suplantar a vontade de obedecer a lei por parte de um cidadão honesto, cumpridor da lei, como ressaltado em *United States v. Kelly*, 748 F.2d 691, 698 (D.C. Cir. 1984); c) criação de um risco substancial, pelo Estado, de que uma infração seja cometida por uma pessoa que não esteja pronta a cometê-la, conforme *United States v. Johnson*, 872 F.2d 612, 620 (5th Cir. 1989).

Comprovada a indução, a configuração do *entrapment* ainda depende da verificação da ausência de predisposição do agente para engajar na conduta criminal. Para tanto, a questão central consiste em definir se o agente é um “criminoso incauto” (*unawary criminal*) ou um “inocente incauto” (*unawary innocent*), o que não se confunde com a análise da intenção de cometer o crime (U.S. Attorneys, 645). Uma pessoa pode ter a intenção de cometer o crime e ainda assim não ter a predisposição para tanto (U.S. Attorneys, 645). De outro lado, a predisposição pode existir independentemente de prévio envolvimento criminal, como, por exemplo, quando verificada a pronta aceitação de uma oferta ilícita feita por um policial disfarçado (U.S. Attorneys, 645)²⁴.

²⁴ Em *Jacobson*, 503 U.S. at 550, entendeu-se não configurada a predisposição para a prática do ato criminoso (envolvimento com pornografia infantil) pelo fato de o réu ter sido alvo de 26 meses de e-mails repetitivos oriundos do governo e organizações fictícias – situação distinta da observada em uma *sting*

A discussão sobre a existência ou não de predisposição do agente para engajar na conduta criminal é apta a gerar críticas, na doutrina brasileira, sobre a configuração de um direito penal do autor. Todavia, devem ser feitas duas ressalvas. A primeira é que os testes de integridade, sob o ângulo repressivo, não visam a punir a predisposição do agente em cometer um crime, mas sim uma conduta ilícita efetivamente praticada em detrimento do dever de integridade (quer por quem tenha predisposição para tanto ou não). Por outro lado, valendo-se da teoria do *entrapment*, a defesa poderá demonstrar que o agente *não tinha predisposição* para a prática do crime, tendo o Estado implantado na sua mente a *disposição* para tanto, mediante uma tentação desmedida (indução).

Em síntese: a premissa para a punição é exclusivamente o desvalor da conduta, ao passo que a ausência de predisposição é uma das possibilidades para absolvição. E, sendo essa a lógica argumentativa no campo teórico, deve-se estabelecer a segunda e consequente ressalva: se mesmo em benefício do autor do fato ilícito não for possível a discussão sobre a existência ou não de predisposição para o ato ilícito, por supostamente resvalar em um direito penal do autor, a teoria do *entrapment* poderia perfeitamente ser importada de modo parcial, dispensando tal discussão. Bastaria, enfim, a demonstração, pela defesa, de que a indução praticada pelo Estado configurou uma tentação desmedida.

A doutrina do *entrapment* é um dos principais argumentos para a utilização dos testes de integridade no direito comparado. A noção preponderante é de que a relação jurídica entre o Estado e o agente público legitima a aplicação dos testes, desde que não configurem uma emboscada (*entrapment*), sob pena de não terem seus resultados validados como prova²⁵. Essa é a diretriz utilizada, por exemplo, em Nova Iorque, onde os testes são aplicados nas corporações policiais desde 1994 com planejamento cuidadoso para evitar *entrapment*, criando-se um cenário realístico no qual o agente pode escolher engajar em um ato de corrupção ou não (UNODC, 2004a, p. 92; Pope, 2000, p. 191; Ivkovic, 2005, p. 43).

As diversas publicações do UNODC, órgão das Nações Unidas, embora destaquem a extrema eficácia dos testes como ferramenta de investigação e prevenção da corrupção, também ressalvam a necessidade de razoabilidade ou clareza (*fairness*) na sua utilização. Assim, o grau de tentação não pode ser extremo ou desarrazoado, mas sim o

operation (operação com agente infiltrado), em que há menos contatos com o alvo da ação governamental, em um período de tempo também menor.

²⁵ A propósito, cf. Council of Europe, 2015, p. 79.

mais realístico possível, de forma a não encorajar indivíduos a perpetrarem crimes que não cometeriam em circunstâncias normais (UNODC, 2004a, p. 90-91; *idem*, 2004b, p. 398).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, nas justificativas do PL nº 4.850/2016 consignava-se que os testes não poderiam ser realizados mediante o oferecimento de uma tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper (Brasil, 2016, p. 85-86). Admitia-se, de forma pertinente, uma válvula de escape para o questionamento em concreto dos testes, quando configurada uma emboscada (*entrapment*).

Nesse ponto específico, há quem critique a proposta de incorporação dos testes de integridade no direito brasileiro sob o argumento de que o conceito de “tentação desmedida” seria “extremamente aberto e poroso” (Cruz, 2015, p. 5). Porém, justamente por se tratar de instituto inovador no direito brasileiro, seria temerário estabelecer um rol fechado de hipóteses de *entrapment*. A abertura conceitual milita em favor do autor do fato ilícito, cabendo à jurisprudência o estabelecimento de parâmetros mais precisos para completar a definição, a partir da análise de casos concretos.

Refutadas as objeções doutrinárias aos testes de integridade, em especial a de que seriam ilegais por configurarem crime impossível, deve-se expor uma ressalva ao instituto. *Por política legislativa e criminal*, entende-se não ser conveniente nem necessário o aproveitamento dos testes de integridade para fins de constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes.

Ao menos inicialmente, a limitação dos resultados dos testes de integridade para fins cíveis e disciplinares, e para investigações de crimes já praticados ou em execução, revela-se razoavelmente suficiente para os fins de prevenção e repressão da corrupção.

Sem conflitar com os diversos questionamentos de parte da doutrina criminalista, os testes utilizados nessas hipóteses serão idôneos para: a) evitar, em boa medida, a prática de condutas ímprobas / criminosas por agentes públicos; b) propiciar o sancionamento cível e disciplinar, inclusive com eventual perda do cargo, daqueles que forem flagrados praticando ilícitos; c) otimizar a investigação de crimes já praticados ou

em execução, revelando informações como aquelas relacionadas às suas circunstâncias, à autoria, ao *modus operandi*, entre outras²⁶.

Não se quer dizer, com isso, que as condutas ilícitas flagradas em testes de integridade não sejam penalmente relevantes. Ocorre que, por se tratar de condutas praticadas em contextos *simulados*, a subsidiariedade inerente ao Direito Penal recomenda que este seja, de fato, direcionado à repressão de condutas praticadas em contextos *reais*, como *ultima ratio*. Ademais, a principal finalidade da instituição dos testes de integridade, como aqui sustentado, é *prevenir* condutas corruptas, e não as sancionar criminalmente.

CONCLUSÃO

A proposta de instituição dos testes de integridade no direito brasileiro ensejou, de imediato, acirrada polêmica doutrinária entre os que defendem a medida e aqueles que a repudiam.

Apesar da importância da discussão do tema, verifica-se, em alguns casos, que o discurso doutrinário é apropriado para a sustentação de posições políticas e/ou corporativas pré-concebidas. Tal apropriação, muitas vezes reveladas por argumentos ácidos ou em tom jocoso – não raras vezes mais direcionados aos defensores da proposta do que à proposta em si –, em nada aproveita ao amadurecimento científico do assunto.

O presente artigo apresenta fundamentos teóricos e práticos em favor dos testes de integridade em oposição àqueles contrários. Para tanto, partiu-se da análise da origem e da evolução do instituto no direito comparado, a fim de permitir uma visualização adequada das vantagens e desvantagens da sua incorporação ao direito brasileiro. Com base nesses parâmetros, conclui-se, relativamente à proposta de criação dos testes de integridade, que:

1. Trata-se de proposta com fundamento constitucional nos princípios da proporcionalidade (vedação da proteção deficiente), eficiência e republicano, além de ser internacionalmente recomendada por diversos organismos internacionais.

²⁶ Em sentido diverso, entende Maia Da Silva que, “atendidos os pressupostos da teoria do ‘entrapment’, os testes de integridade devem ser admitidos em nosso ordenamento como fundamento inclusive para a responsabilização penal [...]” (2016, p. 558).

2. Diversos países nos quais os testes vêm sendo aplicados registram resultados positivos na repressão e prevenção da corrupção, como Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Hong Kong, Moldávia, entre outros, o que revela a pertinência da sua implementação no Brasil.

3. Os resultados dos testes de integridade podem ser usados para três finalidades distintas: a) instauração ou instrução de processos disciplinares; b) ajuizamento ou instrução de ações cíveis, inclusive as de improbidade administrativa; c) propositura ou instrução de ações criminais.

4. Quanto ao sancionamento no âmbito criminal, os resultados dos testes de integridade podem servir: a) para a investigação de crimes já praticados ou em execução (“ação simulada”); ou b) para a apuração e punição de um crime de forma autônoma (independentemente de outros crimes). Quanto a esta segunda hipótese, a configuração de flagrante preparado a partir da aplicação do teste não implica sua automática ilicitude, por inexistir crime impossível. O teste deve ser considerado válido desde que, no caso concreto, não configure uma emboscada (*entrapment*) para o agente. A comprovação da ocorrência de *entrapment* deve ser feita pela defesa, principalmente a partir da demonstração da indução do crime pelo Estado capaz de configurar uma tentação desmedida.

5. Apesar da validade dos testes de integridade como instrumento autônomo para a constatação e punição de um crime, *por política legislativa e criminal* não é conveniente nem necessária a sua instituição para tal finalidade. A limitação dos testes de integridade para fins cíveis e disciplinares, e como instrumento de investigação de crimes já praticados ou em execução, revela-se razoavelmente suficiente para o escopo de prevenção e repressão da corrupção.

6. A aplicação dos testes de integridade, caso venham a ser previstos na legislação brasileira, deve ser feita da forma mais realística possível. Além disso, a modalidade dirigida deve ser preferencialmente utilizada, como forma de reduzir custos e aumentar eficiência. Não obstante, não se deve descartar o uso dos testes aleatórios, por serem indicados em órgãos com histórico de corrupção sistêmica e por permitirem a identificação de bons padrões de conduta e honestidade, o que pode servir de incentivo a desempenho similar por outros órgãos e agentes públicos.

REFERÊNCIAS

ANPR – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. **Nota Técnica PRESI/ANPR/JR nº 017/2016**. Brasília, out. 2016. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/NT_MEDIDA1_testedeintegridade.pdf. Acesso em: 13 fev. 2023.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição da insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.850/2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 05 nov. 2016.

CALABRICH, Bruno. **Teste de integridade**: aplicação, críticas e constitucionalidade. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/teste-de-integridade-bruno-calabrich.pdf/view>. Acesso em: 12 out. 2016.

COMISSION TO COMBAT POLICE CORRUPTION. **Annual Reports of the Comission (1996-2022)**. Disponível em: <https://www.nyc.gov/site/ccpc/reports/annual-reports.page>. Acesso em: 13 fev. 2023.

COUNCIL OF EUROPE. **Basic anti-corruption concepts**: a training manual. 2. ed. Estrasburgo, jan. 2015. Disponível em: http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/corruption/Publications/AC%20Basic%20Concepts%20Manual/AC%20Manual_ENG_FINAL_2015.pdf. Acesso em: 05 nov. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Opinion of Information Society and Action against Crime Directorate prepared on the basis of the expertise by Tilman Hoppe on Article III of Draft Law “On Amendment of Certain Laws” and Draft Law “On Professional Integrity Testing” of the Republic of Moldova**. Estrasburgo: jan. 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? **Boletim IBCCRIM**. Ano 23, n. 277, dezembro/2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

CRUZ, Flavio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. **Boletim IBCCRIM**. Ano 23, n. 277, dezembro/2015, p. 4-6. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>. Acesso em: 21 jan 2016.

FAUST, Quentin Collin. Integrity tests: do they have any integrity. **Cornell Journal of Law and Public Policy**. Vol. 6, issue 1, article 7. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlpp/vol6/iss1/7>. Acesso em: 19 ago. 2016.

FERNANDES OLIVEIRA, J. M. et al. **Como combater a corrupção?** Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2015 (Texto para Discussão nº

179), p. 19-020. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td179>>; acesso em 27 jan. 2016.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação de seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 23 jan. 2016.

GONÇALVES OLIVEIRA, Adjame Alexandre; MILIONI, Armando Zeferino. Bayes contra o teste de integridade. **Jota**, 3 set. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/bayes-contra-o-teste-de-integridade>. Acesso em: 05 set 2016.

GUPTA, Sanjeev; DAVOODI, Hamid; ALONSO-TERME, Rosa. Does corruption affect income inequality and poverty? **IMF Working Paper**, mai. 1998.

HABIB, Mohsin; ZURAWICKI, Leon. Corruption and foreign direct investment. **Journal of International Business Studies**, vol. 33, n. 2, p. 291-307, 2002.

HOPPE, Tilman. **Integrity Testing** – Aspects of Implementation. Estrasburgo: Conselho da Europa, 19 dez. 2014. Disponível em: <http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/EaP-CoE%20Facility/Technical%20Paper/TP%20CrimCode%20Moldova%20II%2014%2012%2019a.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016.

HOPPE, Tilman. Integrity testing: too effective for corrupt countries? **UNCAC Coalition Blog**, 31 out. 2015. Disponível em: <https://uncaccoalition.org/integrity-testing-too-effective-for-corrupt-countries/>. Acesso em: 13 fev. 2023.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). Fiscal Affairs and Legal Departments. **Corruption: costs and mitigating strategies**, 2016. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

IVKOVIC, Sanja Kutnjak. **Fallen blue knights: controlling police corruption**. New York: Oxford University Press, 2005.

MAIA DA SILVA, Renata. Testes de integridade: o combate à corrupção policial à luz dos deveres de proteção do Estado. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. SALGADO, D. R. et al. (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 535-562.

MARTINEZ, Agustí Cerrillo I. **El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción**. Espanha: Thomson Reuters, 2014.

MAURO, P. Corruption and Growth. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 110, n. 3, p. 681-712, ago. 1995.

MOREIRA, Rômulo. Teste de integridade proposto pelo MPF é incompatível com a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, 24 ago. 2016. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-24/romulo-moreira-teste-integridade-mpf-inconstitucional>. Acesso em: 05 set. 2016.

NEWHAM, Gareth. **Preventing police corruption**: lessons from the New York Police Department. Ago. 2003. Disponível em: <
<http://www.csvr.org.za/docs/policing/preventingpolice.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PARLIAMENT OF AUSTRALIA. Parliamentary Joint Committee on the Australian Commission for Law Enforcement Integrity. **Inquiry into Integrity Testing**. Nov. 2011. Disponível em: <
http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Australian_Commission_for_Law_Enforcement_Integrity/Completed_inquiries/2010-13/integrity_testing/report/index>. Acesso em: 16 out. 2016.

POPE, Jeremy. **TI Source Book 2000 – Confronting corruption**: the elements of a national integrity system. Transparency International, 2000. Disponível em: <
<http://archive.transparency.org/publications/sourcebook>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

PRENZLER, Tim. **Police corruption**: preventing misconduct and maintaining integrity. CRC Press, 2009.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Managing conflict of interest in the public sector**: a toolkit. Paris: OECD, 2005. Disponível em:
www.oecd.org/gov/fightingcorruptioninthepublicsector/49107986.pdf. Acesso em: 05 nov. 2016.

OLIVEIRA, Tânia M. S. **O MPF e as 21 medidas legislativas**: contra a corrupção ou contra o cidadão e a constituição? Set. 2015. Disponível em:
<<http://emporiododireito.com.br/o-mpf-e-as-21-medidas-legislativas-contra-a-corrupcao-ou-contra-o-cidadao-e-a-constituicao-por-tania-m-s-oliveira/>>, acesso em 27 jan. 2016.

OSCE – ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE. **Best practices in combating corruption**. Viena: OSCE, 2004. Disponível em: <
<http://www.osce.org/eea/13738>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and Government**: Causes, consequences, and reform. 2 ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

ROTBERG, Robert I. **The corruption cure**: how citizens & leaders can combat graft. Princeton: Princeton University Press, 2017.

STEPHENSON, Matthew C. Corruption as a self-reinforcing trap: implications for reform strategy. **The World Bank Research Observer**, vol. 35, ed. 2, ago. 2020, p. 192-226.

STRECK, Lenio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report. **Revista Consultor Jurídico**, 3 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorruptao-mpf-fator-minority-report>. Acesso em: 12 jul. 2016.

TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scopes and cures. In: **IMF Staff Papers**, vol. 45, n. 4, p. 559-594, dez. 1998.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **United Nations Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators**. Viena: Nações Unidas, 2004a. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/afghanistan/Anti-Corruption/Handbook_practical_anti-corruption.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **The global programme against corruption: un anti-corruption toolkit**. 3 ed. Viena: Nações Unidas, 2004b. Disponível em: <http://www.pogar.org/publications/finances/anticor/anticorruptiontoolkit.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption**. Nova Iorque: Nações Unidas, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf>, acesso em 27 jan. 2016.

UȚICA, Stella. Moldova. In: SOBJÁK, Anita (Ed.). **Anti-corruption in Moldova and Ukraine: a V4 handbook of best practices**. Varsóvia: The Polish Institute of International Affairs, jun. 2015.

U.S. ATTORNEYS. U.S. Attorneys' Manual. **Criminal Resource Manual**: 645 a 648. Entrapment – Elements. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-645-entrapment-elements>. Acesso em: 13 fev. 2023.

U. S. CONGRESS. Office of Technology Assessment. **The use of integrity tests for pre-employment screening**. Set. 1990. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ota/disk2/1990/9042/9042.PDF>. Acesso em: 19 ago. 2016.

VILLORIA MENDIETA, Manuel; SÁNCHEZ, Agustín Izquierdo. **Ética pública y buen gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público**. Madrid: Tecnos, 2016.