

# conceito jurídico

ano | | outubro de 2017 | nº 10



O trecho vetado da  
"reforma eleitoral"

**Pág. 7**



zakarewicz  
editora



## Aspectos constitucionais e processuais penais do instituto da delação premiada



### ENFOQUE

**Roberto Bocaccio Piscitelli**

Reforma tributária:  
mais uma?



### DESTAQUE

**José Matias-Pereira**

Obstáculos ao combate a  
fraudes e à corrupção nas  
organizações públicas



### IN VOGA

**Bolívar Lamounier**

O povo semi-soberano

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Arte e Diagramação:** Augusto Gomes

**Revisão:** MC Coelho – Produção Editorial

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**Comercial:** André Luis Marques Viana

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3225-6419

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

publicidade@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

  
zakarewicz  
editora

COM A PALAVRA



*Jaime Pinsky*

## Que justiça queremos?

Qual a função da Justiça em uma sociedade? Deve normatizar a relação entre os cidadãos, fazer cumprir as leis determinadas pelos legisladores e interpretá-las de modo impessoal. Uma sociedade democrática não deve privilegiar amigos, parentes ou pessoas pelas quais sintam afinidade. É uma tarefa difícil. Para realizá-la é necessário que os juízes não apenas conheçam as leis (muito complexas, em um país em que a própria constituição é um calhamaço), mas também que tenham serenidade e equilíbrio, para não falar de honestidade e até desapego aos bens materiais, já que não faltam em nosso país aqueles que são conhecidos agora como corruptores ativos.

Aplicar penas é a arte de enquadrar aquele que transgrediu as leis em algum item específico do código existente. O juiz não pode criar uma lei para punir alguém, é claro, mas cabe a ele determinar qual item dela o camarada transgrediu. E isso pode fazer uma enorme diferença na pena a ser cumprida. Vejam a exposição de um caso recente.


Um homem jovem atravessou a rua na faixa de pedestres na Vila Madalena. Ele foi colhido por um automóvel, em alta velocidade, conduzido por uma motorista embriagada. O impacto foi tão forte que, após ferir de morte o rapaz, o carro capotou. O episódio aconteceu em 2011. Após cuidadosa deliberação

(durou espantosos seis anos) o Tribunal de Justiça de São Paulo chegou à conclusão de que não se tratou de homicídio doloso, mas sim culposo. Em outras palavras, a Justiça entendeu que dirigir bêbada, em velocidade muito acima da permitida no local (o carro estava entre 60 e 90 km/hora em local onde eram permitidos apenas 30 km/hora), invadir a faixa de pedestre e matar um jovem de 24 anos de idade é algo feito sem intenção de matar. Ou seja, para os homens que interpretaram a lei, a motorista nem imaginou que conduzir uma máquina em alta velocidade, com a cara cheia, poderia ser uma ameaça mortal para seres humanos sem blindagem.

Não é necessário ser doutor em leis para saber que a motorista, ao se alcoolizar e sair dirigindo um veículo, sabia dos riscos que corria e resolveu corrê-los. Tinha conhecimento de que matar gente no trânsito, em nosso país, raramente é considerado crime. E por que isso acontece? Porque os juízes se recusam a dar um passo adiante para romper essa justiça de classe que “entende” mais facilmente a falha do homem ao volante do que do pedestre. Que, de resto, já está morto.

Juízes frequentemente declaram que não podem julgar a partir do clamor popular. Podemos até concordar com a ideia, mas a imagem que se quer vender é a de massas semelhantes às manadas, agindo de forma irracional, turbas dispostas a linchar sem dar ao acusado o direito à defesa. Do outro lado estariam essas figuras togadas impolutas, gentes plácidas, equilibradas e sábias praticando a verdadeira justiça, permitindo o contraditório, sem afoiteza, garantindo o Estado de Direito, impermeáveis a influências espúrias e a clamores populares. Infelizmente, não é assim que a coisa tem funcionado. Temos frequentes notícias de juízes frequentando espaços e personagens de outros poderes: são churrascos, festas de casamento, casas de veraneio, jatos executivos. Se o clamor popular pode contaminar sentenças, conversas discretas em ambientes elegantes não contaminam? E aqui chegamos à questão central, a relação entre Justiça e a sociedade.

Quem vem antes, a lei ou a prática social? Em outras palavras, cabe à lei fazer cumprir os costumes de uma sociedade, ou cabe a ela determinar qual deveria ser o comportamento da sociedade diante de diferentes desafios? A História nos ajuda a entender essa diferença. O Código de Hamurabi era uma codificação das leis já existentes na Mesopotâmia e estas, por seu turno, retratavam as práticas da sociedade mesopotâmica. Já na Torá, o Pentateuco, que antes de se tornar livro sagrado para judeus e cristãos era um código de leis e práticas sociais, vemos algo distinto: o legislador tem a intenção de orientar o comportamento da sociedade daquela época, de estabelecer novas normas, de apresentar leis que representam um avanço nas práticas e comportamentos de então. Enquanto o Código de Hamurabi é um retrato, a Torá tem um compromisso com a ética, quer uma sociedade mais justa, pessoas mais honestas, um mundo melhor.

Este é o dilema dos legisladores e dos aplicadores da lei: se apenas trabalharem considerando nossas práticas sociais atuais corremos o risco de continuar achando “normal” que assassinos motorizados e alcoolizados continuem a matar. E, por que não, que ladrões instalados no poder continuem a se apropriar de bens públicos. 

**JAIME PINSKY** é historiador e editor, professor titular da Unicamp, doutor e livre docente da USP. Autor ou organizador de mais de 20 livros, inclusive *História da Cidadania*, *As primeiras civilizações*, *Escravidão no Brasil*, *Por que gostamos de História* e *Faces do Fanatismo*, todos pela Editora Contexto, da qual é diretor editorial. Palestrou ou deu cursos nas principais universidades brasileiras, do Acre ao Rio Grande do Sul, e na França, Israel, EUA, Cuba, México, Porto Rico, etc.

- 7** **ESPECIAL** **O trecho vetado da “reforma eleitoral”**  
Demócrito Reinaldo Filho
- 14** **DIREITO E BIOÉTICA** **Eram os deuses astronautas ou cirurgia plástica estética – obrigação de meios ou de resultado?**  
Sergio Amaral Gurgel e Renato Maluf
- 22** **PAINEL DO LEITOR** **O que não foi dito acerca da lei estadual do Rio de Janeiro que permite o licenciamento veicular, ainda que inadimplido o IPVA**  
Alan Maurano Savedra
- 28** **CAPA** **Aspectos constitucionais e processuais penais da colaboração premiada**  
Heloisa de Carvalho F. Valadares
- 41** **CAPA** **Delação premiada e algumas inconstitucionalidades flagrantes na Lei nº 12.850/2013**  
Patrícia Cobianchi Figueiredo
- 58** **CAPA** **Colaboração premiada no âmbito da Justiça Militar da União**  
Jorge Luiz de Oliveira da Silva
- 3** **COM A PALAVRA** **Que justiça queremos?**  
Jaime Pinsky
- 12** **PAINEL ECONÔMICO** **Incerteza estrutural e estagnação econômica**  
Carlos Alberto Ramos
- 20** **PROPOSTAS E PROJETOS** **Reforma da previdência e os novos cálculos da aposentadoria**  
João Badari
- 26** **DESTAQUE** **Obstáculos ao combate a fraudes e à corrupção nas organizações públicas**  
José Matias-Pereira
- 35** **CAPA** **A autoridade policial e a delação premiada**  
Luiz Flávio Borges D’Urso
- 51** **CAPA** **Aspectos constitucionais e processuais penais do instituto da delação premiada**  
Fabio Tadeu Rocchi
- 62** **CAPA** **O “lado B” da delação premiada**  
Euro Bento Maciel Filho

**65** A relevância do *compliance* nos acordos com o CADE

DIREITO EMPRESARIAL

Ana Claudia Teles Silva Bloisi

**70** O povo semi-soberano

IN VOGA

Bolívar Lamounier

**76** A lei que alterou a competência da Justiça Militar da União

PORTAL JURÍDICO

Rômulo de Andrade Moreira

**82** O advogado e a mídia: entre distorções e ignorâncias

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Eduardo Luiz Santos Cabette, Zeima da Costa Satim Mori e Bianca Cristine Pires dos Santos Cabette

**94** Licenciamento do direito de uso de jogos eletrônicos: obras audiovisuais ou *softwares*? Uma análise comparativa dos efeitos tributários

CONTEXTO

André Sica e Fernanda Lira

**99** O equilíbrio e a harmonia entre os Poderes e a prestação jurisdicional envolvendo parlamentares federais

DOCTRINA

Jair José Perin

**68** Ferramentas de gestão: PDCA nos escritórios e departamentos jurídicos

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

Jane Nunes Gonçalves

**73** Acordo de não persecução penal, função transformadora na Justiça Criminal

TENDÊNCIAS

Thiago Luiz Sartori

**80** Reforma tributária: mais uma?

ENFOQUE

Roberto Bocaccio Piscitelli

**92** Precauções na aquisição de franquias

GESTÃO EMPRESARIAL

Ezequiel Frandoloso

**96** Não configura receita o prejuízo fiscal utilizado para liquidar multa e juros

CONJUNTURA

Márcio Maués

**103** Direitos humanos na prova de redação do Enem

PONTO DE VISTA

Murilo Oliveira de Castro Coelho

ESPECIAL



## O trecho vetado da “reforma eleitoral”

que obrigava a suspensão de conteúdo inserido por usuário anônimo em redes sociais – a necessidade de ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos e garantias individuais

■ POR DEMÓCRITO REINALDO FILHO

“Se tivesse sido aprovada a emenda do deputado Áureo Ribeiro, no futuro poderíamos evitar aqui no Brasil problema de interferência no processo eleitoral semelhante ao que aconteceu nos Estados Unidos. Como se sabe, russos criaram contas falsas no Google, Facebook e Twitter e, por meio delas, publicaram notícias falsas e compraram publicidade, para influenciar as eleições norte-americanas do ano passado.”

No final do mês de setembro deste ano, a presença de crianças em uma *performance* protagonizada por um homem nu deu início a uma grande polêmica nas redes sociais. Fotos e vídeos registrados no Museu de Arte Moderna de São Paulo (MAM) mostraram uma garotinha tocando as mãos e os pés de um artista, que estava nu e deitado, imóvel, no chão. Em outra imagem que circulou na internet, quatro meninas apareciam de mãos dadas com o artista. As críticas se multiplicaram e a direção do museu se apressou em dizer que as crianças estavam acompanhadas dos pais e que a apresentação aconteceu uma única vez e que não seria repetida<sup>1</sup>.

A direção do museu errou ao não ter evitado a entrada de crianças na sala onde estava sendo realizada a apresentação artística. Embora a *performance* pudesse não ter qualquer conteúdo ou inspiração erótica, uma criança pode não compreender ou discernir adequadamente sobre sua natureza. A criança, como pessoa humana em processo de desenvolvimento, tem direito à informação e à cultura, bem como acesso a espetáculos artísticos, desde que se respeite sua condição peculiar (art. 71 do ECA).

O que me impressionou, no entanto, foi a contrarreação a essa indignação inicial das pessoas ao contato das crianças com a *performance* perpetrada pelo homem nu. Algumas vozes alardearam que se estava fazendo uma “censura” à arte. Ora, ninguém quis proibir ou recriminar a *performance* do homem nu, apenas o seu contato com crianças se entendeu inapropriado.

Guardadas as devidas proporções, fenômeno semelhante aconteceu em relação a um ponto da “reforma eleitoral”. No Projeto de Lei da Câmara nº 110, de 2017, que modificou a Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral), no artigo 57-B havia sido incluído um parágrafo (§ 6º) que atribuía aos provedores de serviços na internet a obrigação de suspensão de conteúdo ofensivo falso ou que incitasse o ódio contra candidato, partido ou coligação. Prontamente, vozes se levantaram e passaram a bradar que a medida legislativa instituída a *censura* na internet. Mesmo setores da imprensa tradicional ecoaram esse discurso<sup>2</sup>. A ANJ (Associação Nacional de Jornais), a Abert (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão), a ANER (Associação Nacional de Editores de Revistas) e a ABI (Associação Brasileira de Imprensa) se pronunciaram contra a medida. O Comitê Gestor da Internet (o CGI.br) também publicou nota, pedindo o veto do dispositivo, o que terminou ocorrendo.

Acredito que a reação foi exagerada e num tom alarmista. Chegaram a pronunciar que “o Brasil não vive o fantasma de práticas tão explícitas de censura desde o fim da ditadura militar”<sup>3</sup> e que a medida legislativa representava “grave ameaça ao regime democrático”<sup>4</sup>. A reação foi tanta e tão desmedida que até o deputado que havia proposto a medida, Áureo Ribeiro (SD-RJ), se assustou e ele mesmo solicitou ao presidente Temer que vetasse o artigo atacado<sup>5</sup>.

Realmente, houve uma dose de exagero. Os órgãos tradicionais da imprensa brasileira ficaram preocupados sem razão com uma certa “insegurança jurídica” na redação do dispositivo, mas o fato é que o artigo de lei vetado não se dirigia a eles de nenhuma maneira, pois só teria aplicação limitada a redes sociais e sites e aplicativos que oferecem sistemas e plataformas para publicação de conteúdo informacional pelos usuários, sem qualquer tipo de controle editorial prévio. A regra visava a permitir que, uma vez notificados, esses sites e aplicativos retirassem,

no prazo de 24 horas, conteúdo informacional ofensivo de caráter falso ou que incitasse o ódio, apenas para verificação da identidade do usuário que fizesse a postagem do material informacional dessa natureza. Tinha espectro limitado à propaganda eleitoral na internet, que já é regulada por lei (Lei nº 9.504/1997), alcançando, portanto, somente candidatos e partidos devidamente registrados e durante período certo.

Para se constatar o seu alcance, observe-se a redação do dispositivo vetado:

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

§ 6º A denúncia de **discurso de ódio, disseminação de informações falsas ou ofensa** em desfavor de partido, coligação, candidato ou de habilitado conforme o art. 5º-C, feito pelo usuário de **aplicativo ou rede social na Internet**, por meio do canal disponibilizado para esse fim no próprio provedor, implicará a **suspensão, em no máximo vinte e quatro horas, da publicação denunciada até que o provedor certifique-se da identificação pessoal do usuário que a publicou**, sem fornecimento de qualquer dado do denunciado ao denunciante, salvo por ordem judicial (grifamos).

Como se pode notar, a regra se dirigia apenas aos sites e aplicativos que permitem a publicação instantânea pelos usuários de conteúdo informacional. São essas plataformas e redes sociais que oferecem mecanismos de publicação por qualquer pessoa e que não fazem a checagem de modo efetivo da identidade dos utentes de seus serviços *on line*. Isso é perigoso e precisa de regulamentação apropriada, porque permite a qualquer pessoa, escondendo sua identidade real, utilizar desses sistemas informáticos para difamar outros indivíduos e cometer crimes. O dispositivo vetado (§ 6º do art. 57-B) nem sequer determinava a *remoção* pura e simples de conteúdo, mas tão somente a *suspensão* “da publicação denunciada até que o provedor certifique-se da identificação pessoal do usuário que a publicou”. Ou seja, não se estava criando um sistema de “notice and take down”<sup>6</sup>, mas apenas uma suspensão temporária para fins de checagem da identidade do intermediário da comunicação informática (usuário da plataforma) responsável pela inserção da notícia ou informação denunciada como ofensiva ou odiosa. Uma vez o provedor se certificando de que a informação não havia sido postada por nenhuma espécie de “troll”<sup>7</sup>, ele poderia com toda a segurança retorná-la, para o mesmo local e endereço originalmente posta. A eliminação da publicação só seria adotada em caso de não comprovação da identidade da pessoa que a realizou.

Nessas circunstâncias, não me pareceu que a proposta legislativa tivesse qualquer caráter de “censura”; muito pelo contrário, era de espectro bastante limitado e nem sequer impunha qualquer tipo de remoção de conteúdo, frise-se. Tudo indica que a intenção era combater a disseminação do chamado “discurso do ódio” (*hate speech*) e sobretudo a difusão de informação falsa na rede mundial de comunicação, em redes sociais e blogs de discussão, durante o período da propaganda eleitoral<sup>8</sup>. Na verdade, o que se pretendia não era estabelecer uma espécie de “filtro” à livre disseminação de ideias e informações, mas tão somente impedir a utilização de identidade falsa na rede com o objetivo de influir no processo eleitoral. É sempre bom lembrar que nossa Constituição impôs limites à liberdade de expressão, ao vedar o anonimato (art. 5º, IV).

O problema com as *fake news*, espalhadas comumente em redes sociais e outras plataformas de difusão de conteúdo produzido livremente, é um assunto que gera preocupação de todos os governos de países desenvolvidos, que buscam também formas de combater a incitação ao ódio, propaganda de terrorismo, propaganda extremista de cunho racial (como neonazismo), disseminação de pornografia infantil, entre outros males. Diferentemente de anos atrás, ganha corpo o sentimento de que os provedores têm que atuar de forma ativa na remoção desse tipo de conteúdo. Sobretudo a partir do início deste ano, deputados do Parlamento da União Europeia convergem no sentido que se deve impor multas aos provedores quando não tomem providências na remoção de material visivelmente ilícito<sup>9</sup>. Durante muitos anos se observou uma espécie de “laissez-faire” regulatório, mas agora as autoridades de diversos países clamam por um esforço de atualização da legislação, para fazer face ao problema dos conteúdos ilegais. A Alemanha já aprovou lei que permite multar as plataformas da internet que não retirarem conteúdo de *hate speech* em 24 horas<sup>10</sup>. A União Europeia caminha no mesmo sentido, tendo sugerido a aprovação de legislação semelhante em todos os países integrantes do bloco<sup>11</sup>.

Tem-se em mente que o princípio da liberdade de expressão e o direito à informação continua como pedra de toque dos sistemas democráticos, e a internet deve manter sua característica de uma rede aberta e descentralizada, mas que se deve buscar um equilíbrio e proporcionalidade na preservação de outros direitos e garantias de proteção da personalidade humana. Os provedores de serviços e controladores de “plataformas” na internet devem ser obrigados a construir sistemas mais bem adaptados para remover material visivelmente ilícito, a exemplo de propaganda terrorista, abuso sexual de crianças, discurso do ódio e coisas do gênero.

Se tivesse sido aprovada a emenda do deputado Áureo Ribeiro, no futuro poderíamos evitar aqui no Brasil problema de interferência no processo eleitoral semelhante ao que aconteceu nos Estados Unidos. Como se sabe, russos criaram contas falsas no Google, Facebook e Twitter e, por meio delas, publicaram notícias falsas e compraram publicidade, para influenciar as eleições norte-americanas do ano passado<sup>12</sup>.

Por isso tudo, a minha estranheza diante de tão acirrado movimento contra a proposta de inserção do § 6º no art. 57-B da Lei nº 9.504/1997. É certo que a emenda do deputado Áureo Ribeiro foi feita de última hora, sem permitir um maior amadurecimento da proposta, fator que gerou desconfiança sobre ela. Teria sido muito mais produtiva se tivesse sido feita com bastante antecedência, para permitir debate mais aprofundado e racional, com todos os esclarecimentos à sociedade. Mas, mesmo assim, a reação contra ela foi demasiadamente exagerada.

Em outubro do próximo ano teremos eleições gerais no Brasil, incluindo a de presidente da República. Vamos torcer para que o pleito não perca sua legitimidade, tornando-se uma guerra de “manipulação eleitoral digital”, travada entre *trolls* e *hackers* com as armas da comunicação falsa (*fake news*). ■

#### NOTAS

1 Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/09/29/inter-nas\\_polbraeco,630101/interacao-de-criancas-com-homem-nu-no-mam-em-sao-paulo-gera-polemica.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/09/29/inter-nas_polbraeco,630101/interacao-de-criancas-com-homem-nu-no-mam-em-sao-paulo-gera-polemica.shtml). Acesso em: 19 out. 2017.

- 2 A Folha de São Paulo publicou uma matéria correta, destacando trechos do texto legal e dos pontos de vista a favor e contra. Mas o título da reportagem, no entanto, já era preconceituoso contra o projeto de lei, pois falava em “censura” de conteúdo. Ver a matéria, publicada sob o título “Reforma política permite censura de conteúdo mesmo sem ordem judicial”, em 05.10.17. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924626-emenda-em-reforma-politica-obriga-suspensao-de-publicacao-apos-denuncia.shtml>. Acesso em: 19 out. 2017.
- 3 Disponível em: <https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2017/10/06/comite-gestor-recomenda-veto-ao-artigo-da-lei-eleitoral-que-censura-a-rede/?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 19 out. 2017.
- 4 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924626-emenda-em-reforma-politica-obriga-suspensao-de-publicacao-apos-denuncia.shtml>. Acesso em: 19 out. 2017.
- 5 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-10/temer-sanciona-fundo-eleitoral-mas-veta-censura-na-internet-e-limite-de>. Acesso em: 19 out. 2017.
- 6 “Notice and takedown” quer significar que o provedor de serviços na internet não será responsabilizado pela publicação do conteúdo se, uma vez notificado pelo legítimo autor, removê-lo imediatamente.
- 7 Um *troll*, na gíria da internet, designa uma pessoa cujo comportamento tende sistematicamente a desestabilizar uma discussão e a provocar e enfiar as pessoas nela envolvidas. A intenção é provocar emocionalmente os membros de uma comunidade através de mensagens controversas ou discriminatórias. Com isso, ele consegue interromper uma discussão sadia e causa conflitos entre os participantes, fazendo com que o objetivo principal do tópico saia de foco. O *troll* atua em lugares onde existe uma grande concentração de pessoas envolvidas em algum debate potencialmente polêmico. Ele age em comunidades do Facebook, listas de discussão, fóruns, blogs e chats. Ele atua com perfis falsos (*fakes*) e percorre a rede semeando a discórdia dentro das comunidades.
- 8 Essa de fato era a intenção do deputado Áureo Ribeiro, pois em reportagem da *Folha de São Paulo* ele disse, referindo-se à emenda de sua autoria: “o trecho obrigará que redes sociais, como o Facebook, por exemplo, façam uma verificação sobre a autoria de comentários feitos nas redes de candidatos”. Ele argumentava que trechos caluniosos seriam submetidos à análise da rede social, que teria um prazo de 24 horas para verificar se o perfil é verdadeiro ou falso. A eliminação das postagens, segundo ele, só ocorreria se não ficasse provada a autenticidade do autor. “É um crime fazer comentários com perfis falsos. Isso pode mudar o resultado de uma eleição. A diferença é que queremos agilidade, porque se ficar comprovado que o autor não é verdadeiro, aí já passou o resultado das eleições”, disse o deputado.
- 9 Disponível em: [https://www.theguardian.com/media/2017/may/01/social-media-firms-should-be-fined-for-extremist-content-say-mps-google-youtube-facebook?CMP=share\\_btn\\_fb](https://www.theguardian.com/media/2017/may/01/social-media-firms-should-be-fined-for-extremist-content-say-mps-google-youtube-facebook?CMP=share_btn_fb), Acesso em: 19 out. 2017.
- 10 Disponível em: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/facebook-fake-news-article-fine-germany-fake-news-article-thomas-oppermann-sdp-chairman-a7484166.html>. Acesso em: 19 out. 2017.
- 11 Disponível em: <http://www.euractiv.com/section/freedom-of-thought/news/tougher-eu-hate-speech-guidelines-urge-tech-giants-to-prevent-digital-wild-west/>. Acesso em: 19 out. 2017.
- 12 Disponível em: <https://eco.pt/2017/10/10/google-facebook-e-twitter-alvos-de-anuncios-russos-para-influenciar-eleicoes-norte-americanas/>. Acesso em: 19 out. 2017.



DEMÓCRITO REINALDO FILHO é desembargador do TJPE.

# Incerteza estrutural e estagnação econômica

■ POR CARLOS ALBERTO RAMOS

**“A fragilidade é mais estrutural, uma vez que a não existência de uma aliança política que ancore a escolha institucional, a qual está sendo implementada a duras penas, introduz uma incerteza que paralisa as decisões de médio e longo prazos.”**

**N**as economias de mercado, as expectativas sobre o futuro determinam o presente. O dinamismo e o crescimento de um país não giram em torno das atividades corriqueiras de curto prazo. A compra de um imóvel por uma família, a incorporação de uma nova tecnologia em um processo produtivo, a agregação de um novo capital a uma unidade de produção, etc., são decisões que dependem da forma como vislumbramos o futuro, do otimismo ou pessimismo de nossas projeções.

Essa dependência do desempenho presente da presunção do amanhã é uma relação bem sedimentada na literatura econômica. Justamente, as esperanças de uma rápida recuperação depois da profunda crise iniciada no segundo trimestre de 2014 radicava na reversão do pessimismo que impregnava todas as decisões e que, se supunha, estava umbilicalmente associado ao governo anterior. Alterado o bloco de poder e substituída a política econômica que teria sido a responsável pela pior recessão da história recente do país, era uma questão quase axiomática que a recuperação seria o corolário lógico. Se a reversão da recessão seria um destino manifesto,

o crescimento de longo prazo estaria também assegurado pelas denominadas “reformas”, que tanto metamorfoseariam a insustentabilidade do itinerário do gasto público (via teto ao crescimento dos gastos primários e reforma da previdência) como alavancariam o que, no longo prazo, determina o bem-estar de um país, a produtividade (via reforma trabalhista, Lei de Terceirização, concessões, etc.).

Algumas dessas reformas ou foram aprovadas (teto no aumento dos gastos) ou são plausíveis de aprovação com certa dificuldade (reforma trabalhista). Em outras, o desfecho é mais incerto (previdência). Paralelamente a esse balanço desigual em termos de reforma, os indicadores parecem não corresponder ao esperado. Os investimentos não decolam, o consumidor continua angustiado e o saldo ainda não é mais desalentador pelo desempenho das exportações e pelo clima favorável (nível de atividade no setor agrícola).

Essa frustração no crescimento é atribuída à crise política, à fraqueza do governo, à possibilidade de a reforma da previdência não ser aprovada, etc. Motivos reais, ninguém pode duvidar disso. Mas os impactos dessa fragilidade em construir um bloco de poder robusto que outorgue sustentação às reformas propostas perpassa a conjuntura. A fragilidade é mais estrutural, uma vez que a não existência de uma aliança política que ancore a escolha institucional, a qual está sendo implementada a duras penas, introduz uma incerteza que paralisa as decisões de médio e longo prazos. A esperança não é 2018! 2018 é o temor, a incerteza. O teto dos gastos é uma medida que pode ser revertida, a reforma da previdência (se aprovada) poderá ser alterada, o mesmo retorno poderá ocorrer nos casos da terceirização e da reforma trabalhista.

A incerteza que nutre os temores não é conjuntural, é estrutural. As reformas estão longe de ser assumidas como permanentes, politicamente sustentáveis no longo prazo. Mesmo que no Legislativo se obtenham maiorias nas circunstâncias para ratificar as propostas do Executivo, ao estarem privadas de um centro de gravidade política capaz de ampliar os horizontes de decisão dificilmente serão indutoras de investimento. Esta incerteza estrutural é alimentada pela institucionalidade política. Na medida em que os votos no Legislativo não são político/ideológicos, senão produto de barganhas menores (toma-lá-dá-cá), os mesmos indivíduos que hoje estão votando um teto para os gastos amanhã podem facilmente alterar esse novo dispositivo constitucional.

Nesse contexto, dificilmente o país terá uma retomada sustentável do crescimento no curto prazo. O mais provável será uma estagnação, o que pode ser considerado um cenário favorável, dada a grande recessão de 2015-16. Mas só quando se vislumbra a consolidação de uma aliança política capaz de oferecer regras de jogo com algum horizonte temporal que induza os investimentos o Brasil terá superado a crise iniciada em 2014. Lembremos que os temores por radicais alterações nas políticas em 2001/2 só foram contornados depois da Carta aos Brasileiros, divulgada pelo PT, um divisor de águas que indicava que a política econômica de Fernando Henrique seria duradoura. Sem um fato semelhante, a primazia da incerteza estrutural interdita qualquer esperança. ■



ARQUIVO PESSOAL

CARLOS ALBERTO RAMOS é professor do Departamento de Economia da UnB.

## Eram os deuses astronautas ou cirurgia plástica estética – obrigação de meios ou de resultado?

■ POR SERGIO AMARAL GURGEL E RENATO MALUF



“O médico não pode exigir perfeição do juiz, o cliente não pode exigir perfeição do advogado, o juiz e o advogado não podem exigir perfeição do médico e, até onde saibamos, mesmo a ‘infallibilidade papal’ está adstrita à Hermenêutica da palavra divina, nos campos da moral e da fé. Perfeição não é cousa imanente no homem.”

Vamos fazer uma rinoplastia? Que tal uma ninfoplastia? Ou bulir nos seios para aumentá-los, reduzi-los, sustentá-los? Lipoaspiração? Fugamos, então, aos dogmas do Direito e acedamos à realidade! Como proclamar que na cirurgia plástica estética o resultado deve ser atingido? Não é bem assim, com todo o respeito que devemos aos que pensam de outra forma. A atividade médica é obrigação de meios, ou seja, deve-se fazer de tudo para atingir algum bem maior: a vida, a saúde, a recuperação da autoestima, do equilíbrio mental, ou o que seja.

Hoje, existem aplicativos conectados a máquinas fotográficas que fazem aproximação de resultados de cirurgia estética automaticamente, os quais podem ser usados se o médico deixar bem claro para o paciente que há uma gama imensa de variantes, de particularidades que impedem uma simulação 100% real, e isso já deveria ser excludente da duvidosa “presunção de culpa” acerca de erro. Se o facultativo for fiel no momento de informar, terá cumprido um quesito importantíssimo que se alberga na chamada “boa-fé objetiva”<sup>1</sup>. É contrato, pelo que a “full disclosure” deve ser atendida<sup>2</sup>. O mesmo vale para fotografias de cirurgias anteriores. Elas são exemplos, apenas.

Não se está a falar de um alfaiate, que fará um terno sob medida; ou do estilista que fará o vestido da noiva. Estamos a tratar do ser-humano, que é todo incógnitas.

Desnecessário ir muito longe quanto ao quesito “esconder resultados negativos”. Assista-se a um programa dessas igrejas que ocupam parte considerável dos canais de televisão hoje em dia. O tal pastor, o bispo e quem mais seja mostram para a plateia os mil seres dos quais os “demônios” não se afastaram ou apenas aqueles dois ou três que foram “milagrosamente” curados? E por que não são punidos se estão a obrar de má-fé? O médico mal-intencionado é tão culpado quanto o bispo ou o pastor mal-intencionado. Não por aquele ser médico e por este ser pastor, mas por serem pessoas imbuídas de intenção duvidosa.

Pensemos um pouco na esfera do crime. Vê-se de tudo, desde o charlatanismo puro<sup>3</sup>, passando pelo estelionato<sup>4</sup>, nada escapa aos que desejam ilaquear o entendimento de outrem. Para a chamada *malpractice*, também poderá haver lesão corporal, homicídio culposo, enfim, uma gama de hipóteses penais que devem ser perscrutadas em cada situação de fato. Por isso, não vemos como necessária uma espécie de previsão genérica de indenização por antecipação de risco provável contra os cirurgiões plásticos.

A honestidade ainda impera no meio médico e, na maioria das vezes, a responsabilidade com relação aos seus atos não ultrapassa o âmbito do Direito Civil. Seja por uma análise de relação de causalidade baseada na tradicional teoria da *conditio sine qua non*, ou pela utilização de proposições doutrinárias consideradas mais modernas, como se revela a teoria da imputação objetiva<sup>5</sup>, o resultado das intervenções cirúrgicas não pode ser imputado “sem tir-te nem guar-te” ao agente, já que seria necessária a comprovação da presença dos elementos subjetivos inerentes ao tipo penal incriminador. Para esta última vertente teórica, ainda no campo exclusivamente criminal, mesmo que a conduta do médico criasse ou aumentasse uma situação de risco, tal circunstância deveria ser tolerada pelo ordenamento jurídico dentro de um critério de razoabilidade, no qual são considerados os valores da sociedade.

Voltando à órbita do Direito Civil, não nos parece razoável tarjar o cirurgião plástico de escultor e dele exigir uma obra de arte que termine em um êxtase romântico de contemplação imediata e infinita. Ele não está mexendo com argila, com granito, com bronze, ferro, aço. Ele não é Deus, mas astronauta e, como tal, falível.

Há uns poucos acórdãos que contemplam a realidade de que médico não é Deus. O que ele não pode é (1) agir com dolo (isto é óbvio), culpa (negligência, imprudência, imperícia) e – embora neste segundo caso seja mais difícil encontrar acórdãos fundamentados apenas em tal premissa – (2) mentir sobre os prováveis resultados.

Vejam-se julgados como a Apelação nº 0368827-30.2008.8.26.0577 (6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25/3/2014, Rel. Ana Lúcia



Romanhole Martucci), tendo participado do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Vito Guglielmi (presidente sem voto), Francisco Loureiro e Eduardo Sá Pinto Sandeville. Do bojo de tal acórdão extrai-se o seguinte:

A propósito, leciona CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY que as eximentes da responsabilidade objetiva são um imperativo de equilíbrio e de boa-fé, não se concebendo, ainda que o sistema seja protetivo do consumidor, que se carregue ao fornecedor a responsabilidade por danos cuja causa não lhe possa ser atribuída. Ou seja, as circunstâncias excludentes referem-se, basicamente, à inexistência de causalidade entre o fornecimento do produto ou do serviço e o dano experimentado pela vítima (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.). Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 159).

Atente-se para o fato de que o acórdão admite o tratamento da questão sob a égide do Código do Consumidor e, assim, a responsabilidade objetiva. Mesmo assim, em uma hermenêutica acuradíssima, concluiu que o cirurgião agiu como deveria agir, já que não prometeu resultados, aplicou tudo o que havia de melhor a seu alcance, enfim, fez o que podia fazer, e a cirurgia poderia ter atingido o êxito almejado pela paciente, caso não houvesse alguns conseqüências naturais da condição humana. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas aulas inaugurais no curso de Ciências Jurídicas da PUC, dizia que as leis devem ser interpretadas inteligentemente (isto consta de sua obra Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, desde a primeira edição).

Outro acórdão que se destaca, em meio a essa jurisprudência minoritária e corajosa, é a Apelação nº 0174523-17.2002.8.26.0100 (Comarca de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1/4/2014, Rel. Cesar Ciampolini), com a participação dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Carlos Saletti (presidente) e Carlos Alberto Garbi.

Leia-se o que disse o ínclito relator, que foi acompanhado integralmente em seu voto pelos outros digníssimos magistrados:

[...] A questão acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico é complexa e tem causado divergência na doutrina e na jurisprudência.

Costuma-se dizer que a obrigação do médico com esta especialidade é de resultado, não de meio. Todavia, o correto, segundo penso, é dizer “que a responsabilidade do especialista em estética tem a mesma natureza que a do cirurgião em geral, mas dela difere em extensão, dado que se aprecia (a do plástico) com mais severidade do que a dos demais cirurgiões”. Noutras palavras, “em matéria de responsabilidade, a cirurgia estética é regida pelos mesmos princípios que se aplicam à cirurgia em geral”. Mais precisamente, assim como a responsabilidade dos demais cirurgiões, a do plástico também se rege pela apuração de culpa profissional, com maior rigor apenas na verificação do resultado prometido, certo, todavia, “que os deveres jurídicos qualificados dos médicos de modo geral se devem considerar como de meios.” (conceitos acima, aspeados ou não, de ALBERTO J. BUERES, Responsabilidad Civil de los Médicos, Buenos Aires, 1979, págs. 373/374; traduzi).

Ainda sobre o tema, doutrina MIGUEL KFOURI NETO: “As regras gerais que disciplinam a responsabilidade civil do médico abrangem também a cirurgia plástica estética, não obstante generalizada tendência a se presumir a culpa do cirurgião pelo não atingimento do resultado esperado” (A Responsabilidade Civil do Médico, págs. 195).

No caso sob julgamento, embora os resultados da cirurgia não tenham sido os esperados pela autora, pela análise das fotos acostadas aos autos -- e com embasamento nas conclusões técnicas obtidas pelo Perito --, verifica-se que houve melhora estética de seu abdômen: as estrias ficaram mais brandas e não houve modificação aparente do umbigo. É certo, obviamente, reconheço, que há uma dose grande de subjetividade nesta análise. De todo o modo, é a maneira como, na linha do laudo, este relator vê o que se passou.

Em casos como o presente, assim como em qualquer cirurgia, ainda que não plástica, como não poderia deixar de ser, sempre há uma álea e um risco de frustração. Nas palavras de VILLEGAS PULLIDO, “ainda que não corresponda ao sucesso esperado, a operação estética pode bem deixar de acarretar a responsabilidade profissional, desde que: a) seja razoavelmente necessária; b) o risco a correr seja menor que a vantagem procurada; c) seja praticada de acordo com as normas da profissão.” (citação colhida em WALTER BLOISE, A Responsabilidade Civil e o Dano Médico, pág. 94; grifos nossos).

Conhecemos e respeitamos demais a opinião da professora Teresa Ancona Lopez de Magalhães. Para a nobilíssima jurista (em sua consagrada obra “O Dano Estético”, São Paulo: RT, 2004), ninguém com a saúde perfeita, mas que esteja insatisfeito com algum quê de sua aparência, que lhe é desagradável, irá procurar um cirurgião plástico esperando dele apenas diligência e conhecimento científico, pois a pessoa quer resultados. Caso contrário, por que gastar dinheiro, arriscar, quicá a vida, ou então a saúde, para ao final talvez sair de uma cirurgia com as dores que lhe são apanágio e um resultado nada satisfatório?

Mesmo o finado e imortal professor Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade Civil, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994), no capítulo XI – Responsabilidade Médica –, mais precisamente nas páginas 156 e 157, depois de um escorço histórico magnífico, lastreado em autores da maior envergadura, chega à conclusão de que, além dos deveres gerais de boa-fé, aconselhamento, apontar os riscos, entre outros, o cirurgião plástico, na cirurgia meramente estética, assume obrigação de resultado, e não de meios.

Na teoria é palatável. Contudo, ao se mexer com o corpo humano não há como fugir à realidade de que somos epiderme, mesoderme, endoderme, feixes e mais feixes de carnes e nervos, sangue, condições orgânicas personalíssimas, com veias rígidas e veias resilientes, peles cuja cicatrização é mais rápida, outras em que é mais complicada, resistência orgânica mais alta, resistência orgânica mais baixa, um milhão de reticências e a surpresa que só aparecerá no dia da cirurgia, ou no período de recuperação (coisas do corpo humano). Se vivêssemos num mundo em que todas as pessoas têm a mesma reação ao ácido acetilsalicílico, aos barbitúricos, aos remédios para pressão, coração; se todos os tipos sanguíneos fossem compatíveis; se o DNA de todos nós fosse idêntico. Somos seres idiossincrásicos, por obra e graça da natureza!

Por que algumas pessoas se expõem pouquíssimo ao sol, usam filtro solar em ambientes fechados e desenvolvem câncer de pele, enquanto outras passam a vida a trabalhar ao ar livre, sem proteção alguma e, no máximo, adquirem umas poucas manchinhas na epiderme? Não sabemos. Predisposição genética? Sorte? Maktub?

Se o fato de se contratar o ‘melhor advogado do Brasil’ nos garantisse vitória numa causa, contratá-lo-íamos só por isso. Parece que em processos de repercussão mundial a estratégia falhou. Quem procura um cirurgião plástico pode até ir a seu consultório acreditando num resultado; contudo, deve obrigatoriamente sair de lá

com o aviso de que as reações orgânicas são multifárias e exclusivas e, se o paciente não aceitar a realidade, o médico deve negar-se a realizar o procedimento.

A obra mais esclarecedora que lemos nestes últimos dois anos foi escrita por um cirurgião plástico de nomeado reconhecimento, o Dr. Jorge Menezes, intitulada “Manual de Boas Práticas em Cirurgia Plástica” (DOC Editora, 2012). O livro foi presente de um amigo muito caro, o Dr. Luis Tavares, cirurgião plástico em Maceió.

O Dr. Jorge Menezes desenvolveu longo trabalho de pesquisa e esclarecimentos, que nasceu na formação do cirurgião plástico, nas provas a que este foi submetido, no monitoramento do consultório, na Vigilância Sanitária, no cuidado com o ‘marketing’, passando para a captação e criação de vínculos mais próximos com o paciente, pela abordagem e seleção deste, pela informática aplicada à cirurgia plástica, pelo local onde se faz a cirurgia e a forma de proceder, minudenciando os cuidados cirúrgicos, nas orientações pós-operatórias, na conformação da equipe cirúrgica, e então passa a tratar da legislação aplicável ao cirurgião plástico e de outros temas interessantíssimos.

As mensagens que nos deixa são coerentes: orientar o paciente, explicar o que são resultados esperados e aqueles outros, imprevisíveis, recusar pacientes que ‘querem porque querem’ algo, ser absolutamente transparente, e, acima de tudo, cumprir o dever absoluto de informar.

Quem vai ao consultório do cirurgião e se, orientado e devidamente esclarecido, quiser assumir um risco (que será, naturalmente, dividido com o médico, em havendo culpa), assinará, talvez acompanhado por seu advogado, um contrato de prestação de serviços urdido mesmo nos padrões do Código do Consumidor<sup>6</sup> (destacando-se as cláusulas que importem em algo negativo para o paciente), tendo em conta o chamado “diálogo das fontes”.

Quanto à lipoaspiração, vejam-se os parâmetros de segurança da Resolução CFM nº 1.711/2003, cujos procedimentos devem ser seguidos à risca. Não mais do que isto. Não se sabe com a devida acribologia se uma lipoaspiração pode reconstruir o que dez anos de *junk food* e desmazelo com o corpo destruíram. Quem prometer resultado não é bom homem, nem é bom médico.

Assim, estes que lhes escrevem são profissionais que convivem com as dificuldades enfrentadas pela Medicina há muito, e não veem razão firme para a questionável e dogmática tautologia “cirurgia plástica estética gera obrigação de resultado”. Fora assim, e poderíamos dizer que em determinadas áreas do Direito (por exemplo, as em que haja súmulas vinculantes) o advogado assume obrigação.


Lutar contra os farsantes sim; punir a culpa, em todos os graus, sim; exigir o cumprimento de todos os cânones médicos, sim; porém, transformar a Medicina em Ciência Exata, não. Se eminentes autores e juízes estão a tratar a cirurgia plástica como um procedimento cosmético, ou alguma espécie de taumaturgia, com todo o respeito que lhes devemos, somos obrigados a nos insurgir contra essa visão.

O médico não pode exigir perfeição do juiz, o cliente não pode exigir perfeição do advogado, o juiz e o advogado não podem exigir perfeição do médico e, até onde saibamos, mesmo a ‘infallibilidade papal’ está adstrita à Hermenêutica da palavra divina, nos campos da moral e da fé. Perfeição não é cousa imanente no homem.

A responsabilidade do cirurgião plástico, a nosso ver, é regida pelo Código Civil, e a da clínica, a do hospital, pelo Código do Consumidor. Algumas variações, em relação ao médico, quanto à inversão do ônus da prova, hipossuficiência do paciente, são admissíveis, dependendo do caso específico. Um pouco mais de rigor

quanto aos deveres de diligência? Sim! Está-se a lidar com uma pessoa saudável, cujo escopo é melhorar sua imagem. Rigor, então, mas sem exageros que desconfigurem a atuação do médico.

Num trabalho realista, objetivo, o advogado brasileiro Eduardo Dantas<sup>8</sup>, Mestre pela Universidade de Glasgow, traz artigo irreprochável, cuja leitura integral recomendamos.

O tema merece mais estudos e tais estudos mais humanidade, sob pena de médicos, clínicas e hospitais terem que recorrer a seguros altíssimos, a fim de não enfrentarem longos e fastidiosos processos num Judiciário que também não é composto de deuses nem de astronautas. 

**\* O título deste artigo faz referência à obra de Erich Anton Peter von Däniken, “Erinnerungen an die Zukunft”, no original Alemão.**

## NOTAS

- 1 Código Civil Brasileiro, art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
- 2 Muito apropriado mencionar aqui a ‘areté’ grega, atributo das pessoas éticas, algo próximo de ‘virtude’, como explica Werner Jaeger, em “A Formação do Homem Grego” (Ed. Paideia, 2013, tradução de Artur M. Parreira).
- 3 Situado entre os crimes contra a saúde pública, a conduta do charlatão, que pode ser tanto o médico quanto o bispo, o pastor, consiste em “inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível”.
- 4 Crime contra o patrimônio, que exige *animus lucrandi* e cuja pena é cinco vezes superior à do charlatanismo.
- 5 A teoria da imputação objetiva não pode ser considerada uma teoria nova, mas sim uma teoria inacabada. Propõe outra linguagem a respeito dos infinitos questionamentos quanto aos métodos até então existentes para a imputação de um resultado a alguém. Na realidade, dizem os críticos dessa teoria, o nome mais apropriado para ela seria “teoria da não imputação objetiva”, pois seus fundamentos visam encontrar mecanismos para se restringir ainda mais a imputação do resultado ao agente. Para seus seguidores, o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente imputado ao agente quando o comportamento dele criar ou aumentar um risco proibido em relação ao bem jurídico protegido, e que tal risco se materialize num resultado típico. Logo, se o risco produzido estiver dentro do que normalmente se tolera socialmente, não caberá a imputação objetiva do tipo, ainda quando se trate de uma ação dolosa e que cause lesão ao bem jurídico em questão. É por isso que Roxin (o maior representante dessa teoria, juntamente com Jakobs) afirma, utilizando o conhecido exemplo de Honig, que não se pode imputar responsabilidade penal àquele que, com a intenção de matar um parente com o fim de receber herança, sugira que vá a um bosque repleto de altas árvores, durante uma forte tempestade e, conforme o planejado, este vem a falecer fulminado por uma descarga elétrica. Para Roxin, a atitude, embora dolosa, de enviar a vítima para um local propício a ser atingido por raios, não pode ser imputada ao agente, porque, objetivamente, não haveria como cogitar a prática do crime de homicídio por meio desta conduta, ainda que, por uma incrível coincidência, o desfecho fatal tivesse ocorrido.
- 6 Frisemos que a relação médico-paciente não nos parece regida pelo CDC; contudo, é salutar que, em determinados aspectos, como o contratual, vibre no mesmo diapasão.
- 7 Teoria (i) trazida ao Brasil e (ii) aqui desenvolvida pela respeitabilíssima professora Cláudia Lima Marques.
- 8 Disponível em: <http://www.eduardodantas.adv.br/Article5.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

SERGIO AMARAL GURGEL E RENATO MALUF são advogados em Amaral Gurgel Advogados.



## Reforma da previdência e os novos cálculos da aposentadoria

■ POR JOÃO BADARI

**“Pelo novo texto da PEC 287/2016, o segurado começará com 70% dos maiores salários e passará a ganhar 1,5% a partir dos 25 anos, 2,0% a partir dos 30 anos e 2,5% a partir dos 35 anos.”**

A reforma da previdência ainda está em discussão no Congresso Nacional e, apesar de perder a força de aprovação com os últimos acontecimentos políticos, ainda provoca um certo temor nos trabalhadores e segurados do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A idade mínima para dar entrada no benefício, o tempo mínimo de contribuição e o novo cálculo previstos na PEC 287/2016 são os principais medos e dúvidas daqueles que pretendem se aposentar.

Destaque-se que após uma série de discussões o relator da reforma, o deputado Arthur Maia, apresentou uma nova proposta de idade mínima progressiva. De acordo com o novo texto, a idade

mínima começará em 53 anos para mulheres e 55 anos para os homens e será elevada gradativamente para 62 anos, no caso das mulheres, e 65 anos, no caso dos homens. Isso porque o governo federal acredita que essa alteração seria necessária para a aprovação dos parlamentares.

Outro detalhe importante é que o trabalhador ainda terá que cumprir um pedágio de 30% do tempo que falta para se aposentar hoje – 30 anos de pagamentos para mulheres e 35 para homens –, além da idade mínima. Pelo texto da reforma, o segurado que não cumprir o pedágio deverá se aposentar com a idade mínima de 62 ou 65 anos e cumprir 25 anos de contribuição.

Agora, o que está causando o maior número de dúvidas é como será o novo cálculo do valor do benefício da aposentadoria. Uma coisa é certa: se aprovada, a reforma acabará com o fator previdenciário e também com a atual fórmula 85/95.

A nova forma de cálculo partirá de 70% dos maiores salários para quem trabalhar 25 anos. E o trabalhador que continuar exercendo atividade terá um “bônus” que aumenta conforme o tempo de permanência. Assim, apenas com 40 anos de trabalho e contribuição é que o segurado poderá chegar à aposentadoria integral.

O valor do benefício integral a que o trabalhador terá direito será calculado, segundo o novo texto da proposta, pela média de 100% dos salários desde 1994.

Atualmente, a fórmula que vigora estabelece que o benefício seja calculado a partir da média dos 80 maiores salários de contribuição. E dessa média é aplicado o fator previdenciário (caso o segurado não atinja a soma de idade e tempo de contribuição da fórmula 85/95 – 85 pontos para mulheres e 95 para homens). Na aposentadoria por idade não existe a aplicação do fator (apenas se ele for superior a 1,00).

Pelo novo texto da PEC, o segurado começará com 70% dos maiores salários e passará a ganhar 1,5% a partir dos 25 anos, 2,0% a partir dos 30 anos e 2,5% a partir dos 35 anos.

Vale destacar também que na proposta original da reforma um homem com 49 anos de contribuição atingiria os 100% do valor do benefício, enquanto com a nova proposta apresentada ele precisa de nove anos a menos (40 anos de contribuição). Nas regras atuais, que estão em vigor, se este homem se aposentar com 35 anos de contribuição e 60 anos de idade a sua aposentadoria será integral (100%), pois haverá a aplicação da fórmula 85/95. Assim, fica claro como a reforma previdenciária irá aumentar o tempo de contribuição para o INSS do segurado que pretende obter um benefício integral.

Citamos como exemplo uma mulher com 55 anos de idade e 30 de contribuição. Hoje, com estes requisitos, ela teria sua aposentadoria integral. Entretanto, se a reforma previdenciária for aprovada o seu benefício será de 70%, mais 7,5% pelos anos trabalhados, ou seja, 77,5%. Isso demonstra um prejuízo de 22,5% à segurada neste caso.

Para os regimes próprios, dos servidores públicos, quem entrou antes da Emenda Constitucional nº 41/2003 poderá se aposentar recebendo seu benefício integral, e terá paridade, caso se aposente aos 62 anos (mulheres) e 65 anos (homens), pela média de 100% dos salários da ativa. Quem entrou após essa emenda constitucional terá a regra de 70% estabelecida para o setor privado. ■



JOÃO BADARI é advogado especialista em Direito Previdenciário e sócio do escritório Aith, Badari e Luchini Advogados.

## O que não foi dito acerca da lei estadual do Rio de Janeiro que permite o licenciamento veicular, ainda que inadimplido o IPVA

■ POR ALAN MAURANO SAVEDRA

**“Nossa Constituição prevê que será competência privativa da União legislar sobre trânsito e transportes (art. 22, XI da CRFB/88), bem como em seu art. 24, I, determina que caberá concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre o Direito Tributário. Nesse ponto, afirmo que a Lei nº 7.718/2017 do ERJ é constitucional, pois se refere ao Direito Tributário, e não ao trânsito e aos transportes.”**

**A**caba de ser publicada no Diário Oficial do Estado no Rio de Janeiro (ERJ), a Lei Estadual nº 7.718, de 10 de outubro 2017, que dentre outras providências, permite ao proprietário de veículo automotor realizar o licenciamento anual de seu veículo, ainda que esteja inadimplente quanto



a sua obrigação tributária junto aquele estado, no caso, o pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor (IPVA). Embora a Lei nº 7.718/2017–RJ nos pareça benéfica, deflagra a grave contradição entre os Poderes Judiciário e Legislativo, bem como nos alerta a respeito da malícia legislativa.

A lei em análise, de autoria do deputado Jorge Picciani, recebeu a seguinte redação, inclusive, já vigente:

Art. 1º A inadimplência do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, não poderá ser usada pelo Poder Executivo, como motivo impeditivo para que os proprietários dos veículos possam, junto ao DETRAN, vistoriar, inspecionar quanto às condições de segurança veicular, registrar, emplacar, selar a placa e licenciar veículo para a obtenção do Certificado de Registro e Licenciamento Anual, conforme prescreve o inciso III do Art. 22 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei nº 9.503/1997). Ver tópico Parágrafo Único – O DETRAN deverá fazer constar, caso exista inadimplência, no ato da vistoria tratada no *caput*, no Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo, os exercícios onde ocorreram a inadimplência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA.

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Em síntese, o impedimento da realização de vistoria devido ao inadimplemento do IPVA e/ou de multas de trânsito e a apreensão de veículo constituem

ato de confisco pelo Estado, com a finalidade de coerção do contribuinte ao pagamento do tributo inadimplido – IPVA. Contudo, deixar de praticar o confisco ou o princípio do não confisco, encontra-se já previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, dispositivo que expressamente aponta ser vedado à “União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] utilizar tributo com efeito de confisco”.

As súmulas nº 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal (STF) também, vedam:

[...] a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo; a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos; e que não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

A contradição entre os Poderes Judiciário e Legislativo ultrapassa a questão do princípio da independência dos poderes, já que deveriam ser harmônicos entre si. Torna-se fácil constatar tal contradição, quando observamos o Enunciado 11 dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e da Turma Recursal Fazendária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que prevê “ser lícito o condicionamento da realização de vistoria visando o licenciamento anual ao pagamento das multas e tributos pendentes”. Em verdade, o Judiciário contradiz a si próprio, já que o TJRJ julga e enuncia de forma avessa à jurisprudência e ao entendimento sumulado do STF.

A Lei nº 7.718/2017 foi promulgada com o propósito de fazer valer, no Estado do Rio de Janeiro, o que a jurisprudência e as súmulas do STF já fizeram valer em todo o território nacional, ou seja, nasce da ineficiência e teimosia do TJRJ em subordinar-se ao STF.

Se por um lado, demonstro o entendimento consolidado do STF a insubordinação do TJRJ a respeito do tema – coerção do contribuinte ao pagamento de tributo ou multa por infração de trânsito, por meio de atos confiscatórios –, e a promulgação da Lei nº 7.718/2017–ERJ, em outras palavras, a contradição entre os Poderes Judiciário e Legislativo; por outro, devo demonstrar o que há de oculto nesta norma. A lei estadual, que apenas tem dois artigos, no parágrafo único do art. 1º impõe que:

O DETRAN deverá fazer constar, caso exista inadimplência, no ato da vistoria tratada no caput, no Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo, os exercícios onde ocorreram a inadimplência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA.


Descrevo o que isso significa: os atos de licenciamento, emplacamento, registro e outros apenas acontecem após o pagamento de taxas, ou seja, tributos. Assim, a promulgação da lei em análise é um acréscimo ao erário público, uma vez que, por via de consequência, o condutor passará a ter registrado em seu certificado de registro e licenciamento de veículo (CRLV) a observação no tocante aos tributos devidos, vale dizer, o condutor agora poderá ser parado em uma *blitz*, onde será possível, com toda a certeza, afirmar quais débitos são devidos. Mas nada disse quanto a possibilidade de licenciamento do veículo com multas por infrações de trânsito inadimplidas.

Neste cenário, a desnecessidade de adimplemento do IPVA para licenciamento do veículo não deduz a possibilidade de realização do licenciamento quando houver multas de trânsito inadimplidas. Aqui está uma manobra do ente público, a possibilidade de realizar o licenciamento de veículo apenas após a quitação de multas de trânsito fará com que proprietários de veículos – na proporção da competência de cada ente para aplicação e arrecadação de multas por infração de trânsito – sejam obrigados ao pagamento total de multas de trânsito.

Aponto que os municípios também serão beneficiados pelo pagamento em massa das multas por infrações de trânsito, o sentido desse benefício, pois, apesar de o IPVA ser pago ao Estado, 50% de seu valor é repassado para o município em que o veículo estiver registrado.

Outra questão importante quanto a Lei nº 7.718/2017–ERJ diz respeito à constitucionalidade. Nossa Constituição prevê que será competência privativa da União legislar sobre trânsito e transportes (art. 22, XI da CRFB/88), bem como em seu art. 24, I, determina que caberá concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre o Direito Tributário. Nesse ponto, afirmo que a Lei do ERJ é constitucional, pois se refere ao Direito Tributário, e não ao trânsito e aos transportes.

O precedente do STF – julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1654 – embasa a afirmativa feita no parágrafo anterior. Ao menos, inclina-se no sentido do reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 7.718/2017–ERJ. Quando matéria semelhante foi defrontada em nosso Supremo Tribunal, a Lei nº 194/1994, do Estado do Amapá, que em seu art. 154, § único, previa que seria vedada “a retenção ou apreensão do veículo pelo não recolhimento do imposto devido no prazo regulamentar, quando este for licenciado no Estado, mas o inadimplemento impede a renovação da licença sob qualquer hipótese”, que por sua vez, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1654, de relatoria do ministro Maurício Corrêa, restou decidido, conforme publicado em 19/03/2004, que a “sanção administrativa em virtude do inadimplemento do pagamento do IPVA, seria matéria afeta à competência dos Estados-membros”.

Continuamos cegos diante da realidade. Assim, nos aguarda novas arbitrariedades estatais, um “selo de mau pagador” em nossos CRLVs, uma sujeição a um Tribunal de Justiça – TJRJ –, que possivelmente não se subordinará a tal lei estadual à permanência da necessidade de pagamento de multas de trânsito para a realização de licenciamento, além de um parecer da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), que muito possivelmente opinará pela inconstitucionalidade da lei estadual sob o fundamento de tratar-se de uma matéria de competência exclusiva da União para legislar, assim como o fez quanto à Lei nº 7.003/2015, também do ERJ, que previa a impossibilidade de o DETRAN/RJ “suspender ou cassar o direito de dirigir com base na soma de pontos perdidos por infrações cometidas em data anterior à data de renovação da carteira de habilitação”, o que, evidentemente, é uma questão procedimental administrativa, e não de trânsito. Ou seja, tendo ou não aplicabilidade e eficácia a Lei nº 7.718/2017–ERJ, o contribuinte será o prejudicado. 



ARQUIVO PESSOAL

**ALAN MAURANO SAVEDRA** é advogado, sócio na Marinho & Savedra Advocacia, palestrante na área de Direito de Trânsito, pós-graduando em Gestão Jurídica e Processo Civil pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC).



*José Matias-Pereira*

ARQUIVO PESSOAL

## Obstáculos ao combate a fraudes e à corrupção nas organizações públicas

**A**s fraudes e a corrupção são sérios obstáculos que dificultam o progresso social e econômico de qualquer país. É sabido que a corrupção sistêmica é gerada ou estimulada pelo próprio sistema em decorrência das fragilidades das instituições. Os ambientes pouco transparentes facilitam as ocorrências de fraudes e corrupções, impedindo que sejam detectadas (MATIAS-PEREIRA, 2017). A receita para enfrentar esse problema é a elevação dos patamares de qualidade tanto na governança pública como também na corporativa nas estatais.

Isso explica porque os órgãos legisladores e reguladores de todo o mundo, incluso o Brasil, trabalham de forma ativa para melhorar a governança corporativa, a fiscalização de auditoria e outros aspectos do processo envolvendo relatórios financeiros. Diante desse contexto, torna-se relevante perguntar: *É possível combater as fraudes e a corrupção nas organizações públicas no Brasil?*

A literatura que trata das análises dos escândalos de fraudes e corrupção ocorridos nos Estados Unidos, Europa e Brasil evidenciam que o problema não está na teoria contábil. A contabilidade oferece formas alternativas de se evidenciar alguns fatos contábeis, mas cabe ao profissional contábil a escolha entre uma e outra forma de contabilizar e evidenciar os fatos ocorridos. O termo “fraude” refere-se a ato intencional de omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis. O modelo teórico denominado “triângulo da fraude”, desenvolvido por Donald R. Cressey (1953) sustenta que, para uma fraude ocorrer, é necessária a convergência de três fatores: pressão, oportunidade e racionalização.

Do ponto de vista conceitual, a governança pública pode ser entendida como o sistema que determina o equilíbrio de poder entre os envolvidos – cidadãos, representantes eleitos (governantes), alta administração, gestores e colaboradores – com vistas a permitir que o bem comum prevaleça sobre os interesses de pessoas ou grupos. A contabilidade é o processo de produção de informações que diz

respeito às movimentações financeiras dos diversos tipos de atividade econômica, permitindo que o usuário as utilize para a tomada de decisões racionais. A contabilidade criativa, por sua vez, é essencialmente um processo de uso das normas contábeis, que consiste em dar voltas às legislações para buscar uma escapatória baseada na flexibilidade e nas omissões existentes dentro delas para fazer com que as demonstrações contábeis pareçam algo diferente ao que estava estabelecido em ditas normas (JAMESON, 1988).

Os estudos e avaliações evidenciam que a existência, qualidade e efetividade das políticas e programas voltados à prevenção, detecção e remediação de fraudes e atos de corrupção na administração pública brasileira, em especial, nas estatais, explicitadas nos escândalos do Mensalão e da operação Lava Jato se mostraram ineficazes. Constata-se que pouco mudou nas últimas três décadas, apesar dos esforços que foram feitos para melhorar a governança pública, a transparência pública e a governança corporativa das empresas estatais, visando a evitar fraudes e corrupção nas organizações públicas.

Essas fragilidades, é preciso alertar, decorre das deficiências presentes nos elementos ou princípios do ambiente de controle: as integridades pessoal e profissional; o comprometimento com a competência; o perfil dos superiores; a estrutura organizacional; a atribuição de autoridade e responsabilidade; e as políticas e práticas de recursos humanos. Nesse contexto, fica comprovada a relevância do perfil do gestor público, conforme sustenta a teoria de linhas de defesas, que aponta o administrador público como o principal agente no combate à fraude e à corrupção.

O sistema político vigente – contaminado pelos efeitos do corporativismo, patrimonialismo e do modelo de coalisão presidencial, que abre janelas para os desperdícios, a corrupção e a impunidade – não está interessado em mudar os critérios de indicações dos cargos estratégicos na Administração pública, por exemplo, ministros, secretários e dirigentes de estatais. Nele, o governante, ao promover o loteamento dos espaços na Administração pública em troca de apoio político no Parlamento, exige para as nomeações desses indicados apenas o critério “político”, relegando a um plano secundário a competência técnica, a postura ética e o compromisso do nomeado com o bem comum da população.

Pode-se afirmar, assim, que, mesmo que o sistema de controle esteja apoiado numa contabilidade bem-estruturada e analisada de forma consistente, somada a governanças pública e corporativa atuantes e rigorosas, ele não será capaz de evitar fraudes e corrupção, como as constatadas na Administração pública federal nos últimos anos, notadamente nas estatais, se esses gestores públicos, além de competentes e éticos, não estiverem comprometidos com os interesses maiores da sociedade. Fica evidente, dessa forma, a necessidade de se promover uma profunda reforma do sistema político, no qual os interesses da sociedade devem se sobrepor aos interesses políticos, partidários e pessoais dos que governam o Brasil. **■**

### REFERÊNCIAS

- CRESSEY, Donald R. “Other People’s Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement”, The Free Press, Glencoe, Illinois, 1953.
- JAMESON, Michael. *A practical guide to creative accounting*. London: Kogan Page, 1988.
- MATIAS-PEREIRA, José. Avaliação dos efeitos da crise econômica-política-ética nas Finanças Públicas no Brasil. *Revista Ambiente Contábil*, v. 9. n. 2, p. 117 – 141, jul./dez. 2017.

**JOSÉ MATIAS-PEREIRA** é economista, advogado, Doutor em Ciência Política, Pós-doutor em administração pela FEA-USP, e professor de administração pública e pesquisador associado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Universidade de Brasília.



# Aspectos constitucionais e processuais penais da colaboração premiada

■ POR HELOISA DE CARVALHO FEITOSA VALADARES

**“É inegável a legitimidade constitucional da colaboração premiada, bem como a sua importância para atingir os fins do sistema penal. Trata-se de relevante instrumento de combate à criminalidade, em especial nos casos em que lograr obstar delitos em curso e dismantelar organizações criminosas. Verdade também é que, mesmo diante da constatação da sua valia, a sua aplicação na prática tem tido o condão de reforçar a seletividade criminalizante no sistema penal, à medida que a negociação de benefícios nos moldes da Lei nº 12.850/2013 tem sido conduzida só em relação aos crimes de corrupções ativa e passiva, e correlatos.”**

O presente artigo tem por objetivo analisar os principais aspectos constitucionais e processuais penais pertinentes à colaboração premiada, apresentando as maiores críticas ao referido meio de produção de provas. Busca, ainda, estabelecer uma visão crítica acerca da mudança do paradigma processual no Brasil, com a maior utilização do instituto e a ampliação da incidência do princípio da oportunidade da atuação do Ministério Público. Com esse intuito, elaborou-se uma análise dos argumentos que pesam contra o instituto, demonstrando-se, em seguida, as justificativas para a sua legitimidade à luz da Constituição Federal de 1988. Para tanto, tomou-se a regulamentação da colaboração premiada contida na Lei nº 12.850/2013, para fins de traçar um contorno conceitual do instituto e breve abordagem analítica da sua aplicação, seguindo para a análise da sua natureza jurídica, a qual foi concebida em uma abordagem qualitativa em perspectiva crítica.

A colaboração premiada é instituto jurídico-processual bastante comentado e debatido na atualidade, em especial após a proliferação de diversos acordos do gênero, com indiciados e réus de processos derivados da Operação Lava Jato e outras da Polícia Federal a ela ligadas que têm revelado forte esquema de corrupção incrustado nas bases do Estado brasileiro.

Apesar de ter ganhado especial destaque ultimamente, a colaboração premiada não é uma novidade no ordenamento jurídico pátrio. Já havia autorização legal para a sua realização em diversos diplomas normativos, sem, no entanto, haver a regulamentação da sua propositura pelo Ministério Público, nem a modulação em uma transação entre o *Parquet* e a defesa, como pode-se verificar nos artigos 15, 16, 65, III e 159, § 4º do Código Penal. As Leis de Crimes Contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492/1986), a dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/1990), a dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), a Convenção de Palermo (incorporada no ordenamento brasileiro através do Decreto nº 5.015/2004), a Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998), a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e a que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) trazem dispositivos que premiam a colaboração de um agente que tenha praticado crimes objeto dos diplomas normativos. Entretanto, o instituto somente foi regulado com mais vagar na lei que versa sobre organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013), ganhando maior aplicação prática e efetividade desde então.

Quanto à designação empregada<sup>1</sup> para tratar do instituto objeto deste estudo, em que pese ser comumente tratado por “delação premiada”, essa não é a terminologia mais adequada para a sua menção. Isso porque com o advento da Lei nº 12.850/2013, que além de prever especificamente o meio de obtenção de provas como “colaboração premiada” (art. 3º, I), o determina com base em cinco diferentes resultados a serem alcançados, entre os quais figura a delação premiada. Vejamos a redação do art. 4º, *caput* e incisos:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão das tarefas da organização criminosa;

- III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A redação do artigo é bastante clara ao definir que basta um dos resultados elencados para que a colaboração premiada possa acontecer. Sendo assim, colaboração premiada é gênero, do qual delação premiada, prevista no inciso I como uma das formas de colaboração, é espécie. Quanto à sua natureza jurídica, a colaboração premiada consiste em meio de obtenção de prova, em um elemento informativo através do qual o conhecimento acerca de algumas provas tornar-se-á mais fácil. O entendimento do legislador é claramente no sentido de não caracterizar a colaboração premiada como prova, ao destacar que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamentos apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, Lei nº 12.850/2013).

Dessa forma, a colaboração premiada, isoladamente, não pode servir para embasar o convencimento do juiz, devendo este levar em conta a necessidade de corroboração entre a colaboração premiada e os elementos de prova dela oriundos, que confirmem as alegações prestadas pelo colaborador, tais como documentos que indiquem a materialidade dos produtos do crime e a participação dos coautores, identificação da destinação do produto do crime, etc. (LIMA, 2015, p. 545). Sobre a distinção entre provas (abordadas na citação como meios de provas) e meios de obtenção de provas é interessante colacionar o entendimento de Gustavo Badaró:

Enquanto meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à construção da história dos fatos. (BADARÓ, 2012, p. 270).

O próprio Código de Processo Penal (art. 155) a partir da modificação operada pela Lei nº 11.690/2008, passou a fazer distinção entre prova e elementos informativos, sendo aquela necessariamente produzida em contraditório judicial, e estes colhidos em investigação, ressalvadas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O art. 155 do Código de Processo Penal destaca que a formação da convicção do magistrado deve se pautar na livre apreciação das provas.

Nota-se, ainda, que a colaboração premiada é, além de meio de obtenção de prova, um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público<sup>2</sup> e a defesa, e como tal, não acontece sob a égide do contraditório, que somente terá lugar após a realização de todas as diligências geradas pelas declarações do colaborador, em fase processual, após eventual denúncia dos supostos coautores. Durante a condução da colaboração premiada os eventuais coautores delatados, em regra, não dispõem de meios para tomar conhecimento do seu teor, nem para opor-se a ele. O sigilo da colaboração premiada acontece com vistas a resguardar as di-

ligências a serem realizadas, de preservar a investigação de eventuais tentativas de obstrução. O art. 5º da Lei nº 12.850/2013 traz os direitos do colaborador, prevendo inclusive a possibilidade de ele usufruir das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807/1999, conhecida como Lei de Proteção às Testemunhas e Vítimas de Crimes. A estruturação de um sistema oficial de proteção aplicado aos réus e indiciados colaboradores<sup>3</sup>, sem especificação de crimes que deem direito ao seu usufruto (ver arts. 13 a 15 da Lei nº 9.807/1999) teve o condão de ampliar a possibilidade de acordos de colaboração premiada ao fixar garantias ao cooperando, independentemente dos termos avençados no acordo de colaboração premiada. Tal tutela figura como mais um elemento que vem somar proteção à investigação criminal e ao interesse do Estado de coibir a criminalidade organizada.

Entre as principais críticas em relação à colaboração premiada estão a alegação de que ela fere a eticidade do Estado e a boa-fé (que deveriam ser a base do Estado Democrático de Direito) ao possibilitar tratamento mais brando a pessoas que sabidamente praticaram crimes, e ir além, valendo-se de uma traição do colaborador aos comparsas. Parte da doutrina sustenta que para atingir a finalidade de fazer justiça e de coibir a criminalidade organizada o Estado estaria se valendo da colaboração de um delinquente, comprada a preço de impunidade e de tratamento benéfico, maculando, assim, o princípio constitucional aplicado no processo penal da isonomia.

Dessa maneira, instituto violaria outros princípios constitucionais aplicados ao processo penal, tais como o princípio da proporcionalidade, já que enseja a aplicação de tratamento e sanção diversos à agentes que praticaram o mesmo crime. Aviltaria os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que os delatados não dispõem de meios para obstaculizar o uso das provas oriundas da colaboração (conforme salientado, a colaboração, corre, em regra, de forma sigilosa).

Acrescentam os críticos que a colaboração premiada representa uma usurpação à competência jurisdicional do magistrado, já que constitui negócio jurídico processual firmado somente com a participação do Ministério Público e da defesa do colaborador. E sendo firmada sem a participação do juiz o submeteria à uma limitação em seus poderes ao avaliar o caso concreto, posto que teria de se ater aos termos avençados quanto ao prêmio prometido pela cooperação. Haveria uma subtração da possibilidade de julgar devidamente o feito, já que entre os possíveis prêmios figura inclusive o não oferecimento da denúncia<sup>4</sup> por parte do Ministério Público, em evidente exceção ao princípio da obrigatoriedade em face da existência de justa causa para o oferecimento da peça acusatória. A possibilidade de não oferecimento da denúncia pode acontecer se presentes os seguintes requisitos: a colaboração for efetiva e voluntária; o colaborador não for o líder da organização criminosa e tiver sido o primeiro a prestar a efetiva cooperação (art. 4º, § 4º da lei em estudo).

Milita contra o instituto a alegação de que ele enfraqueceria o trabalho de investigação policial, uma vez que poderia passar a ser utilizado como meio prioritário de obtenção de provas, acomodando a polícia judiciária.

Observa-se que a lei especifica a necessidade de a colaboração ser voluntária e efetiva. E para garantir a voluntariedade exige que o defensor esteja presente em todas as tratativas. Não se exige a espontaneidade, nem tampouco o arrependimento ou qualquer sentimento altruísta por parte do colaborador (nosso sistema penal trabalha com fatos, com aspectos que possam ser objetivamente verifica-



dos). Acrescenta-se a isso o fato de que em nenhum momento a lei coloca como determinante a delação dos comparsas, que, como demonstrado, é apenas uma das formas de colaboração.

Há que se ressaltar que o instituto já foi de grande valia para o desmantelamento de poderosas organizações criminosas na Itália, que não aconteceria sem a sua utilização. Tendo em conta que a Constituição Federal traz entre os princípios aplicáveis ao processo penal a celeridade e a razoabilidade, a necessidade prática de coibir delitos extremamente danosos aos interesses dos cidadãos brasileiros já justificaria a necessidade da manutenção e do uso de referido meio de obtenção de provas. Sob a égide do neoconstitucionalismo os princípios têm força normativa, haja vista que no caso concreto muitas vezes os princípios colidem entre si, e que não incidem por subsunção, como as regras, deve haver uma ponderação na sua aplicação para sopesar qual deve prevalecer e qual representa a melhor concretização da Constituição.

Quanto à alegação de aviltar o princípio da proporcionalidade entende-se que é fruto de uma rasa leitura do sistema processual penal. Impende lembrar que o Código de Processo Penal é recheado de cláusulas que demandam a observância de condições pessoais de acusados incurso na mesma prática delitiva, tais como a idade à época do crime, a personalidade do agente, sua vida pregressa, entre outras. A Lei nº 12.850/2013 segue a mesma linha, trazendo tratamento desigual para agentes que se comportem de forma diferente, fazendo com que quem colabora com o bom andamento da persecução penal, auxiliando na coibição da criminalidade (ainda que este não seja o intuito maior do colaborador), mereça tratamento diferenciado.

Outro argumento incabível é o de usurpação da competência jurisdicional do magistrado. Ainda que o acordo de colaboração premiada seja firmado sem a presença do juiz (como tem que ser, a fim de assegurar a imparcialidade na atuação e a garantia ao sistema acusatório, vigente no ordenamento pátrio), a sua atuação não se encontra maculada de forma alguma. Somente ao apreciar o pedido de homologação do acordo é que o juiz deve se ater exclusivamente aos requisitos legais para esse provimento interlocutório, com a verificação da regularidade, da legalidade e da voluntariedade. A simples homologação não importa em decisão de mérito quanto ao teor da colaboração (ver decisão contida no informativo nº 870 do STF, a respeito da homologação de acordo de colaboração premiada, de junho de 2017).

Ademais, a efetividade do acordo de colaboração premiada só será apurada com o decurso do processo, cabendo ao magistrado a última palavra quanto a sua verificação ou não, e, portanto, quanto a concretização ou não do prêmio avençado. Pela mesma necessidade de apreciação do mérito é que se justifica não haver qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Durante o processo, a parte eventualmente delatada terá oportunidade de contraditar o teor das declarações do colaborador e de apresentar argumentos e provas que contribuam para o livre convencimento motivado do julgador.

Não há que se falar em enfraquecimento da atuação policial. O que a prática tem demonstrado é o contrário. Os acordos de colaboração firmados recentemente originaram diversas operações policiais, descortinando um esquema antigo e muito elaborado de corrupção no seio dos Poderes da República Federativa do Brasil. Vale lembrar que a colaboração é mero meio de obtenção de provas,

ponto de partida para investigações mais apuradas no intuito de colher provas que corroborem com as alegações. Frisou-se bastante este aspecto, e o fato de a lei denegar a possibilidade de condenação com base exclusivamente em declarações colhidas em sede de colaboração premiada, exigindo a aplicação da regra da corroboração.

A finalidade do processo penal é a pacificação dos conflitos derivados do crime e a prevenção da criminalidade. A pena privativa de liberdade e a sua aplicação tradicional já demonstraram não ser o meio mais eficaz para cumprir com as finalidades narradas. É fato que a colaboração premiada passa agora por uma fase de rejeição, pala qual passou também a transação penal, quando da sua inserção no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.099/1995. Assim como aconteceu com a transação penal, que demonstrou a sua importância e eficácia ao reduzir o número de processos improdutos e onerosos no sentido de promover a solução da lide penal, o mesmo acontecerá com a colaboração premiada.

A ampla utilização do instituto da colaboração premiada é um reflexo da ampliação da incidência do princípio da oportunidade<sup>5</sup> na atuação do Ministério Público (que não é a regra no sistema processual penal brasileiro) e pode revelar uma importante mudança de paradigma do sistema processual penal brasileiro, caso siga-se no caminho de ampliação da discricionariedade na atuação do *Parquet*: da priorização da busca da verdade, para a aceitação da verossimilhança, com a consequente primazia da mais célere solução da lide penal quanto possível.

É inegável a legitimidade constitucional da colaboração premiada, bem como a sua importância para atingir os fins do sistema penal. Trata-se de relevante instrumento de combate à criminalidade, em especial nos casos em que lograr obstar delitos em curso e desmantelar organizações criminosas. Representa, inclusive, importante meio de exercício de autodefesa pelo réu, de forma que a sua retirada do ordenamento jurídico é que representaria grave mácula à Constituição Federal, no que diz respeito à necessidade de garantia de ampla defesa aos acusados.

Verdade também é que, mesmo diante da constatação da sua valia, a sua aplicação na prática tem tido o condão de reforçar a seletividade criminalizante no sistema penal, à medida que a negociação de benefícios nos moldes da Lei nº 12.850/2013 tem sido conduzida só em relação aos crimes de corrupções ativa e passiva, e correlatos. É fato que tais crimes, não só pelo seu impacto na vida dos cidadãos (que são os maiores prejudicados pelo uso da máquina pública fora dos parâmetros republicanos), como também pela reiteração com que ocorrem, são extremamente lesivos. Porém a não aplicação do instituto em relação à outras formas de criminalidade organizada, igualmente lesivas para a sociedade, dá margem à que o senso comum enxergue a colaboração premiada como sendo um tratamento privilegiado e injusto, o que já restou demonstrado ao não espelhar a verdade do instituto, com fulcro nas análises processual e constitucional realizadas. ■

#### NOTAS

- 1 Para aprofundamento acerca da origem e do conceito de colaboração premiada recomenda-se consulta às obras: *Legislação criminal especial comentada*, de Renato Brasileiro de Lima (2014, pp. 512-624); e *Crime Organizado – Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*, de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, devidamente referenciadas ao final do artigo.

- 2 A interpretação literal da Lei nº 12.850/2013 autoriza a realização de acordo de delação premiada pela autoridade policial. Ressalta-se, entretanto, que este não é o entendimento que prevaleceu. A doutrina majoritária entende que somente o Ministério Público tem legitimidade para as tratativas em voga, visto que a autoridade policial não dispõe de capacidade postulatória para peticionar ao Juízo pela homologação do acordo. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, concedeu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, garantindo a ele o juízo acerca da viabilidade da persecução penal (nota-se que entre os prêmios figura a possibilidade de não oferecimento da denúncia, que só poderia ser fruto de decisão do *Parquet*). Assim, prevalece que a autoridade policial pode somente sugerir o acordo, sem, no entanto, poder conduzi-lo ou sequer decidir sobre a sua celebração (LIMA, 2014).
- 3 Apesar de a Lei em análise referir-se diretamente aos réus colaboradores, prevalece o entendimento de que a sua melhor interpretação é no sentido de estender a possibilidade de proteção também aos indiciados que se prestem a colaborar com a Justiça.
- 4 Os possíveis prêmios de que trata a Lei nº 12.850/2013 são: o perdão judicial (art. 4º, *caput* e § 2º); a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3, se a colaboração acontecer antes da prolação da sentença, a redução da pena privativa de liberdade e até metade caso a colaboração aconteça após a condenação (art. 4º, *caput* e § 5º); o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (art. 4º, § 4º); a substituição da pena privativa de liberdade do colaborador por restritiva de direitos (ainda que ausentes os requisitos do art. 44, CP – art. 4º, *caput*); além da progressão de regime (ainda que não tenha atingido o requisito objetivo para obtenção do benefício, que é o cumprimento de 1/6 da pena em caso de crime comum, e de 2/5 para os réus primários e 3/5 para os reincidentes no caso de crimes hediondos ou equiparados – art. 4º, § 5º da Lei do Crime Organizado).
- 5 No sistema processual penal norte-americano existe a figura do *plea bargaining*, que expressa bem a aplicação do princípio da oportunidade, que prevalece por lá. O *plea bargaining* consiste numa troca consciente e sem obstáculos legais, ocasionada pelo amplo poder discricionário de atuação do Ministério Público, que pode decidir quando deve prosseguir com uma investigação, estabelecer imunidades para testemunhas, fixar recomendações ao Tribunal, estipular quando, como e por quais crimes o acusado será ou não submetido a persecução penal, podendo até dela desistir depois de transacionar (PEREIRA, 2002, p. 109). Em 2008, foi arquivada a PEC 230/2000, que propunha a inserção no rol do art. 129 da CF/88 como função do Ministério Público a faculdade de estabelecer negociações acerca da pena com os acusados, podendo barganhar pela colaboração no bom andamento do processo criminal, e assegurar a concessão de benefícios ao colaborador.

#### REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado – Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Penas e Medidas Alternativas – Reflexões Políticocriminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 1991.



**HELOISA DE CARVALHO FEITOSA VALADARES** é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Penal e Processo Penal (ESA-PE). Advogada e professora universitária.



## A autoridade policial e a delação premiada

■ POR LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

**“Inegável é que o Estado, na negociação do acordo de colaboração, pode ser representado pela autoridade policial, que se vale deste instituto para apurar sua investigação, buscando provas para confirmar as informações trazidas pelo delator e de outra parte. Há que se ter que a delação premiada não é um mal em si mesmo, até porque representa, na sua essência, uma alternativa para a defesa. O que se alerta é que tal instituto precisa ser objeto de aperfeiçoamento, sem que seja banalizado, mas que seja utilizado com as cautelas próprias das questões no âmbito penal.”**

**A** Constituição Federal estabelece a quem compete a investigação de infrações penais. Nada melhor que a leitura do texto constitucional, que é bastante claro, para se concluir que o legislador constitucional fez uma opção, no sentido de eleger qual parte do Estado, institucionalmente organizada, deve ser competente para apurar os delitos praticados no Brasil.

Assim, o art. 144 da Carta Magna estabelece que:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Dessa forma, ficou também estabelecido no § 1º do mesmo dispositivo que:

A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

E o § 4º completa o comando ao estabelecer que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Portanto, é inegável que a investigação criminal, por força constitucional, compete às polícias judiciárias, quer no âmbito federal, quer no âmbito estadual.

Não se confunda com poder de polícia, exercido pelo Estado para suas atividades básicas, especialmente de fiscalização. Não é difícil compreender, por exemplo, que o setor estatal responsável pela Vigilância Sanitária detém poder de polícia para bem cumprir suas atribuições, o que não se mistura com o poder para investigação criminal.

É verdade que muitos órgãos estatais colaboram para que o intento buscado pela Polícia Judiciária seja alcançado, o que não descaracteriza o comando da investigação, a qual deve estar nas mãos da autoridade policial. Isso é o que diz a Lei Maior, em sintonia com as leis infraconstitucionais que regulam essa matéria, cujo exemplo máximo encontra-se no Código de Processo Penal, quando estabelece as regras para o inquérito policial.

Convém ainda ressaltar o acerto do legislador brasileiro quanto a essa atribuição, porquanto preservou o salutar equilíbrio processual, mesmo na fase de investigação (pré-processual), acautelando-se de modo a colocar o Ministério Público no controle externo do procedimento, podendo o MP, inclusive, requisitar, vale dizer, determinar a produção de provas que devem ser realizadas pelo órgão policial, tudo destinado ao órgão acusador (MP), para sua apreciação quanto à eventual propositura de uma ação penal. Tudo isso ainda sob o crivo do controle jurisdicional, de modo a se respeitar a lei e principalmente as garantias constitucionais do cidadão.

Por óbvio, não se desconhece que, no Brasil, o Ministério Público, na prática, tem realizado investigação criminal, tese defendida por muitos, com a qual não concordamos, pelo contrário, preferimos a interpretação literal da Carta Magna e da lei, mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha interpretação diversa.

Face à atribuição constitucional, o legislador optou que também a autoridade policial tivesse a oportunidade de negociar os termos do acordo de delação premiada, tecnicamente denominada colaboração premiada.

Nunca se viu, como nos tempos atuais, tantos acordos de colaboração premiada no Brasil, muito embora esse instituto não seja recente em nossa legislação.

A delação premiada consiste num acordo celebrado, de um lado, pelo investigado, acusado ou condenado e, de outro, pelo Estado, o qual se perfaz com a confissão e com informações relevantes do agente criminoso, que negocia com o Estado benefícios que reduzam sua pena ou lhe propiciem até a obtenção do perdão judicial.

Nossa legislação contempla a delação premiada, desde a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 1990), que no seu art. 8º, parágrafo único, já previa a redução de um a dois terços da pena para aquele integrante de quadrilha formada para a prática de crimes hediondos que denunciasse seus comparsas ao Estado.

No crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, § 4º, do Código Penal) também se previa a delação premiada, desde que houvesse a liberação da vítima.

Outros textos legais passaram também a prever o instituto, como nas leis que reprimem os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 1990) e os crimes praticados por organização criminosa (Lei nº 9.034, de 1995).

Todavia, foi com o advento da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613, de 1998) que a delação premiada passou a ser percebida e negociada em nosso país, talvez porque trouxe a possibilidade de o Estado conceder até o perdão judicial para o delator. No ano seguinte, o instituto foi reproduzido também na Lei de Proteção à Testemunha (Lei nº 9.807, de 1999).

Mais recentemente, foram promulgadas leis que trouxeram destaque à delação, tais como a Lei de Crimes de Tráfico de Entorpecentes (Lei nº 11.343, de 2006) e a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 12.529, de 2011), a qual previu também o acordo de leniência, regravando-o.

Durante muitos anos, discutiu-se o formato da delação premiada, pois, embora prevista, era genericamente, sem, contudo, estabelecer de forma clara suas regras. Foi no acordo de leniência que se estabeleceu o sigilo, a identificação dos delatados, a entrega de documentos e provas do crime, a confissão e cooperação plena do delator, dentre outras regras.

Somente mais recentemente, com a promulgação da Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2013), é que se desenhou um procedimento mais completo sobre a delação premiada.

A Lei nº 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, alterou o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e revogou a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, estabelecendo de modo claro a forma como deve se dar o acordo de colaboração.

A previsão legal estabelece, no art. 3º, que “em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada”, dispositivo pelo qual nota-se, primeiramente, que no texto legal a colaboração premiada é meio de obtenção de prova e não a própria prova.

O acordo de colaboração que, pode-se dizer, é um verdadeiro contrato, deve trazer as condições propostas, negociadas e estabelecidas pelas partes, além do depoimento do delator, sua confissão, informações, meios de provas a corroborar o que alega, os resultados pretendidos, a aceitação expressa das partes, inclusive do advogado, bem como os mecanismos de proteção do delator e de sua família, se necessários, contendo a assinatura de todos. Esse “contrato”, denominado termo de acordo, é que deve ser encaminhado ao magistrado para homologação.

Mas, afinal, quem são as partes? As partes são, de um lado, o Estado e, do outro lado, o acusado, o colaborador, o delator. E o Estado é representado por quem? Jamais o juiz, que tem sua participação proibida pela lei nessa fase negocial, sendo o Estado representado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, conforme previsto no § 6º do art. 4º da citada lei, o qual estabelece que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

Verifica-se, pois, que o legislador legitima o delegado de Polícia ou o Ministério Público, de um lado, como parte para essa negociação de colaboração premiada, e de outro, como vimos, o investigado, sempre assistido pelo seu defensor.

Nenhuma dúvida persiste quanto a legitimação da autoridade policial para essa negociação, com o destaque de que, neste caso, o Ministério Público deve manifestar-se. Se assim não fosse, o legislador não elencaria as duas possibilidades de acordo, com a autoridade policial ou com o Ministério Público. Desse modo, não se justifica a reação de setores do Ministério Público que resistem a possibilidade de o acordo de colaboração ser negociado pela autoridade policial.

O *caput* do art. 4º estabelece algumas condições gerais para o acordo, ao fixar que:

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Novamente, a competência da autoridade policial é reafirmada no § 2º desse mesmo artigo, quando estabelece que:

Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Após a celebração do acordo de colaboração, que deve se dar por escrito, com a assinatura das partes e do defensor, o termo deve ser enviado ao juiz para sua homologação, tudo previsto no art. 6º, ao estabelecer que:

O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Destaque-se ainda que em razão da vedação de participação do juiz na fase de negociação a sua participação para homologar deverá se limitar ao exame das questões formais, vale dizer, é vedado ao juiz adentrar no mérito das condições negociadas. Portanto, a homologação presta-se a verificar se o acordo será celebrado atendendo-se a forma legal tão somente.

Esse é o comando estabelecido no § 7º do mesmo artigo, quando estabelece que:

[...] realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual

deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Completa o legislador no § 8º, ao determinar que “o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”.

Um dos pontos mais importantes para que o acordo possa surtir efeito jurídico é a condição de voluntariedade prevista na lei, conforme destaque acima, o que, por si só, já merece uma reflexão mais aprofundada.

Assim, a regra a ser observada é a da voluntariedade, pois a delação premiada não pode ser compelida ao delator, que jamais poderá ser forçado a delatar. Nesse tópico, há que se destacar que a voluntariedade está intimamente ligada à origem da delação premiada, pois o delator deve agir movido pelo sentimento de arrependimento, afastando-se da prática criminosa e colaborando para que o crime seja punido e não haja sua reiteração. E mesmo que o intento do delator seja tão somente negociar, egoisticamente, a redução de sua pena, a lei obriga que a voluntariedade esteja presente.

Imenso debate se trava hoje sobre esse ponto, pois a voluntariedade pode significar que a delação deve ser de iniciativa do delator, que a fará se desejar, livremente, negociando sem pressões ou ameaças, isto tudo num ambiente de liberdade para decidir. Ora, para se ter liberdade para decidir quanto à realização da delação premiada há que se ter a liberdade de ir e vir.

Como afirmar que alguém que realiza uma delação premiada possa fazê-la de forma voluntária, se este alguém já é alvo de uma investigação, ou ainda de uma acusação num processo criminal, ou, ainda pior, quando preso cautelarmente? Nas primeiras hipóteses, de investigação ou de processo crime, a presença obrigatória do advogado para todos os atos da delação poderá garantir a ausência de vícios na voluntariedade, todavia, isso não se pode afirmar quando o delator se encontrar preso.

É inegável que o homem preso preventivamente está submetido a uma enorme carga emocional que o oprime, submetido ao fenômeno da prisionização e suporta ele uma das mais doloridas e sofridas experiências de um ser humano. Não é por acaso que a humanidade buscou o pior castigo para punir alguém, com a supressão de sua liberdade.

Ora, como alguém que não pode ir e vir livremente, que é submetido ao convívio nefasto do cárcere, que sofre as humilhações do aprisionamento, da submissão, das regras carcerárias cruéis e infamantes, que suporta a vergonha da cadeia para seus parentes e amigos, que sofre com a desumana privação do que é mais comozinho, como a ausência de privacidade para realizar suas necessidades fisiológicas, que come o que lhe é oferecido, sem escolha ou critério, que dorme sem condições mínimas de repouso, que muitas vezes enfrenta a superlotação carcerária e até sevícias físicas e sexuais, como alguém submetido a essa pressão psicológica pode preservar sua voluntariedade?

Por óbvio, o espírito da voluntariedade inexistente nesse ambiente e compromete a iniciativa da delação premiada, que é buscada para se obter a liberdade.

Nem se vislumbra aqui a odiosa prática de, deliberadamente, se prender para forçar a delação premiada, pois tal representaria um crime estatal tão nefasto quanto o crime que se deseja combater. Nunca é demais lembrar que o Estado não vinga, mas a ele se reserva a atribuição constitucional da Justiça, e esta só se

efetiva com a serenidade da observância e do cumprimento das regras legais, sob pena de se nulificar todo o esforço estatal de combate ao crime, pois num Estado Democrático de Direito, todos, absolutamente todos, Estado e cidadãos, devem se submeter às leis.

Convém ainda reiterar que a delação não é prova, conforme preceitua a lei que estabelece no § 16, do art. 4º, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Ora, a palavra do delator não é prova judicial, mas somente informação, pois necessita, para se tornar prova processual, que outros elementos probatórios venham corroborar o que tiver sido informado. Assim, a palavra do delator que não encontre, durante a instrução, elementos de prova a convalidá-la, não poderá servir de fundamento para uma sentença condenatória. E mais, a palavra isolada, sem comprovação por outros meios, colocará em risco a própria delação, que se apresentará imprestável, pois lhe faltará efetividade.

É importante destacar que não se fala aqui da mentira, porquanto esta fulmina o acordo de delação, mas, ao contrário, fala-se da suposta verdade que, embora indicados os mecanismos para corroborar o que tiver sido informado, o Estado mostra-se incapaz de realizar a prova indispensável a validar a palavra do delator. Nesse caso, o ônus deve ser suportado pelo Estado e pelo próprio delator, com a consequente rescisão da delação, mas jamais pelo delatado.

Caso o delator falte com a verdade durante as medidas de colaboração o seu acordo de delação premiada será rescindido. Existe também a possibilidade da retratação das partes, o que, a nosso ver, traz fragilidade ao instituto, porquanto a segurança do que tiver sido pactuado sempre será relativa sob este aspecto.

A delação premiada, todavia, somente se aperfeiçoa produzindo o resultado pretendido, quando da sentença, oportunidade na qual o magistrado examinará a eficiência do acordo, e se tudo o que for pactuado for realmente cumprido, de forma a dar efetividade ao pacto quanto à pena negociada ou até ao perdão judicial, se este tiver sido estabelecido. Convém lembrar, todavia, que o juiz da causa, que proferirá a sentença, não está obrigado aos termos do acordo, podendo decidir, independentemente do acordado. Ademais, o magistrado poderá simplesmente entender que o acordo não foi efetivo e desprezá-lo totalmente.

Observa-se que o acordo de colaboração será sempre sigiloso, só sendo possível levantar-se o sigilo quando recebida denúncia, que tem por base a própria delação, conforme estabelecido no § 3º do art. 7º, o qual prevê que “o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º”.

Assim, inegável é que o Estado, na negociação do acordo de colaboração, pode ser representado pela autoridade policial, que se vale deste instituto para apurar sua investigação, buscando provas para confirmar as informações trazidas pelo delator e de outra parte. Há que se ter que a delação premiada não é um mal em si mesmo, até porque representa, na sua essência, uma alternativa para a defesa. O que se alerta é que tal instituto precisa ser objeto de aperfeiçoamento, sem que seja banalizado, mas que seja utilizado com as cautelas próprias das questões no âmbito penal. ■



**LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO** é advogado criminalista, presidente de honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM e da Academia Brasileira de Direito Criminal - ABDCRIM, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, presidente do LIDE JUSTIÇA, conselheiro federal da OAB e foi Presidente da OAB/SP por três gestões.



## Delação premiada e algumas inconstitucionalidades flagrantes na Lei nº 12.850/2013

■ POR PATRÍCIA COBIANCHI FIGUEIREDO

**“Aberrações jurídicas podem não ser decorrentes do § 14 que pretende abolir os direitos constitucional e internacional de se manter em silêncio, mas podem decorrer das cláusulas do acordo de colaboração, envolvendo ainda muitos outros direitos humanos fundamentais irrecorríveis. Embora haja o controle realizado pelo Poder Judiciário ao homologar (ou não) tais acordos, é preciso muita atenção, mesmo porque já há notícia de pretensa “institucionalização” de tal “acordo de não persecução penal”, conforme a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.”**

**N**o Brasil, a delação premiada está prevista em várias leis e ainda há vários projetos de lei sobre o tema. Com base nas normas é possível entender se tratar de hipóteses previstas pelo legislador para a redução de pena, o perdão judicial, o regime penitenciário diferenciado ou até o não oferecimento de denúncia àquele que, embora se revele um transgressor confesso, demonstre certo poder de informações para colaborar com a persecução penal, especialmente com a colheita de provas (ainda que não isoladamente), com a identificação de outros envolvidos e a recuperação do produto do crime ou a localização da vítima.

Nos ensinamentos de Damásio E. de Jesus (2005), a delação é:

[...] a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). Já a Delação premiada configura aquela incentivada pelo legislador, que *premia* o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.).

Na delação premiada não há, necessariamente, o envolvimento (delação) de outros transgressores. Damásio ainda esclarece que:

A abrangência do instituto na legislação vigente indica que sua designação não corresponde perfeitamente ao seu conteúdo, pois há situações, como na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98), nas quais se conferem prêmios a criminosos, ainda que não tenham delatado terceiros, mas conduzam a investigação à “localização de bens, direitos ou valores objetos do crime”.

A mencionada Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9613/1998) sofreu alteração, em 2012, com a Lei nº 12.683, que trouxe nova redação ao § 5º do art. 1º, a saber:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Tal dispositivo colabora para a compreensão do instituto de uma forma mais abrangente a indicar, como exposto, que não necessariamente o transgressor precisa delatar seus comparsas para premiação.

A Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) prevê no parágrafo único do art. 8º que:

O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Em 1995, a Lei nº 9.080/1995 incluiu o § 2º ao art. 25 da Lei nº 7.492/1985 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), a saber:

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

A mesma Lei nº 9.080/1995 acrescentou o parágrafo único ao artigo 16 da Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

A Lei nº 9.269/1996 modificou a redação do § 4º, do art. 159, do Código Penal (trata do crime de sequestro), a saber:

§ 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

A Lei nº 9.807/1999, conhecida como de Proteção à Vítimas e Testemunhas, também coloca sob proteção os acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, trazendo todo um capítulo (Capítulo II) para tratar de tal fim. Podemos ler a transcrição na parte que mais interessa a seguir:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato crime nosso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

A Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), prevê, em seu art. 41, que:

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

A Lei nº 12.850/2013 (Crime Organizado) revogou a Lei nº 9.034/1995, e trouxe ampla previsão acerca do que denomina colaboração premiada, a qual por ser objeto deste estudo será oportunamente mencionada.

### **ALGUMAS CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS E UM RECORTE NECESSÁRIO**

As várias legislações mencionadas deixam clara a receptividade da delação premiada no Brasil. Mas, não estão sós. Sem adentrar na questão do clamor social

imediatista, basta colocar que o próprio Supremo Tribunal Federal, de certa forma, já avalizou o instituto com algumas homologações.

Assim, tratar da delação premiada sob o aspecto da sua constitucionalidade não é tarefa fácil. Há severas críticas à delação premiada sobre as quais é impossível discordar, já que seria necessário outro artigo para abordá-las. A título de exemplo, pode-se abordar a delação premiada sob o princípio constitucional da moralidade administrativa em sua concepção ampla a ser seguida por todos dos três Poderes e também pelo Ministério Público. Seria flagrante a inconstitucionalidade da delação premiada ao se apresentar como uma estratégia que, ante a ineficiência do Estado na persecução penal, vale-se de transgressores, mediante prêmios, para atingir o fim de responsabilização daqueles que, na visão do próprio Estado, precisam de um processo e de uma pena para que sejam novamente considerados aptos ao convívio em sociedade.

As perguntas que não se calam são as seguintes: se a lógica do sistema é a pena como meio de ressocialização, por que aceitar premiar um transgressor com o perdão judicial ou, muito pior, com o não oferecimento da denúncia?

Não seria preferível, por ser mais justo e ético, procurar pela implementação definitiva e mais ampla da justiça restaurativa a ficar dando provas da ineficiência estatal ao ponto de negociar com o próprio transgressor?

A opção pela delação premiada seria o caminho do mínimo esforço para a persecução penal, que jamais deveria ser aceita, ao menos ao se considerar a receita tributária que é fartamente dispensada para tanto?

Até quando aceitar a promoção de inconstitucionalidades por parte do Legislativo, do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário?

A delação premiada é muito bem aceita, por grande parte da sociedade e, infelizmente, pelos intérpretes oficiais da Constituição brasileira, aqueles que, inclusive, firmaram compromisso de respeitá-la.

Não é demais lembrar que se espera do cidadão o cumprimento do seu dever de colaborar com a Justiça, sendo público o quanto tal colaboração vem sendo efetivamente exercida com o sistema de “disque-denúncia”. É louvável que um transgressor também opte por usar desse meio, mas é pouco provável. Portanto, se aceitar o mal necessário da delação premiada e, a partir de então, buscar por justificar suas “constitucionalidades”, como tem sido feito por muitos adeptos de tal instituto, que nada mais é do que a própria constatação da ineficiência e da imoralidade do próprio Estado.

Não há mal necessário que possa afastar certas flagrantes inconstitucionalidades. Eis aqui o recorte necessário diante da aclamação pública e institucional para a delação premiada.

Para tanto, num primeiro momento, será necessário trazer a concepção adotada por inconstitucionalidade e qual parâmetro para aferi-la. Dentro desse “molde” restará evidente a inconstitucionalidade da previsão legal de não oferecimento da denúncia e da imposição de renúncia do direito ao silêncio, além de se ventilar as inconstitucionalidades que podem surgir com as cláusulas do acordo.

### CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE

Inconstitucionalidade, em sentido amplo, designa a contrariedade de qualquer ação ou omissão com a Constituição. Em sentido restrito excluem-se as ações e

omissões dos particulares para designar apenas os atos e omissões advindos do poder público. Da acepção restrita é possível estreitar mais para designar apenas a contrariedade de leis com a Constituição. Conforme a lição de Elival da Silva Ramos (1994, p.61):

A inconstitucionalidade dos atos legislativos, entretanto, deve sempre merecer tratamento específico, posto que apresenta regime jurídico próprio, tanto no que concerne ao vício e à sanção de inconstitucionalidade quanto no que toca aos instrumentos estabelecidos para o seu controle, devendo ser apartada de certas modalidades de contradição.

A inconstitucionalidade deve ser evitada ou repelida, pois coloca em risco a supremacia constitucional e, assim, a própria Constituição, que precisa ser garantida. Jorge Miranda (1996, p. 14-16) leciona sobre essa perspectiva da garantia que aqui adotamos:

Na perspectiva da garantia, para lá da descrição da inconstitucionalidade como invalidade, procura-se a garantia da Constituição na relação concreta, procura-se a eficácia da norma constitucional. [...] Como uma norma jurídica válida deve ser garantida e a sanção é reclamada pela imperatividade, a inconstitucionalidade na perspectiva da garantia e figurando-se como invalidade testemunha a própria validade das normas garantidas. A garantia da Constituição revela-nos o Direito Constitucional: vamos ver que justamente o actual estágio do Direito Constitucional leva consigo uma fase de busca de garantia da Constituição, em confronto com uma fase anterior em que se descobre na própria Constituição a garantia. [...] A inconstitucionalidade deixa de ser observada num conceito de invalidade em abstracto; tem de ser observada – e depurado o seu conceito – num momento histórico. Podemos tomá-la como um conceito de invalidade historicamente variável.

Assim, evitar ou repelir a inconstitucionalidade por afronta à supremacia constitucional é garantir a própria Constituição. Ao tratar da formação do princípio da constitucionalidade, Jorge Miranda (1996, p.77) ensina que:

A par com a evolução operada no conteúdo de Constituição existe uma evolução em plano um tanto diferente. Representá-la-emos como sendo o decurso de uma Constituição, tida por garantia terminante e necessária, para uma autonomizada garantia das normas; como sendo a passagem de uma luta pela Constituição, título de segurança e justiça, para um empenho em se rodear de meios acessórios de coercibilidade. Não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida.

Esclarecida a concepção de inconstitucionalidade faz-se necessário evidenciar qual o parâmetro para identificá-la. Considerando a finalidade precípua de qualquer Constituição de declarar e garantir direitos fundamentais e a atual internacionalização dos direitos humanos fundamentais, não há como pretender que o parâmetro para se identificar uma inconstitucionalidade seja apenas a verificação dos comandos maiores, que outrora se encontravam limitados pela soberania de um Estado. As constituições atuais já reconhecem e recebem os direitos humanos fundamentais internacionalmente reconhecidos, como é o caso dos arts. 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB/1988.

É relevante que no controle da constitucionalidade se considere a internacionalização dos direitos humanos, o que, de certa forma, já vem sendo feito há tempos pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Note-se que J. J. Canotilho (2000, p.1318) nos traz sugestões para um constitucionalismo global, com princípios ou regras, ou ainda, na visão do autor “de forma sintética” os seguintes “traços caracterizadores deste novo paradigma emergente”:

(1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (*paradigma hobbesiano/westfalliano*, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por *valores, princípios e regras* universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da *dignidade humana* a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

O inter-relacionamento do Direito Constitucional com o Direito Internacional dos Direitos Humanos traz nova concepção de soberania e de supremacia constitucional, pois atualmente não se desprezam os comandos constantes nos tratados internacionais de direitos humanos quando incorporados no ordenamento jurídico interno. Bem por isso, tais comandos internacionais acabam por também garantir a própria Constituição. Não por outra razão, são recorrentemente citados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição. Como já defendemos, o parâmetro para o controle da constitucionalidade abarca os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. (COBIANCHI, 2011).

No parâmetro para o controle da constitucionalidade também estão decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal, aquelas decorrentes das ações do controle concentrado, as das súmulas vinculantes e, atualmente, os provenientes do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral. Não que isso signifique uma petrificação de entendimentos do Supremo Tribunal Federal, longe disso. Sabemos bem que o próprio Supremo muda de entendimento, o que é esperado diante da própria dinâmica do Direito.

Com os parâmetros demonstrados, que se valem da específica hermenêutica constitucional, pode-se aferir a inconstitucionalidade. É a hermenêutica constitucional que vai delimitar um caminho seguro para o intérprete. Assim, a interpretação da Constituição está sempre presente, seja no momento de aplicar normas aos casos concretos, seja para o controle da constitucionalidade, concentrado ou difuso, ambos adotados no Brasil.

Vale ainda ressaltar que a interpretação da Constituição não está restrita aos Poderes do Estado, mas vai além dos intérpretes oficiais, abrangendo todos os seus destinatários. Para Peter Häberle (1997, p. 13):

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.

Definido o poder da inconstitucionalidade de pôr em risco a própria Constituição e qual o parâmetro para identificá-la, eis o momento de trazer à lume algumas previsões legais para análise.

Não que se utilizará de todo o parâmetro, tal como exposto, muito menos de todos os métodos de interpretação, mesmo porque, como anteriormente colocado, para este estudo optou-se pelas inconstitucionalidades entendidas como flagrantes, como gritantes e, para identificá-las, não precisa muito.

Como se deixará observado, outras inconstitucionalidades podem surgir dos acordos de delação premiada ou até de outros meios. Daí a necessidade de trazer as breves considerações sobre inconstitucionalidades, parâmetro de controle e interpretação constitucional.

### AS FLAGRANTES INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI Nº 12.850/2013

Como já colocado, seria possível tratar de várias inconstitucionalidades da delação premiada, a começar pelo próprio instituto. Todavia, a opção foi pelas quais mais incomodam e que não devem ser toleradas, ao menos enquanto estiver em vigor no Brasil a ordem constitucional que temos desde 1988.

A Lei nº 12.850/2013 (Crime Organizado), dispõe sobre a colaboração premiada na seção I, arts 4º a 7º, na parte que aqui interessa:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Percebe-se claramente a função do colaborador, um transgressor, qual seja, como um braço extra do Poder público para ajudar na persecução penal no que tange à autoria e à materialidade do delito, além da prevenção de infrações penais, recuperação do produto ou proveito das infrações e, enfim, o nobre objetivo de localização de vítimas. Para tanto, o transgressor poderá receber, como recompensa da colaboração, o prêmio da redução da pena, a substituição por pena mais branda e até mesmo o perdão judicial.

A “premiação” pela colaboração ocorre após o processo penal. Vale dizer, o transgressor-colaborador é primeiramente processado e condenado (com tudo que disso advém) para, apenas então, receber seus “prêmios” na fase da dosimetria da pena.

Ocorre que um superprêmio foi previsto no § 4º do artigo 4º, a saber:

Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.



Não bastam aqueles “prêmios”. É preciso incentivar mais para que o transgressor ajude na persecução penal. Agora, nem mesmo será processado!

Numa primeira análise poder-se-ia considerar como uma exceção legal ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, tal como no caso da Lei nº 9.099/1995, que prevê a transação penal com condão de afastar o processo. Mas não se trata disso, pois a referida lei inaugurou sistema peculiar para tratar dos crimes de menor potencialidade e neste trouxe outra forma de tratar o problema do delito, diferente do processo que pode resultar numa pena. O então acusado pode aceitar a proposta que lhe traz sempre uma incumbência e, dessa maneira, ficará livre do processo. Vale registrar, inclusive, que ele pode não aceitar a proposta e, ainda assim, ficar livre da incumbência caso seja absolvido ao término do devido processo legal.

Portanto, não se trata de uma exceção à obrigatoriedade da ação penal, bem como não se trata de exceção ao princípio da indivisibilidade da ação penal

Tais princípios encontram amparo constitucional e, só por isso, desrespeitá-los é também desrespeitar os comandos constitucionais.

O Estado Democrático de Direito há muito repeliu a justiça privada, concentrando em si o *jus puniendi*. Para tanto, existe toda uma estrutura prevista na Constituição que engloba principalmente os órgãos de segurança pública, o Poder Judiciário e o Ministério Público.

No que tange ao Ministério Público, entre suas funções previstas no art. 129 da CF/1988, a primeira é promover, privativamente, a ação penal pública. Este comando não deve ser considerado isoladamente, mas sim juntamente com o do art. 5º, IX, o qual determina que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

O comando é claro, qual seja, cabe ao Ministério Público, de forma privativa, a titularidade da ação penal. Contudo, se ele não agir tal titularidade deixa de ser privativa e pública e passa a ser privada.

A leitura é simples, pois a ação penal deve ser promovida e aqui repousa o princípio da obrigatoriedade da ação penal que, além de ser função do Ministério Público, se revela um direito de todos. É o direito de ver aqueles que praticaram ilícitos penais serem submetidos ao devido processo. Aqui também repousa o princípio da indivisibilidade da ação penal no sentido de que todos que supostamente praticaram o ilícito devem ser denunciados, mesmo porque o tratamento igualitário é um comando constitucional e não promover formas de discriminação é um princípio fundamental (art. 3º, IV). A lei deve punir atos discriminatórios e não criá-los (art. 5º, XLI). Na elaboração da lei, a fim de atender ao princípio da legalidade (art. 5º, II), é preciso atentar que não basta ser lei, ela tem de ser uma lei constitucional.

Não é demais asseverar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) não se restringe ao direito de acesso ao Poder Judiciário, ele abarca também o direito de todos de que a lesão ou ameaça de lesão a direito será apreciado pelo Poder Judiciário. Os maiores bens jurídicos estão tutelados pelas leis penais. Portanto, qualquer ofensa a tais bens deve ser levada à apreciação do Poder Judiciário.

Quando se tratar de direitos de todos, como os aqui expostos, dizem respeito aos direitos humanos fundamentais e, portanto, inerentes aos princípios da cidadania e da dignidade humana (art. 1º, II e III).

O direito à segurança jurídica, que é inerente ao Estado Democrático, também deve ser evidenciado. Isto porque a deixar de denunciar diante de uma justa causa para fazê-lo precisaria da observância de requisitos que encontrassem amparo constitucional, o que, pelo visto, não é o caso. Muito pelo contrário, pois não há nada de constitucional em se escancarar uma porta do Estado – que detém com exclusividade o direito de responsabilizar e punir – para todos os transgressores que praticam crimes de forma organizada e, depois, correm para delatar seus comparsas e, assim, não serem submetidos ao devido processo que, sob essa ótica, também é um direito de todos. Mesmo porque, no caso, também tem relação com o direito à segurança, tal como previsto nos arts. 5º, 6º e 144 da Constituição Federal.

Outra colocação que deve ser feita diante do famigerado comando de não denúncia é trazer à baila mais um direito fundamental, aquele previsto no art. 5º, XLIII, a saber:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

É de fácil compreensão que muitos desses crimes são ou podem ser praticados por organizações criminosas e, para eles, além da inafiançabilidade, não há graça nem anistia. Logo, pode-se considerar uma inconstitucionalidade flagrante o “prêmio” ao infrator de não ser oferecida a denúncia.

É necessário ressaltar que para os direitos constitucionais aqui mencionados não pode haver retrocesso, o que, por si só, daria ensejo para outro estudo. Importa que nas aulas basilares de Direito Constitucional compreendamos tais direitos como cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos da Constituição. Ofende também às cláusulas pétreas quaisquer alterações – que não a abolição – que representem um retrocesso.

Disso resulta que nem mesmo o Poder Constituinte Derivado pode agir no sentido de ferir tais direitos.

Soma-se a isso o fato de, atualmente, tais direitos estarem internacionalizados, uma vez que são os direitos humanos fundamentais que se encontram no texto constitucional e também fora dele, nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Essa realidade se traduz numa limitação até mesmo para o Poder Constituinte Originário, que pode trazer uma nova ordem constitucional, mas jamais que venha ao contrário do que já está previsto internacionalmente.

No Brasil, por vezes, o legislador ordinário se mostra desconhecedor ou desrespeitador mesmo a tal realidade. Mostra cabal disso é outra inconstitucionalidade flagrante que trouxe com a Lei nº 12.850/2013, mais especificamente no seu art. 4º, § 14, a saber:


Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Diante das colocações anteriores pode-se concluir que o legislador ordinário pretendeu ser Poder Constituinte Originário e, ainda, assim, incorretamente, pois desrespeita também direito internacionalmente reconhecido em tratados dos quais o Brasil é signatário.

Tais direitos humanos fundamentais são irrenunciáveis. Se a pretensão é premiar pela colaboração/delação, até certo ponto e com ressalvas pode ser tolerado. Agora, impor renúncia de direitos humanos fundamentais já é demais. O colaborador já colaborou. Com a homologação do “acordo” segue-se com o devido processo legal e tudo que lhe é inerente, cabendo, como deve ser, ao Ministério Público, utilizando-se da colaboração, provar o que lhe cabe, e não ao acusado ficar produzindo prova contra si mesmo.

Ora, se um réu decidiu, num primeiro momento, confessar, e durante seu depoimento ele desiste da confissão, estará ele obrigado a continuar? Ademais, qual é a consequência da falta de observância do compromisso legal de dizer a verdade? Seria a quebra do acordo? Não pode o acusado, no exercício do seu direito de defesa, preferir quebrar o acordo?

Tal imposição é uma aberração jurídica, seja pelas razões constitucionais já expostas, seja porque se pretende, mediante lei, que um transgressor/delator se mostre fiel ao compromisso de dizer a verdade.

Por fim, aberrações jurídicas podem não ser decorrentes desse § 14, que pretende abolir os direitos constitucional e internacional de se manter em silêncio, mas podem decorrer das cláusulas do acordo de colaboração, envolvendo ainda muitos outros direitos humanos fundamentais irrecorríveis. Embora haja o controle realizado pelo Poder Judiciário ao homologar (ou não) tais acordos, é preciso muita atenção, mesmo porque já há notícia de pretensa “institucionalização” de tal “acordo de não persecução penal”, conforme a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público. 

#### REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed, Coimbra: Almedina, 2000.
- COBIANCHI, Patrícia Figueiredo. Os tratados internacionais de direitos humanos e o controle da constitucionalidade. São Paulo: LTr, 2011.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. 09/2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- MIRANDA, J. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das leis. Vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.



**PATRÍCIA COBIANCHI FIGUEIREDO** é professora, advogada, autora, Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Especialista em Direito Constitucional pela ESDC/SP, autora de livro, capítulos e artigos.

## Aspectos constitucionais e processuais penais do instituto da delação premiada

■ POR FABIO TADEU ROCCHI

**“Além das inconstitucionalidades legais, podemos perceber que a aplicação do instituto em análise pelos juristas e todos os operadores do Direito pode desviar, ou desconectar, a sua finalidade, transformando-o em causa direta de violação dos direitos e garantias fundamentais previstas na Carta Magna, e, neste caso, ferindo o texto constitucional, principalmente ao se admitir e perceber vícios – dos mais diversos – nos acordos.”**

O instituto conhecido por delação premiada é reconhecido como o acordo realizado pelo Poder Judiciário em que o réu (ou réus) colaboram com a investigação criminal, expondo sobre a realização de um delito e o concurso de todos os demais que participaram. Sendo assim, o réu, conhecido por delator, obterá uma obrigatória redução de pena ou, em alguns casos, sua total isenção, como manda o ordenamento jurídico brasileiro.



Vamos nos aprofundar um tanto mais nos conhecimentos sobre o instituto da delação premiada, o seu posicionamento no ordenamento jurídico, as situações em que se pode demonstrar o cabimento, consequências jurídicas, e, principalmente, sua constitucionalidade.

Através dos métodos doutrinário e dedutivo, este artigo traz citações sobre a atual legislação pátria acerca do tema, bem como uma breve análise dos pensamentos de diversos estudiosos sobre o assunto.

## O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada é um acordo firmado com o Ministério Público e a Polícia Federal no qual o réu ou o suspeito de cometer crimes se compromete a colaborar com as investigações, bem como a denunciar outros integrantes da organização criminosa em troca de benefícios.

A delação premiada é termo generalizante, pois existem vários tipos de delação, sendo este instituto praticado em nossa pátria desde a década de 1990.

Tal acordo tem sido um dos principais meios de obter provas utilizados pela força-tarefa responsável pela Operação Lava Jato, tão visível na mídia.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 714) destaca que:

Delação premiada consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença final condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece. Trata-se de instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam.

A delação tem sua previsão em normas penais, visto estar prevista tanto no Código Penal quanto em legislação esparsa. Ademais, muitos doutrinadores citam ser este instituto importado para nossa pátria por conta da ineficiência estatal na persecução penal, haja visto que com a delação o coautor ou participe que delate um colega ganha a redução de pena, ou sua isenção, quando há perdão judicial para crimes de menor potencial ofensivo.

Temos, ainda, o quesito constitucional, já que só a União poderá propor questões legais sobre Direito Penal e seu “jus puniendi”. Assim, buscamos entender se o Estado estaria incitando a imoralidade e a traição, de forma privilegiada, o que não poderia ser admitido pelo ente detentor de todos os meios para reprimir ações criminosas.

Ademais, temos uma violação do devido processo legal, que não nos parece muito conveniente, sob as normas constitucionais.

Há, na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), em seu artigo 8º, parágrafo único, a previsão de que: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

O que não nos parece ser constitucionalmente saudável, pois o Estado busca “agradar” o réu, e, assim, facilitar a sua própria situação em função de não ter muito o que investigar. Na Lei nº 9.807/1999, o mesmo Estado, que facilita, concede a chance de proteger a integridade do réu delator, percebendo, a nosso entender, o quão triste é o fato de se delatar quem quer que seja, ainda que seja no crime, protege os réus colaboradores, conforme pode-se ler a seguir.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

Ainda que se possa favorecer a vida da vítima, o que nos parece ser algo correto e justo, não se poderia dar “vantagem”, pois há um certo estímulo ao criminoso, a nosso ver, já que o criminoso pratica o crime, e, em eventual captura pelo Estado a delação se torna a salvação para que a penalidade não venha, ou venha abarcada de muitos benefícios.

O artigo 159, § 4º, do Código Penal, determina que “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Temos que observar que este parágrafo quarto foi introduzido no Código Penal pela Lei nº 9.269/1996, e corrobora com nosso pensamento acima exposto.

Adalberto Aranha (2006) nos demonstra que a delação premiada pode ser dividida em dois grupos do Direito brasileiro:

- a) Num primeiro grupo temos o crime de extorsão mediante sequestro, cujo objetivo da delação é o de localizar o cativo da vítima, com a sua libertação. O § 4º do art. 159 do Código Penal estatui que: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Pela redação verifica-se que o objetivo primeiro não foi o de colher provas sobre a organização criminosa, mas salvar a vítima sequestrada.
- b) Num segundo grupo encontramos algumas legislações especiais, estas sim com o indistintivo objetivo de colher provas e identificar os participantes, valendo-se de um delator.

Percebemos que, num lado, há um meio para colheita de provas, quando falamos de organizações criminosas, e noutro, a colaboração do delator protegerá a vida da vítima do crime de sequestro, não possuindo como objetivo a produção da prova do delito, mas sim o da libertação da vítima.

Diante do exposto, nos parece inconstitucional haver o instituto da delação premiada, visto que a traição é rechaçada pelos seres humanos e nos parece ser clara aqui a ruptura dos preceitos de garantias fundamentais constitucionais, conforme vamos demonstrar.

## REQUISITOS GENÉRICOS APLICÁVEIS AO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

De modo mais amplo, expomos e citamos que a lei atribui a conduta para que haja a delação premiada, e os requisitos se extraem dos próprios conceitos do instituto, pois a delação premiada, a despeito da ausência de previsão legal, deve ser voluntária, isto é, produto da livre manifestação pessoal e espontânea do delator, que não deverá sofrer pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. O motivo da decisão do delator

– vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada, segundo a ótica de uma sociedade imoral.

Resumidamente, temos os requisitos genéricos da delação premiada, que deve ser espontânea, sem coação de qualquer natureza, e que haja previsão legal para que seja atribuído o benefício ao delator.

### DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Como já explanamos, a delação premiada propicia a redução de pena, que deve ser analisada pelo juiz no momento da dosimetria, trazendo um benefício.

Explanamos que no delito de extorsão mediante sequestro há o benefício exposto no art. 159, § 4º, do Código Penal.

Podemos averiguar que, se o crime for cometido em concurso de pessoas, e um dos agentes delatar o outro, com vistas à facilitação para a libertação da vítima, este terá sua pena reduzida de um a dois terços, não sendo possível para o juiz aplicar quaisquer outros benefícios, a não ser os de proteção, previstos na Lei nº 9.807/1999.

A Lei nº 7.492/1986, que trata dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, teve o § 2º inserido em seu art. 25 pela Lei nº 9.080/1995.

Art. 25 [...] § 2º - Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Passamos a analisar a lei que regulamenta os programas de proteção de vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/1999), que traz a previsão legal da colaboração premiada em seus artigos 14 e 15, e agora citamos o 13, o qual dispõe que:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Percebemos na referida lei que a delação premiada somente pode ser aplicada para redução de pena. Contudo, como não traz sua aplicação em um tipo penal específico, nem a uma determinada lei, pode-se concluir que o acusado que ajudar com a investigação e com o processo criminal em qualquer delito praticado em concurso de agentes poderá ter redução ou até mesmo isenção de pena aplicada.

Neste sentido, Fabio Fettuccia Cardoso (2015) afirma que:

No Brasil a delação premiada demonstra ser um instrumento de combate à criminalidade, demonstra ser amplo por ser previsto em Leis esparsas e até mesmo poder ser prevista em qualquer crime em concursos de agentes, portanto, não exige arrependimento como na Espanha, tampouco foi feita ao combate de máfias como na Itália.

### CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

Recepcionada pelas Ordenações Filipinas, mais especificamente em seus Títulos VI e CXVI, atualmente temos a delação premiada espelhada sobre os mais distintos dispositivos legais, e, com isto, despertando inúmeros debates a seu respeito.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1995, p. 538) adverte que delação premiada é o mesmo que causar violação aos princípios que regem a Constituição Federal, fator ainda mais grave que a violação de uma norma.

Temos o fundamento do devido processo legal, garantia individual de que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Portanto, percebemos que os princípios funcionam como limitadores das políticas criminais e posturas usuais.

O professor de Direito Constitucional da PUC-SP, Paulo Serrano, em entrevista para a repórter Marsílea Gombata, da Carta Capital, diz, e nos parece acertado, que:

Há no Brasil uma banalização da prisão cautelar, que tem sido usada para punir antecipadamente aqueles contra os quais não se têm provas ou para tentar pressionar o réu a fazer delação premiada, o que é absolutamente inconstitucional.

Em entendimento recente, publicado em 29 de junho de 2017, no Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Edson Fachin, em QO na Pet 7074 e AGR na Pet 7074, em sua maioria, decidiu que a delação poderá ser devidamente revista, caso perceba-se alguma ilegalidade, visto que, anteriormente, o mesmo STF já havia se posicionado acerca da constitucionalidade da delação premiada, não vendo óbice para sua aplicação e tendo, inclusive, homologado alguns acordos realizados na operação Lava Jato.

Precisamos perceber em nossa missão como professor, além de jurista, que a delação premiada se coloca totalmente contrária à moralidade, uma vez que ao se aplicar este instituto consequentemente se traz à baila a chamada “traição premiada”, e demonstra-se, assim, visual e objetivamente, a ineficácia estatal na persecução penal.

Entretanto, buscamos fazer uma ressalva. Uma coisa é o que traz a previsão legislativa, outra é o que se realiza na prática, já que no caso da Lava Jato tivemos a delação do ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, e o réu se tornou delator, tendo seu acordo homologado. No entanto, renunciou a inúmeros direitos e garantias constitucionalmente previstos, ferindo, assim, cabal e objetivamente o texto constitucional vigente.

Na mesma esteira, Cezar Roberto Bitencourt (2014) se posiciona acerca das inconstitucionalidades da delação premiada ao afirmar que:

[...] a aplicação, *in concreto*, do instituto da “delação”, com certa deturpação interpretativa pode ampliar tais inconstitucionalidades, dependendo da forma como as autoridades colocam em prática a utilização do referido instituto [...] Nesse sentido, pelas informações vazadas na mídia, essas nulidades e inconstitucionalidades são pródigas na “colaboração premiada” celebrada na “operação lava jato”, com o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa. Trata-se, a rigor, de um “acordo de colaboração premiada” eivado de nulidades, mas nulidades absurdamente grotescas, ou seja, decorrentes de negação de garantias fundamentais impostas pelo Ministério Público (negociador da delação) a referido réu e ao seu defensor! [...] Vejamos algumas pérolas de nulidades e inconstitucionalidades flagrantes

que, segundo nos consta, existem nesse “acordo de delação premiada: 1) o delator tem que desistir de todos os habeas corpus impetrados; 2) deve desistir, igualmente, do exercício de defesas processuais, inclusive de questionar competência e outras nulidades; 3) deve assumir compromisso de falar a verdade em todas as investigações (contrariando o direito ao silêncio, a não se auto incriminar e a não produzir prova contra si mesmo); 4) não impugnar o acordo de colaboração, por qualquer meio jurídico; 5) renunciar, ainda, ao exercício do direito de recorrer de sentenças condenatórias relativas aos fatos objetos da investigação.

O posicionamento do ilustre jurista nos parece bastante acertado, pois não podem os operadores do Direito usurpar o instituto aplicando-o de maneira diversa do que consta na lei.

Também, no mesmo posicionamento, temos a citação de Maria Lúcia Karam, quando cita que:

A famigerada delação premiada, entronizada nos procedimentos relacionados às ações penais de naturezas cautelar e condenatória, reunidas sob a midiática denominação de ‘operação lava-jato’, encerra uma valoração positiva de atitude profundamente reprovável no plano moral. Como também já assinaléi anteriormente, ao elogiar e premiar a delação, o Estado transmite valores tão ou mais negativos do que os valores dos apontados criminosos que anuncia querer enfrentar. Trair alguém, desmerecendo a confiança de um companheiro, pouco importando qual o tipo de companheirismo, é uma conduta reprovável no plano moral, devendo ser repudiada em qualquer sociedade que veja a amizade e a solidariedade como atitudes positivas e desejáveis para um convívio harmônico entre as pessoas. A premiação da delação faz com que a traição passe a aparecer como algo positivo, merecendo até mesmo um prêmio. Com o elogio e a recompensa à conduta traidora, o Estado nitidamente exerce um papel deseducador no âmbito das relações sociais (apud João Paulo Costa Faria, Magna Boeira Bertusso).

Há uma grande corrente de juristas, doutrinadores e aplicadores do Direito demonstrando haver no instituto da delação premiada uma inconstitucionalidade, uma vez que sua concessão é totalmente conflitante com os princípios basilares do Direito Penal decorrentes da Constituição Federal, o que nos parece ser um correto posicionamento.

Tal tese é defendida também pelo professor Jacinto Miranda Coutinho (2014), ao defender ser:

Inconstitucional desde a medula, a sua prática, dentro de um sistema processual penal de matriz acusatória ofende 1º) o devido processo legal; 2º) a inderrogabilidade da jurisdição; 3º) a moralidade pública; 4º) a ampla defesa e o contraditório e 5º) a proibição às provas ilícitas. Só isso, então, já seria suficiente para que se não legislasse a respeito e, se assim não fosse, que se não aplicasse.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS


Para nós, vislumbra-se a inconstitucionalidade da aplicação do instituto, pois, além de lecionarmos e estudarmos nosso ramo primeiro, defendido pelo jurista Hans Kelsen, se a Constituição Federal é a norma sobre todas as normas, e nisto cremos, deve ser totalmente e cabalmente respeitada.

Como bem configuramos, temos em nosso ordenamento pátrio o instituto da delação premiada, que, inclusive, possui diversas previsões legais, chegando a níveis de banalidade.

A força jurídica – e, quiçá, jurisdicional – é a obrigatoriedade de redução de pena, podendo, entretanto, chegar a isentar o criminoso de pena ao conceder ao delator, caso ajude nas investigações, por sua “traição”, o perdão judicial.

Além das inconstitucionalidades legais, podemos perceber que a aplicação do instituto em análise pelos juristas e todos os operadores do Direito pode desviar, ou desconectar, a sua finalidade transformando-o, em causa direta de violação dos direitos e garantias fundamentais previstas na Carta Magna, e, neste caso, ferindo o texto constitucional, principalmente ao se admitir e perceber vícios – dos mais diversos – nos acordos.

Em havendo vícios, o Judiciário não deveria homologar quaisquer delações, mas, mesmo o fazendo, é preciso ter a revisão dos acordos, permitido em recente entendimento pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, conclui-se que o instituto da delação premiada é inconstitucional por violar princípios constitucionais, demonstrando, inclusive, a ineficácia do Estado quando faz a persecução penal. Contudo, se formos fazer uso do instituto, que se faça com as devidas precaução e cuidado, buscando não ferir as máximas do texto constitucional. 

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BERTUSSO, Magna Boeira; FARIA, João Paulo Costa Faria. *O instituto da delação premiada: seus aspectos constitucionais e processuais penais*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn\\_link%3Drevista\\_artigos\\_leitura%26artigo\\_id%3D12559%26revista\\_caderno%3D28?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18225&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18225&revista_caderno=22)>. Acesso em: 25 out. 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Traição Bonificada. Delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 7 out. 2017.
- CARDOSO, Fabio Fettuccia. *A delação premiada na legislação brasileira*. 19/03/2015. Disponível em: <<http://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/174959721/a-delacao-premiada-na-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 7 out. 2017.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Delação Premiada: posição contrária*. 05/05/2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>. Acesso em: 7 out. 2017.
- GOMBATA, Marsílea. *Fundamental para a Lava Jato, delação premiada é alvo de controvérsia*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/politica/fundamental-para-a-lava-jato-delacao-premiada-e-alvo-de-controversia-no-brasil-5914.html>>. Acesso em: 7 out. 2017.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RICHTER, André. *Majoria do STF decide que delação pode ser revista em caso de ilegalidades*. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-06/majoria-do-stf-decide-que-delacao-pode-ser-revista-em-caso-de>>. Acesso em: 7 out. 2017.



ARQUIVO PESSOAL

**FABIO TADEU ROCCHI** é advogado e consultor jurídico. Mestre em Direito Empresarial - Soluções Extrajudiciais de Conflitos pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Processual pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Professor de Direito Constitucional do AlfaCon Concursos Públicos e de Direito Processual na Graduação em Direito do CESG/MG.

# Colaboração premiada no âmbito da Justiça Militar da União

■ POR JORGE LUIZ DE OLIVEIRA DA SILVA

**“É certo que a colaboração premiada tem potencial para que, em sendo conduzida de formas equilibrada e racional, fornecer importantes subsídios à persecução penal criminal militar, na defesa das instituições militares e da sociedade.”**

O instituto da colaboração premiada está relacionado ao reconhecimento acerca das limitações do Estado em termos investigatórios, em especial quando envolvidos grandes aparatos criminosos capitaneados por verdadeiras organizações meliantes. Assim, concebeu-se que seria crível a concessão de benesses penais e processuais penais àqueles que, muito embora integrem as organizações criminosas, venham admitir suas participações no delito e colaborar de forma decisiva com informações e indicações que tenham o potencial para identificar outros integrantes e atividades ilícitas praticadas. Portanto, a colaboração premiada (ou delação premiada) funciona como instrumento auxiliar às investigações criminais, sem o qual, em muitas vezes, seria impossível chegar às entranhas das organizações criminosas e de seus respectivos *modus operandi*. A Lei nº 8.072/1990, denominada “Lei dos Crimes Hediondos”, introduziu benefícios àqueles que colaborem de forma a denunciar coautores e facilitar a libertação de sequestrado, em relação ao crime de extorsão mediante sequestro praticado por associação criminosa (outrora denominada quadrilha ou bando pelo Código Penal), assim como também possibilite o desmantelamento da associação criminosa. Já a Lei nº 9.807/1999, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispendo sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, em seus artigos 13 e 14 fez prever benefícios àqueles réus ou indiciados que prestem efetiva colaboração para a identificação de coautores e partícipes, localização de vítimas com integridade física

preservada e recuperação total ou parcial do produto do crime. Outras leis esparsas também fizeram previsão de colaboração premiada, como a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.683/2012), em seu art. 2º.

Não obstante, foi o advento da Lei nº 12.850/2013 que deu contornos próprios ao instituto da colaboração premiada, estabelecendo, ainda, o conceito de “organização criminosa” e dispendo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Os artigos 4º ao 7º da referida lei estabelecem toda dinâmica acerca da colaboração premiada, inclusive suas formalidades e consequências. Decerto que se trata de relevante procedimento que possui o condão de desvendar os meandros mais profundos da criminalidade, devendo servir como um ponto de partida para investigações mais complexas, não servindo, pois, como prova por si só. É a partir da colaboração premiada que as autoridades policiais e o Ministério Público irão trabalhar para a obtenção de provas concretas, caso estas não tenham sido, de plano, fornecidas pelo colaborador.

Diante da relevância do procedimento de colaboração premiada, a indagação principal deste artigo é se seria cabível sua aplicação na esfera dos procedimentos investigatórios criminais em crimes de competência da Justiça Militar da União. É exatamente este o ponto nodal da presente abordagem.

## CRIMES MILITARES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A COLABORAÇÃO PREMIADA


Consoante o disposto no art. 124 da Constituição Federal, compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Cabe ao Código Penal Militar definir os crimes e hipóteses em que a competência especializada da Justiça Militar da União é ativada, inclusive em relação aos crimes previstos na legislação penal comum, conforme recente alteração incidente sobre o art. 9º do CPM, nos termos da Lei nº 13.491/2017. Já o Código de Processo Penal Militar estabelece a dinâmica de investigação, os procedimentos criminais, recursos e demais aparatos adjetivos adotados para instrumentalizar o Direito Penal Militar no caso concreto.

Portanto, uma simples leitura dos dispositivos afetos à Lei nº 12.850/2013 conduziria a uma conclusão sem complexidade acerca da aplicação do instituto da colaboração premiada no âmbito da apuração do crime militar. No entanto, o Superior Tribunal Militar possui entendimento no sentido de que o Código Penal Militar não prevê o instituto da colaboração premiada, de uma forma geral, somente sendo possível a aplicação de alguns benefícios correlatos quando estes estiverem expressamente previstos na mencionada norma. Da mesma forma, a Corte Superior Militar também tem entendido que o instituto é incompatível com as questões de hierarquia, disciplina e ética militares, fundamentos sob os quais as Forças Armadas são forjadas. É bem verdade que a temática foi enfrentada pelo Superior Tribunal Militar antes da vigência da Lei nº 12.850/2013, especificamente em relação à Lei nº 9.807/1999 (Ap. nº 0000242-64.2010.7.05.0005/PR e Ap. 2005.01.049833-8/AM). Não obstante, se os referenciais para a sinalização positiva da adoção da colaboração premiada em relação aos crimes militares for exatamente aqueles utilizados pelo STM nas mencionadas decisões, quais sejam, a necessária previsão no Código Penal Militar e o fato de considerar a aplicação do instituto como incompatível com hierarquia, disciplina e ética militares, pode-se afirmar que é natural o transpasse desse entendimento também nas hipóteses tratadas pela Lei nº 12.850/2013.

No entanto, parece-nos que há um evidente equívoco nessa abordagem. Isto porque é fato que o Código Penal Militar, legislação concebida no início da década de 1970, raramente recebe atualizações por parte do esquecido legislador brasileiro. Ademais, a própria Lei nº 12.850/2013 não foi concebida com espectro reduzido aos crimes comuns, mas se aplica de forma abrangente, inclusive na seara de apuração de crimes militares. É interessante observar que a Lei nº 12.850/2013 tem natureza híbrida, posto que congrega em seu bojo matéria afeta ao Direito Penal (em especial questões inerentes à redução de pena, extinção da punibilidade e outros benefícios e previsão de tipos penais) e também matéria afeta ao Direito Processual Penal (produção de provas e procedimento criminal). No tocante exclusivamente ao instituto da colaboração premiada, há um interesse público maior, inclusive quando afetadas as instituições militares, qual seja, viabilizar a concretização de provas acerca de delitos praticados por organizações criminosas, em hipóteses em que a investigação ortodoxa não tenha alcance, revelando, assim, núcleos criminosos e possibilitando a submissão dos responsáveis ao devido processo penal, além de, nas hipóteses cabíveis, a preservação e recuperação de patrimônio público afeto às Forças Armadas e malversado por criminosos. Neste contexto, não é razoável considerar a concessão de benefícios relacionados à colaboração premiada como incompatível aos primados da hierarquia, disciplina e ética militares. Decerto que esses núcleos forjam a própria essência das Forças Armadas, mas é importante salientar que é uma ilusão entender que no seio das instituições militares inexistam exceções que desonram a farda e levam a termo ações criminosas coordenadas, em especial com o intuito de obter vantagens financeiras indevidas. Essa faceta é afeta ao ser humano e não poupa até mesmo as instituições de maior dignidade, como as Forças Armadas. Ainda que em número reduzido, em termos de proporcionalidade, é de vital importância que a autoridade policial militar e o Ministério Público Militar manejem instrumentos modernos e eficazes, como a colaboração premiada, na toada de desvendar tais ilícitos e respectivas autorias, preservando e/ou resgatando o patrimônio sob administração militar, depurando a instituição, expurgando eventuais criminosos e reafirmando a credibilidade das Forças Armadas, do Órgão Ministerial Militar e da própria Justiça Militar. Nesta equação, sem dúvida, conceber benefícios penais àquele envolvido que colabora com informações valiosas, precisas e eficazes, ao contrário de violar preceitos éticos e institucionais, somente os reforça em perspectivas muito mais elevadas, que transpassam a figura do beneficiado. Da mesma forma, o entendimento de que o instituto da colaboração premiada não poderia ser aplicado na seara de crime militar pelo fato de não haver previsão no Código Penal Militar não possui sustentação jurídica razoável. Além da histórica omissão do legislador em relação às alterações que deveriam incidir sobre as legislações penal e processual castrense, desponta o fato de a colaboração premiada não ser um instituto incidente especificamente em delitos previstos no Código Penal comum, mas integrante de um catálogo amplo e sem restrições à aplicação na seara de persecução penal militar. Neste sentido, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC nº 69.998/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, rechaçou alegações de nulidade de delação premiada homologada pela Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro, onde se argumentava inaplicabilidade do instituto em sede de persecução penal militar em razão de ausência de previsão no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar. O referido julgado reforça nossa posição acerca da plena viabilidade jurídica de aplicação do instituto da colaboração

premiada também no que se refere à investigação policial militar no âmbito das Forças Armadas, ao contrário do último entendimento professado pelo Superior Tribunal Militar. No mesmo sentido assinala Coimbra Neves e Streifinger (2014, p. 641-642), quando enfrentam o tema acerca da possibilidade de concessão de perdão judicial em crime militar para aqueles que tenham colaborado nos termos da Lei nº 9.807/1999.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica, pois, demarcada a completa viabilidade jurídica de aplicação das premissas afetas à colaboração premiada na hipótese de prática de crime militar, tanto no que se refere à competência da Justiça Militar Estadual quanto ao que se relaciona à Justiça Militar da União. Em que pese o Superior Tribunal Militar professar o entendimento de que a concessão dos benefícios afetos à colaboração premiada não seria possível no âmbito do crime militar federal, considerando a ausência de previsão na legislação penal/processual penal castrense e ainda pelo motivo de violar os preceitos e hierarquia, disciplina e ética militares, esse entendimento não resiste a uma análise mais complexa e aprofundada, conforme demonstrado, posto que os benefícios que podem advir da colaboração premiada superariam de forma incisiva uma possível crença em relação à impunidade do colaborador, não havendo, portanto, nenhum tipo de afetação àqueles núcleos tão caros e essenciais às Forças Armadas. De outra banda, a simples menção de que o instituto da colaboração premiada não estaria inserido na legislação penal/processual penal militar, de forma a inviabilizar sua aplicação, não ganha guarida, posto que as normas que referenciam o instituto são de caráter abrangente e não limitado. Ademais, as alterações implementadas pela Lei nº 13.491/2017 no Código Penal Militar, incrementando o conceito de crime de competência da Justiça Militar e trazendo para este contexto, inclusive, crimes previstos na legislação penal comum, quando praticados por militares da ativa em determinadas situações, demonstra plenamente a intenção do legislador em prestigiar de forma ampla a Justiça castrense e nela introduzir os institutos afetos ao Direito Penal comum, sem que, no entanto, se venha desvirtuar a essência do Direito Penal Militar. Portanto, não há qualquer tipo de óbice jurídico também, neste sentido, à adoção da colaboração premiada em se tratando de crime militar estadual ou federal, desde que presentes os pressupostos e requisitos legais. Nesta toada, é certo que a colaboração premiada tem potencial para que, em sendo conduzida de formas equilibrada e racional, fornecer importantes subsídios à persecução penal criminal militar, na defesa das instituições militares e da sociedade. 

### REFERÊNCIAS

- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- ROTH, Ronaldo João, e ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *A Colaboração Premiada e sua Aplicação na Persecução Penal Militar*. Revista Direito Militar nº 116, novembro/dezembro 2015.
- COIMBRA NEVES, Cícero Robson, e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



ARQUIVO PESSOAL

**JORGE LUIZ DE OLIVEIRA DA SILVA** é juiz-auditor da Justiça Militar da União, Mestre em Direito Público e Evolução Social, Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal, Pós-Graduado em Docência Superior, Pós-Graduado em Educação Cognitiva e Valores Éticos, autor dos livros "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho" e "Estudos Criminológicos sobre a Violência Psicológica".



# O “lado B” da delação premiada

■ POR EURO BENTO MACIEL FILHO

**E**mbora não seja novo no nosso Direito, fato é que o instituto da “delação premiada” passou a ser muito utilizado somente após a regulamentação que lhe foi dada pela Lei nº 12.850/2013. Atualmente, não são poucos os que consideram a delação premiada uma indispensável ferramenta de investigação e de combate ao crime pelo Estado.

Há um sentimento comum de que as incontáveis operações da Polícia Federal (e, principalmente, a “Lava-Jato”) não teriam chegado aos resultados que alcançaram sem a “colaboração” dos inúmeros delatores que apareceram de uns tempos para cá.

Realmente, é inegável que o combate à corrupção que assola o país teve na “colaboração premiada” um importantíssimo aliado. Afinal, foi por conta das delações que, paulatinamente, de um lado, o Estado brasileiro conseguiu recuperar bilhões de reais que tinham sido desviados dos cofres públicos e, de outro, a sociedade passou a presenciar figurões do “alto escalão” político e grandes empresários sendo encarcerados e processados criminalmente.

Em meio àquele sentimento inicial de euforia e satisfação, a sociedade brasileira, cansada da folia feita com o dinheiro público, a tudo aplaudiu. Contudo, paralelamente aos aplausos e às sucessivas operações da Polícia Federal, a legalidade, o respeito irrestrito à Constituição e, principalmente, os direitos e garantias constitucionais dos investigados acabaram ficando em segundo plano.

Afinal, por conta da sanha punitivista que domina o espírito da nossa sociedade, o interesse do “coletivo” passou a ser mais importante do que a defesa dos direitos processuais dos envolvidos.

De toda forma, enquanto as delações alcançavam os seus fins, produzindo heróis e vilões, tudo era festa.

Entretanto, na esteira do que alguns operadores do Direito já alertavam ao tempo em que as delações pululavam pelo país, sempre é preciso ter cuidado com aquilo que falam os “réus colaboradores”. Afinal, como bem se sabe, quem delata é tão “criminoso” quanto os delatados. Dentro desse quadro de ideias, até que ponto poder-se-ia emprestar plena e total confiança às delações?

Era evidente que, em algum momento, a “delação premiada” iria revelar o seu lado obscuro, até então desconhecido.

**“Na esteira do que alguns operadores do Direito já alertavam ao tempo em que as delações pululavam pelo país, sempre é preciso ter cuidado com aquilo que falam os “réus colaboradores”. Afinal, como bem se sabe, quem delata é tão “criminoso” quanto os delatados. Dentro desse quadro de ideias, até que ponto poder-se-ia emprestar plena e total confiança às delações? Era evidente que, em algum momento, a “delação premiada” iria revelar o seu lado obscuro, até então desconhecido.”**



De fato, sobretudo a partir do instante em que empresários de um grande conglomerado industrial, porque resolveram delatar e cooperar com a apuração de crimes que envolviam o alto escalão da República, viram-se livres e integralmente perdoados de todos os seus ilícitos, aquela mesma sociedade que a tudo aplaudia já não conseguiu mais compreender o que estava se passando. Ao cabo de contas, como entender que réus confessos, supostamente envolvidos com inúmeras práticas delituosas, simplesmente conseguiram uma autorização para deixar o país, como se nada devessem às autoridades e à Justiça?

Nesse instante, a “delação premiada”, antes tida como poderoso instrumento de investigação, passou a ser tratada como uma possível fonte de impunidade.

Esqueceram-se os críticos, porém, que aquele acordo foi realizado dentro dos estritos limites da lei, tanto que acabou sendo integralmente homologado pelo STF.

Aqui, é preciso dizer que o tamanho do benefício concedido ao delator está intimamente relacionado ou à magnitude dos crimes por ele revelados ou, então, à importância dos delatados no cenário político ou econômico nacional.

Se assim o é, forçoso se torna reconhecer que, em virtude das informações, fatos e provas inicialmente apresentadas, o “perdão” concedido para aqueles grandes empresários não tinha nada de anormal, nem tampouco de ilícito.

De toda forma, aquele acordo, embora formalmente lícito, foi muito útil para mostrar à sociedade o “lado B” da “delação premiada”, vale dizer, a faceta obscura e negativa daquele instituto. Ficou comprovado, portanto, que, tal qual se dá no Direito norte-americano, a mesma delação, que justifica a prisão de diversos investigados, é também capaz de motivar a concessão de um “perdão integral” a quem comete crimes, vale dizer, promover a impunidade do delator.

Entretanto, é bom dizer que, recentemente, esse “lado B” ganhou cores ainda mais vivas.


Com efeito, por conta de uma gravação extremamente comprometedor, cujo conteúdo atinge importantes instituições e personagens da nação, aqueles “delatores”, até então imunes à aplicação da lei, caíram em desgraça.

Apesar do tom “bravateiro” daquela conversa, está claro que ela atinge pessoas importantes, bem como joga terra por cima de integrantes do MPF.

Foi a partir daí, portanto, que o Estado passou a promover uma clara tentativa de calar o “delator”, até então tido como “intocável”, para, assim, evitar que possíveis bravatas ganhassem força e produzissem efeitos explosivos no seio do poder.

Mais do que depressa, o “colaborador” até então “protegido” foi encarcerado, jogado aos leões da mídia e da opinião pública e, agora, a delação premiada por ele celebrada está em xeque, já que, caso seja anulada, perderá todos os benefícios que lhe haviam sido “prometidos”.

Seria realmente aceitável tamanha reviravolta? Afinal, foi o “delator” quem quebrou as regras do acordo de delação e, por isso, merece perder as benesses que lhe foram prometidas, ou, então, é o Estado que está se aproveitando de uma “brecha”, verdadeiro deslize, para justificar a imediata anulação do acordo?

Só o tempo, e o STF, é que nos responderão. 



**EURO BENTO MACIEL FILHO** é advogado e professor de Direito Penal e Processo Penal, Mestre em Direito Penal pela PUC-SP e sócio do escritório *Euro Filho Advogados Associados*.



■ POR ANA CLAUDIA TELES SILVA BLOISI

**“Os acontecimentos recentes, especialmente a Operação Lava-Jato, já desdobrada em tantas outras operações, vêm mostrando que precisamos modificar as formas de fazer negócio e que é preciso, sim, ter boas práticas de conduta dentro das organizações para que elas proliferem e envolvam outros pares. O *compliance* é uma ferramenta essencial para o aprimoramento da cultura empresarial, auxiliando, inclusive, na redução das penas aplicáveis ao passado irregular de uma organização.”**

# A relevância do *compliance* nos acordos com o CADE

É verdade que o termo *compliance* (“estar em conformidade”) se propagou de forma quase banal e que muitos programas dessa natureza são bem elaborados, mas, em geral, pouco efetivos. Muitos são formatados apenas para justificar uma suposta boa governança corporativa e não são postos em prática no dia a dia empresarial.

Porém, a realidade tem mostrado que o *compliance* veio para ficar. Os atuais cenários político e econômico deixam claro que os comportamentos precisam mudar e se ajustar às leis e às boas práticas de governança corporativa que, junto com a exigência de transparência, vêm ganhando projeção e importância.

Medidas estimuladoras para tanto não faltam. Vejamos o exemplo do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que atua na defesa da ordem econômica, tanto na prevenção de práticas anticompetitivas quanto na sua investigação e punição. No CADE nunca tramitaram tantos processos como atualmente. Seu trabalho tem se estendido a inúmeros segmentos da economia.

E as punições são pesadas, podendo ser proibições de atuação a multas de elevado valor.

O que nos interessa tratar aqui são, especificamente, os benefícios que o próprio CADE instituiu para empresas que se interessam pela celebração de acordos de leniência e termos de compromisso de cessão de conduta. Nesses casos de colaboração, as multas aplicáveis podem ter o percentual substancialmente reduzido e ainda sofrer descontos. Tudo depende do tipo de informação que se presta nestas colaborações, e também das circunstâncias e atenuantes que podem ser utilizadas como fundamento para a extinção ou diminuição das penas.

Neste contexto, foram lançados guias pelo CADE com a intenção de padronizar e uniformizar procedimentos, entre eles os de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessão de conduta. A Lei nº 12.529/2011 os instituiu no âmbito da defesa da concorrência, e o CADE, por meio de normas administrativas, disseminou a sua aplicação prática.

Um desses guias auxilia no planejamento e na estruturação de programas de *compliance* direcionados para a área da concorrência, mas seus aspectos gerais podem ser aplicados para outras áreas.

O CADE define *compliance* como “um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores”. Na dosimetria e fixação da pena, o CADE deve observar alguns requisitos, tais como a boa-fé do infrator e os graus de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros, além dos efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e a reincidência. A existência de um programa de *compliance* robusto pode ser considerada uma evidência da boa-fé da empresa, reduzindo as penalidades aplicáveis à infração. Aumenta as chances de a empresa identificar as práticas anticompetitivas e denunciá-las ao CADE, possibilitando, se for a primeira a fazê-lo em determinado caso, a celebração de um acordo de leniência, ou, em não sendo a primeira, de um termo de compromisso de cessação de conduta. Aos olhos do CADE, o fato de o programa existir e ser efetivamente aplicado aumenta as chances de a empresa contar com essas possibilidades.

Um programa de *compliance* pode ser uma atenuante no cálculo de multas, reduzindo seu valor; ou levado em conta como fator de redução da contribuição pecuniária a ser paga na celebração de termo de compromisso de cessação de conduta. E mais: pode ser um argumento para se afastarem proibições que seriam impostas à empresa.

Fica bem clara, portanto, a importância do *compliance* na análise da conduta concorrencial das empresas e o peso que deve ter no momento da negociação de acordos com o CADE.

Mas, não basta apenas instituir um programa de *compliance*. Ele deve estar disseminado na cultura e na prática da entidade para que produza os desejados efeitos de impedir ou reduzir ao máximo as práticas anticompetitivas e, em geral, as práticas que envolvem corrupção.

Um aspecto merece ser ressaltado: pequenas e médias empresas, dentro de sua realidade, também podem adotar um programa de *compliance*, já que o fato de ter estrutura simplificada não impede que seja eficiente e que atenda às boas práticas empresariais nos âmbitos público e privado, tanto em relação aos consumidores, como aos fornecedores e concorrentes, porque cada programa de *compliance* é único e dirigido à organização empresarial. O importante é que esteja incutido o propósito de cumprir a lei, divulgando e valorizando a cultura corporativa de fazer o que é correto.

Parece utópico? Pode parecer. Ocorre que os acontecimentos recentes, especialmente a Operação Lava-Jato, já desdobrada em tantas outras operações, vêm mostrando que precisamos modificar as formas de fazer negócio e que é preciso, sim, ter boas práticas de conduta dentro das organizações para que elas proliferem e envolvam outros pares. O *compliance* é uma ferramenta essencial para o aprimoramento da cultura empresarial, auxiliando, inclusive, na redução das penas aplicáveis ao passado irregular de uma organização. ■



ANA CLÁUDIA TELES SILVA BLOISI é advogada especialista em Direito Societário pela FGV/SP.



## Ferramentas de gestão: PDCA nos escritórios e departamentos jurídicos

■ POR JANE NUNES GONÇALVES

“A prática do PDCA é bastante simples e pode ser utilizada para resolução de qualquer problemática, seja no escritório ou departamento jurídico agregando qualidade e efetividade aos processos, o que resulta em maior segurança e produtividade.”

**P**rovavelmente você já tenha se questionado sobre o que pode diferenciar o seu trabalho no mercado jurídico. Tendo em vista que atualmente o número de advogados inscritos regularmente na OAB corresponde a 1.052.946 (um milhão e cinquenta e dois mil novecentos e quarenta e seis)<sup>1</sup> e que afora estes profissionais temos os bacharéis em Direito, conclui-se que a reflexão é válida.

Podemos dizer que dentre os diferenciais é de grande valia atentar para uma prestação de serviço com qualidade, pois em nada adianta ter um serviço ágil e sem qualidade ou com valor atrativo e sem qualidade. Nos dias atuais, a qualidade é item que o cliente entende ser intrínseco em todos os serviços.

Para colaborar com a produção de um serviço/produto de qualidade a gestão traz ferramentas que têm aplicabilidade nos escritórios e departamentos jurídicos, uma delas é o ciclo PDCA, sigla em inglês que corresponde a *plan, do, check, action* ou,

em português, planejar, fazer, verificar e agir (SDCA). A ferramenta foi efetivamente difundida na década de 1950 por Willian E. Deming, mestre da gestão da qualidade.

Na prática, essa ferramenta é utilizada para a resolução de problemas visando a elevar o nível de gestão e à melhoria contínua dos processos. Dessa forma, é um ciclo que, após implantado, deve ser mantido continuamente.

- **Planejar:** neste estágio, o objetivo é identificar o problema de forma objetiva, estabelecer as metas, analisar causas prováveis e soluções possíveis através de *brainstorming*, verificar os processos envolvidos e pautar o plano de ação.
- **Executar:** colocar o planejamento em prática e ter o cuidado para executar as atividades exatamente como planejadas, sem improvisos. Durante a execução é preciso documentar problemas que surgirem e coletar dados para constatação dos resultados.
- **Checagem:** fase de verificação de resultados, de comparar o resultado obtido com o esperado, podendo ser realizada durante a execução para identificar se o trabalho está sendo realizado de acordo.
- **Agir:** nesta fase serão identificadas falhas e melhorias a serem realizadas no processo, pois a ideia é uma melhoria contínua, mesmo com o resultado positivo. É possível identificar o que pode ser melhorado e, então, o ciclo reiniciará para as novas metas e voltará para o processo cíclico.

Com o objetivo de tornar mais claro vamos utilizar um exemplo prático dentro de um escritório, mas essa ferramenta é amplamente utilizada em qualquer ramo e situação.

### OCORRÊNCIA: PERDA DE PRAZOS

**Planejar:** qual o problema? Perda de prazos. Quais as causas? Quais as possíveis soluções? O que é preciso para colocar em prática (pessoas/ferramentas)? Quem será o responsável por cada parte? Fazer o plano de ação (quem, quando, onde, quanto, por que).

**Executar:** agora é hora de colocar em prática o que foi planejado na primeira etapa, em caso de ser um plano muito complexo, pode-se fazer um projeto piloto, por exemplo, começando por uma área de atuação.

**Checagem:** é a medição dos resultados, por exemplo, se houve perda de prazos, quantos, área, motivo. Se a meta é perda de prazos zero e houve a perda de prazo, então deverá fazer ação corretiva.

**Ação:** é necessário aplicar as ações corretivas para sanar pendências, padronizar o processo e colocá-lo em prática com efetividade, sendo sempre possível voltar ao fluxo do PDCA quando identificados novos problemas para atingimento da meta.

A prática do PDCA é bastante simples e pode ser utilizada para resolução de qualquer problemática, seja no escritório ou departamento jurídico agregando qualidade e efetividade aos processos, o que resulta em maior segurança e produtividade. ■

### NOTA

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 11/10/2017



ARQUIVO PESSOAL

**JANE NUNES GONÇALVES** é consultora em gestão jurídica franqueada da Radar – Gestão para Advogados, especializada nas áreas de Estratégia, Planejamento e Gestão dos Serviços Jurídicos. Advogada, especialista em Advocacia Trabalhista. Com experiência na gestão de equipes administrativas, controle e planejamento.



## O povo semi-soberano

■ POR BOLÍVAR LAMOUNIER

**“Como pode ser soberano um corpo eleitoral desinformado quanto aos elementos mais importantes da gestão do Estado? No caso brasileiro, por exemplo, qual é a real importância dos votos de 145 milhões de eleitores que até há pouco tempo desconheciam totalmente o modo de agir de um BNDES, de uma Petrobrás, de uma Eletrobrás? Salta aos olhos que, sem um enorme avanço na transparência, no acesso a informações e num enérgico reforço na luta contra a impunidade o pressuposto democrático da soberania popular permanecerá, realmente, vulnerável ao escárnio.”**

**D**urante quase dois séculos, diferentes escolas de pensamento tentaram explicar as imperfeições dos regimes democrático-representativos. O esforço clássico – e mais antigo – foi o de Jean-Jacques Rousseau, que contestou a própria ideia de representação. Em sua linha de raciocínio, o indivíduo iludia-se com o efêmero *status* que o processo eleitoral lhe proporcionava: cidadão por um dia, mas no dia seguinte retornava ao estado de imemorial submissão em que se encontrava desde priscas eras. Não chegaria

jamais ao *status* de membro pleno da coletividade enquanto se concebesse como um simples indivíduo, e não como uma parte indissociável daquela entidade mística e homogênea – o todo permanentemente reunido em assembleia.


A segunda linha de crítica, muito mais potente, remonta a meados do século 19, e parte de um ponto de vista exatamente oposto. O problema não seria o individualismo excessivo, mas o fato de a maioria da sociedade não ter acesso a uma condição de verdadeira autonomia individual. Por toda parte, o que víamos eram maiorias ilusoriamente aptas a legitimar o poder público por meio do voto individual e igual de cada um, mas na prática ocorria o oposto, já que tais maiorias não passavam de clientelas facilmente controláveis e manipuláveis por minúsculas oligarquias. O clientelismo rural, por exemplo, afetando a maior parte da população, era um poderoso impedimento à igualdade substantiva e, conseqüentemente, à verdadeira democracia. Assim, as maiorias, incapazes de se “atomizarem” – ou seja, de se tornarem indivíduos realmente autônomos –, não corresponderiam nem ao modelo da cidadania mobilizada concebido por Rousseau nem à sociedade individualizada do liberalismo. Eram tão somente uma grande ameoba, uma massa amorfa, incapaz de protagonizar um papel político real.

Nos limites de um artigo é impossível destrinchar a teia de juízos de valor e de equívocos factuais subjacentes a essa longa história, mas é imperativo sublinhar alguns estágios dela se quisermos compreender a contraditória percepção do mundo atual acerca da democracia. Em 1942, em seu clássico *Capitalismo, socialismo e democracia* (Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo, São Paulo: Edunesp, 2017), o economista austríaco Joseph Schumpeter (1883-1950) detonou a antiga suposição de que as grandes massas eleitorais do mundo moderno têm que ser constituídas por indivíduos igualmente autônomos, bem informados e aptos a exercer cargos no governo, se convocados a tal. Schumpeter escreveu que a função do eleitor se reduz a dar seu voto a um dentre os grupos contendores, que são eminentemente grupos especializados na técnica de gerir o Estado. Em 1961, evitando o cinismo implícito no argumento schumpeteriano, o cientista político norte-americano Elmer Eric Schattschneider (1892-1971), no livro *The Semi-Sovereign People: A Realist's View of Democracy in America* (sem tradução para o português, Wadsworth Publishing, 1975), armou uma equação mais interessante: “Onde não há partidos

políticos dignos do nome” – ele escreveu –, “o eleitor individual é de fato irrelevante”. No mais das vezes, ele é praticamente impotente. Mas onde existam verdadeiros partidos, ele pode exercer uma influência substancial, ainda que indireta, não raro determinando os rumos da política pública.

Mas, um “verdadeiro” partido, o que é? Simplificando ao máximo, a resposta de Schattschneider foi esta: uma organização especializada que intervém nas contendas políticas, sem jamais se deixar absorver ou subjugar por grupos de interesse, sejam estes econômicos, religiosos ou de qualquer outra natureza. A função do partido é transcender e agregar tais interesses num nível mais geral. Um partido poroso à meia dúzia de empreiteiras, que se deixe controlar por elas, por certo não merece tal denominação.

Penso que a realidade atual, e não só a brasileira, está a exigir uma reflexão mais abrangente. Podemos ir um pouco além de Schattschneider. Nas democracias atuais, com seus grandes eleitorados e técnicas apropriadas de votação, os antigos argumentos antiliberais jazem moribundos em covas rasas, aguardando o sepultamento a que fazem jus. Mas a questão permanece: vamos bem, ou vamos mal? O modo democrático de viver está se robustecendo, ou, ao contrário, correndo riscos cuja dimensão ainda não conseguimos avaliar? A visão pessimista pode invocar argumentos poderosos, muito mais sérios que os tradicionalmente associados ao controle clientelista do eleitorado e até mesmo aqueles derivados das desigualdades sociais. Outro dia, o professor Benício Schmitt, da UnB, postou no Facebook uma especulação sinistra. Na Colômbia, agora que as FARC se transformaram em partido, teremos o narcotráfico submetido a uma organização, e, portanto, relativamente controlado, ou disputado por várias organizações beligerantes e bem-armadas? Hipóteses desse tipo podem ser multiplicadas *ad infinitum*.

Mas a hipótese otimista também merece respeito. Os avanços no combate à corrupção talvez representem não apenas um aumento na higidez na vida política de cada país, mas um passo decisivo no sentido de tornar realidade um dos pressupostos essenciais da própria teoria do regime democrático. Democracia, como o termo é hoje entendido pelos cientistas políticos, é um regime no qual indivíduos privados ascendem a posições de autoridade mediante eleições periódicas, limpas e livres, nas quais a maioria da população adulta tem o direito de participar. Admitamos, no entanto, que o antigo sarcasmo antiliberal inspirado em Rousseau tenha certo sentido. Como pode ser soberano um corpo eleitoral desinformado quanto aos elementos mais importantes da gestão do Estado? No caso brasileiro, por exemplo, qual é a real importância dos votos de 145 milhões de eleitores que até há pouco tempo desconheciam totalmente o modo de agir de um BNDES, de uma Petrobrás, de uma Eletrobrás? Salta aos olhos que, sem um enorme avanço na transparência, no acesso a informações e num enérgico reforço na luta contra a impunidade o pressuposto democrático da soberania popular permanecerá, realmente, vulnerável ao escárnio. Com um eleitorado incompletamente soberano, a soberania popular conservará muito da secular ficção que se lhe tem inquinado. 



**BOLÍVAR LAMOUNIER** é cientista político e sócio-diretor da *Augurium Consultoria*. Membro da Academia Paulista de Letras e da Academia Brasileira de Ciências. Autor do livro “Liberais e antiliberais: a luta ideológica de nosso tempo” (Companhia das Letras, 2016).

# Acordo de não persecução penal, função transformadora na Justiça Criminal

■ POR THIAGO LUIZ SARTORI

“A Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público propõe a abertura de uma nova atuação transformadora na Justiça Criminal, a cura das feridas para os envolvidos e para a sociedade, ou seja, a democracia participativa no processo judicial criminal.”



O Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com fundamento nos arts. 147 e seguintes de seu Regimento Interno, e na decisão plenária proferida nos autos da Proposição nº 1.00578/2017-01, julgada na 4ª Sessão Extraordinária, realizada no dia 7 de agosto de 2017, expediu a Resolução nº 181, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

O atual cenário tem exigido soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafiando os estabelecimentos prisionais.

O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de naturezas administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido por membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Portanto, nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público. V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. Ademais, o acordo de não persecução também poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia, um novo sistema também aplicado na Justiça Criminal, em favor do acusado e da própria sociedade.

Nesse contexto, sem embargos de opiniões em sentido contrário, a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público tem a função de reduzir consideravelmente a reincidência. É importante ressaltar que recentes pesquisas revelaram que o Brasil tem atualmente a quarta maior população encarcerada do mundo.


Atente-se, ainda, para o fato de que os presídios brasileiros, como é cediço, têm falhado nas suas funções de ressocialização e recuperação, de forma que inexistem motivos lógicos para a não aplicação da presente Resolução, quando permite ao acusado o cumprimento de uma medida, sem a instauração de um processo penal ineficaz, injusto, antidemocrático e oneroso.

Segundo a teoria da imitação – elaborada por Gabriel Tarde e utilizada como base pela teoria criminológica da Associação Diferencial, de Edwin Sutherland (SHECAIRA, 2008, p. 196) –, o delinquente é um tipo profissional que necessita de um aprendizado, assim como qualquer profissão precisa de um mestre. A imitação decorreria, ademais, do grau de intimidade dos contatos interpessoais. Desta maneira, manter desnecessariamente acusados detidos, primários, juntos com criminosos com vários antecedentes, seria permitir um forte grau de intimidade entre eles e, conseqüentemente, a influência destes sobre os acusados primários. Assim, o que seria uma medida judicial para impedir a criminalidade teria justamente o efeito contrário, ou seja, o de proliferar a formação de criminosos. Esta é mais uma razão pela qual, consideradas as circunstâncias do delito e do próprio acusado, o Ministério Público deverá propor ao investigado acordo de não persecução penal, sob pena de aplicação de um Direito Penal simbólico, ou seja, punir apenas para atender aos anseios da sociedade.

A bem da verdade, no início do ano de 2017, o Brasil começou com guerra de facções e ainda, considerando a falência do sistema prisional, mais de 100 mortos em presídios.

Observe-se que a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público encontra-se em total sintonia com a Resolução 2002/2012 da ONU, que têm como princípios básicos a utilização de programas de Justiça restaurativa em matéria criminal, ou seja, não há julgamento, mas diálogo, propondo um procedimento colaborativo, baseado na responsabilidade e na restauração dos traumas produzidos pelo crime.

É evidente que a Resolução nº 181 do CNMP garantirá no procedimento investigatório criminal a observância dos direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Federal, aplicando-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente. Também será observado o direito de o defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de informação que, já documentados em procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Assim, a Resolução nº 181 do CNMP propõe a abertura de uma nova atuação transformadora na Justiça Criminal, a cura das feridas para os envolvidos e para a sociedade, ou seja, a democracia participativa no processo judicial criminal. 

## REFERÊNCIAS

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.



**THIAGO LUIZ SARTORI** é advogado. Membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Legislação Penal Extravagante.

# A lei que alterou a competência da Justiça Militar da União

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**“Reafirmo a minha discordância da alteração legislativa, pois entendo que quanto mais se restringir a competência da Justiça Militar (seja a da União, seja a dos estados), melhor será para continuarmos lutando por um Estado Democrático de Direito. E quão dura e penosa tem sido esta luta!”**

**A**cabou de ser promulgada a Lei nº 13.491/2017, que entrou em vigor no dia 16 de outubro e alterou o art. 9º do Código Penal Militar. Dora-vante, os delitos “dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no seguinte contexto:

- I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;
- II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou
- III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:
  - a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica;
  - b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;

- c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e
- d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

Antes de analisarmos a mudança legislativa, lembremos que, em 1996, este artigo foi alterado para estabelecer que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum” (alteração feita pela Lei nº 9.299/1996). Naquele mesmo ano, e por força da mesma lei, alterou-se também o art. 82 do Código de Processo Penal Militar, para afirmar que, nada obstante se tratar de foro especial, a Justiça Militar (federal ou estadual, pois não se fez qualquer diferenciação) não seria mais competente para o julgamento de processos quando se tratasse de crimes dolosos contra a vida praticados por militares (dos estados ou das Forças Armadas, pois tampouco se diferenciou) contra civil.

Posteriormente, houve nova alteração no referido art. 9º, reafirmando-se a competência do Júri para a competência do julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares, desta vez, porém, ressaltando-se aqueles delitos praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica<sup>1</sup> (alteração ocorrida por força da Lei nº 12.432/2011). Assim, não mais se considerariam crimes comuns (sujeitos ao julgamento pelo Tribunal do Júri) os cometidos pelos integrantes da Marinha do Brasil, contra civis e dolosos contra a vida, nos casos do referido art. 303. Neste caso, a Justiça castrense “recuperou” a sua competência.

Foi o primeiro retrocesso! Agora, vê-se, modifica-se, mais uma vez, o parágrafo único do art. 9º do Código Penal.

Lembremos, ademais, que com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a chamada reforma do Judiciário (que, aliás, não reformou nada, muitíssimo pelo contrário, ao menos substancialmente), o § 4º do art. 125 da Constituição Federal – que trata dos Tribunais e juízes dos estados – passou a ter a seguinte redação:

Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, *ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil*, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (grifos nossos).

Nada obstante a “reforma do Judiciário” não ter feito qualquer alteração nos arts. 122 a 124 da Constituição, que tratam da Justiça Militar da União, sempre entendemos, desde a primeira alteração feita no art. 9º do Código Penal Militar (em 1996), que não se tratavam mais de crimes militares – não tinham, portanto, tal natureza – os crimes dolosos contra a vida de um civil praticados por quaisquer que fossem os militares (das polícias militares estaduais ou das Forças Armadas), salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, por força da segunda alteração levada a cabo pela Lei nº 12.432/2011. E, se não eram mais crimes militares, por óbvio, a competência era do Tribunal do Júri, observando-se a competência constitucional estabelecida no art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal.

Assim, objetivamente, concluíamos: quando se tratasse de crime doloso contra a vida praticado por militares (obviamente em serviço) contra civis, o delito não tinha mais a natureza de crime militar, devendo o julgamento, por conseguinte,



ser realizado pelo Tribunal do Júri (salvo no caso do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica).

Por outro lado, caso se tratasse de um homicídio praticado por militar contra outro militar, ambos em serviço, (conduta tipificada no art. 205 do Código Penal Militar), a competência para o processo e julgamento seria da Justiça Militar (estadual ou federal, conforme o caso). Aqui, evidentemente, não se feria a competência constitucional do Tribunal do Júri, pois a competência da Justiça Militar para julgar crimes militares (como é o caso do art. 205) também tem foro constitucional (arts. 124 e 125, §§ 3º e 4º, da Constituição). É o que ocorre, por exemplo, no caso de foro por prerrogativa de função estabelecida na Constituição Federal (neste sentido, veja-se o Enunciado 721 da súmula do Supremo Tribunal Federal): um deputado federal não será julgado pelo Tribunal do Júri, tampouco um magistrado ou um membro do Ministério Público (é difícil acreditar, mas é verdade!).

Agora, em função da nova alteração, os crimes dolosos contra a vida cometidos pelos integrantes das Forças Armadas contra civil serão da competência da Justiça Militar da União, não se aplicando o procedimento do Júri.

Para tanto, exige-se tão somente que a infração penal praticada pelo membro da Marinha, Aeronáutica ou do Exército tenha sido praticada no cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo presidente da República ou pelo ministro de Estado da Defesa ou de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante, ou, ainda, de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal, na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica, da Lei Complementar nº 97/1999 (que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas), do Código de Processo Penal Militar e do Código Eleitoral.

Resta-nos, por fim, analisar a nova lei sob o prisma constitucional, perguntando se a norma viola a Constituição Federal. Antes, porém, reafirmo o meu entendimento segundo o qual em um Estado Democrático de Direito não se admite uma Justiça Militar, ao menos em tempo de paz e para julgar crimes cuja tipificação já se encontra na legislação penal ordinária. Admito a Justiça Castrense, apenas e excepcionalmente, para julgar crimes militares próprios (ou propriamente militares), ou seja, aqueles tipificados exclusivamente na legislação especial militar e, obviamente, cometidos em tempo de guerra. Eis o meu posicionamento.

De toda maneira, abstraindo-se a questão posta no parágrafo anterior, a existência da Justiça Militar no Brasil tem previsão constitucional (goste-se ou não!), por meio de normas, inclusive, oriundas do poder constituinte originário (arts. 124 e 125, §§ 3º e 4º, da Constituição).


Voltando, então, à pergunta acima formulada, agora em outros termos, indago se poderia a lei ordinária retirar do Tribunal do Júri a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados pelos integrantes das Forças Armadas tendo como vítimas um civil? Creio que sim, nada obstante não me agradar nem um pouco a alteração legislativa.

Veja-se que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a tal “reforma do Judiciário”, não fez qualquer alteração nos arts. 122 a 124 da Constituição, restando, portanto, inalteradas a organização, estrutura e a competência da Justiça Militar da União. O art. 124, por exemplo, afirma, desde a origem, competir à Justiça Militar (da União) processar e julgar os crimes militares definidos em lei e praticados

pelos integrantes das Forças Armadas. Os policiais militares estaduais (incluindo os bombeiros) serão julgados pela Justiça Militar dos estados, nos termos do art. 125, § 4º. Ao contrário, a referida emenda à Constituição ressalvou expressamente a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil e o crime (doloso contra a vida) foi praticado por policial militar em serviço.

Assim, seria possível uma alteração no art. 9º do Código Penal Militar, retirando da competência do Tribunal do Júri os crimes dolosos contra a vida praticados pelos integrantes das Forças Armada contra civil. Ocorreu, a meu ver, o seguinte: doravante, os crimes dessa natureza, praticados por aqueles militares (e naqueles contextos) passaram a ter natureza militar (tal como ocorria antes da alteração de 1996) e, por conseguinte, o julgamento deve se dar no âmbito da Justiça Castrense Federal, tal como lho impõe o art. 124 da Constituição. Aqui, a própria Constituição excepciona a competência do Tribunal do Júri, como se dá também em relação aos detentores da prerrogativa de foro estabelecida pela Constituição Federal (relembrando o Verbete 721 da súmula da Suprema Corte). Uma tal alteração já não seria possível quando se tratasse de delito da competência da Justiça Militar estadual, tendo em vista os termos expressos do art. 124, § 4º.

Em resumo, tendo em vista a nova lei, não mais podem ser considerados crimes militares aqueles praticados pelos integrantes das Forças Armadas (e naquelas condições estabelecidas nos três incisos do § 2º, do art. 9º, do Código Penal) e, não sendo crimes militares, o juiz natural será o Conselho de Justiça da Justiça Militar da União. No que se refere aos policiais militares, e mesmo em relação aos integrantes das Forças Armadas (quando o delito for praticado fora daqueles contextos), nada mudou, ou seja, o crime doloso contra a vida de um civil não é crime militar, cabendo o respectivo julgamento ao Tribunal do Júri, na Justiça Comum, federal ou estadual.

Para concluir, reafirmo a minha discordância da alteração legislativa, pois entendo que quanto mais se restringir a competência da Justiça Militar (seja a da União, seja a dos estados), melhor será para continuarmos lutando por um Estado Democrático de Direito. E quão dura e penosa tem sido esta luta! 

#### NOTA

- 1 “Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: I – se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; II – se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; III – para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; IV – para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21); V – para averiguação de ilícito. § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. § 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório”.



ARQUIVO PESSOAL

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.





# Reforma tributária: mais uma?

■ POR ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI

**“Para o que vislumbramos como fundamental, é preciso muito mais que elegantes formulações teóricas e boa dose de doutrinação ideológica. É necessário, acima de tudo, muita determinação política e coragem para construir uma sociedade minimamente igualitária, em que o sistema tributário seja efetivamente um instrumento de redistribuição de renda, de eliminação da pobreza e de redução das desigualdades sociais.”**

**U**ma nova proposta de reforma tributária foi apresentada na Câmara dos Deputados. Trata-se de uma iniciativa recorrente nos laboratórios de que emanam as pretensas soluções miraculosas para os problemas brasileiros.

Como sói acontecer, essas ideias “geniais” prosperam em função da capacidade que setores dominantes da sociedade têm de impor a agenda que atende aos seus interesses. Todo o mundo acha que a tributação tem que mudar, mas pouca gente parece ter a noção do que é de fato relevante para o conjunto da população.

Essas apresentações são sempre muito atraentes, já que no discurso é sempre imperioso simplificar o Sistema e reduzir os seus custos, tanto para o contribuinte como para a Administração. Ótimo! ninguém tem objeções quanto a isso. Também

se cooptam apoios alegando que ninguém vai ganhar nem perder; é a neutralidade absoluta; melhor que isso, impossível. O problema é que numa reforma para valer haverá necessariamente ganhadores e perdedores; se todos fossem satisfeitos, por que a reforma não saiu até hoje?!

Só que por aí começam os equívocos. Como diz a sabedoria popular, não se faz omelete sem quebrar os ovos. Reforma, *stricto sensu*, só tem sentido para transformar a realidade, e essa transformação, em nosso caso, só se explica mediante uma profunda revisão de conceitos, que leve em conta as seculares e abissais diferenças de renda e de patrimônio da sociedade brasileira, cristalizadas num sistema tributário altamente regressivo, em que os pobres pagam mais que os ricos (quando pagam), em que o trabalho e o consumo são mais onerados que o capital e a riqueza. Se algum leitor achar que a proeza de avançar sem ferir o interesse de ninguém é possível, provavelmente estaremos gravitando em mundos diversos e distantes. E se alguém achar que é possível avançar com a atual correlação de forças políticas que domina as instituições da República, curvo-me diante de otimismo tão superlativo.

Sem prejuízo da necessidade de termos um sistema tributário que contemple a eficiência – que é a ênfase que tem caracterizado todas as propostas publicizadas nas últimas décadas –, entendo que o princípio básico que deveria nortear qualquer iniciativa a respeito do tema é a justiça fiscal. Por isso mesmo, mais que a unificação de vários tributos indiretos, se deveria ter como foco a tributação sobre a renda e o patrimônio.

Mais que isso – e já o constataram vários especialistas –, tais reformas, para serem bem-sucedidas requerem muito mais que alterações na legislação, profundas mudanças na administração tributária (o que, aliás, tem muito a ver também com as questões previdenciárias).

Neste sentido, não se vê movimento importante algum no sentido de combater a sonegação, rever situações indesejáveis de planejamento tributário (por exemplo, travestir pessoas físicas em jurídicas), aperfeiçoar e agilizar mecanismos de julgamento de pendências e de cobrança e execução de dívidas, suprimir gradativamente a extensa gama de renúncias fiscais, frustrar de vez as expectativas de parcelamentos e perdões fiscais recorrentes, cujos resultados são pífios e deseducativos.

E não se diga que a implementação de medidas com vistas a alcançar esses objetivos não foi cogitada por ser passível de adoção mediante legislação complementar ou ordinária, pois a versão da Proposta de Emenda Constitucional que contém as mudanças pretendidas também remete a aplicação de várias de suas disposições à edição dessa legislação infraconstitucional.

Desta maneira, para o que vislumbramos como fundamental, é preciso muito mais que elegantes formulações teóricas e boa dose de doutrinação ideológica. É necessário, acima de tudo, muita determinação política e coragem para construir uma sociedade minimamente igualitária, em que o sistema tributário seja efetivamente um instrumento de redistribuição de renda, de eliminação da pobreza e de redução das desigualdades sociais. ■



ARQUIVO FISCAL

ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI é professor da Universidade de Brasília.



DIVULGAÇÃO

## O advogado e a mídia: entre distorções e ignorâncias

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, ZEIMA DA COSTA SATIM MORI E BIANCA CRISTINE PIRES DOS SANTOS CABETTE

**“A questão fulcral, ainda que vista nas entrelinhas, é a falta da devida postura ética, não somente sob o ângulo profissional, mas também social e individual. A conduta adotada muitas vezes pela imprensa em casos de repercussão midiática traduz exatamente uma falta absoluta de compostura, fomentada pela preocupação, praticamente isolada, com o sensacionalismo e não com o respeito ao próximo ou ao interesse social, ao bem comum.”**

O mundo da mídia é por demais fértil para criar falsos “especialistas” e expor publicamente informações e opiniões acerca de temas a respeito dos quais as pessoas que se manifestam não detêm conhecimentos sequer rudimentares.

E parece que a área do Direito é uma das mais atraentes para esse tipo de intervenção descomprometida e irresponsável.

Apenas a título de ilustração será analisada a postura da imprensa quando um jornalista da Rede Globo de Televisão defendeu a prisão de um advogado, tendo em vista que este, no exercício de suas prerrogativas e deveres deontológicos, não indicava o paradeiro de um cliente para ser preso. Houve, como não poderia deixar de ser, uma nota de repúdio da Ordem dos Advogados do Brasil contra esse tipo de comentário apartado da legalidade e até mesmo do mínimo bom senso, aproximado do populismo pueril e irresponsável<sup>1</sup>.

No seguimento, a questão esmiuçada quanto ao absoluto descabimento do comentário do jornalista, à semelhança de muitos outros episódios similares encontráveis. O arroubo do jornalista será cotejado com a legislação que rege a matéria nos âmbitos deontológico, criminal, constitucional e administrativo, seja com relação às prerrogativas e deveres do advogado, seja do próprio jornalista.

Ao final, as questões abordadas serão retomadas sumariamente, apresentando-se um desenlace conclusivo sobre o tema.

ADVOCACIA – PRERROGATIVAS E DEVERES: FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E A NECESSIDADE DE RESPEITO

O sigilo profissional é uma garantia constitucional que se pode constatar no art. 5º, XIII e XIV, da CF, com a seguinte redação:

- a) “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.
- b) “é assegurado a todos o acesso à informação e *resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*” (grifos nossos).

Conforme lecionam Cesca e Orzari (2016, p. 556):

Algumas profissões, como a de advogado, contadores, psicólogos, médicos, dentistas, profissionais da área de saúde de modo geral e jornalistas, e determinadas funções, ofícios e ministérios, como os religiosos, envolvem o tratamento de questões sobre a intimidade do cliente ou paciente. O bom desempenho da profissão e o cumprimento de suas finalidades dentro da sociedade exigem, necessariamente, a discussão sobre fatos e informações que se inserem na esfera mais reservada do indivíduo, que até pessoas mais próximas a ele podem desconhecer.

A legislação ordinária não deixa de conferir proteção, inclusive penal, ao sigilo profissional. Assim dispõe o art. 154 do CP: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

Na seara processual penal, o art. 207 do CPP estabelece proibições de depor ao estabelecer que:

São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Não é diverso o regramento no art. 388, II, do Código de Processo Civil, o qual determina que: “A parte não é obrigada a depor sobre fatos: II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

O mesmo Codex, estabelece ainda, em seu art. 404, IV, a dispensa de exibição de documentos e coisas sobre as quais o profissional deva guardar segredo.

Igualmente, o art. 229, I, do Código Civil dispõe que: “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I – a cujo respeito por estado ou profissão deva guardar segredo”.

Tratando especificamente do advogado em cumprimento de suas funções, o art. 7º, II, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994), garante:

A inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

Finalmente, é preciso lembrar que o art. 25 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que:

O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Este último dispositivo demonstra, nitidamente, as exceções para a quebra do sigilo, sem que o advogado incorra em violações deontológica, civil e até mesmo penal. A violação do sigilo pelo advogado somente pode se dar em casos extremos, tais como se costuma exemplificar na doutrina: notícia sobre um ataque terrorista que mataria milhares de pessoas; informação de um psicopata de que matou várias pessoas e seguirá sua senda. Em suma, casos extremados em que haja “justa causa” para a revelação do sigilo (SOUZA, 2008, p. 139). Isso afasta a tipicidade penal do art. 154 do CP e desconfigura a infração às regras deontológicas, conforme já exposto.

Frise-se ainda o que dispõe o art. 26 do Código de Ética da Advocacia:

O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Nada mais óbvio do que o episódio jornalístico utilizado como exemplo não justificar, de modo algum, a violação do dever e direito de sigilo do advogado, mas sim lhe impor, obrigatoriamente, a preservação de seu cliente com relação às informações que lhe confidenciou no exercício profissional.

Em obra especializada, Baroni (2001, p. 179) indaga se, mesmo diante de intimação feita por autoridade pública, estaria o advogado obrigado a informar o endereço ou paradeiro de alguém que tenha atendido. Note-se que Baroni não faz referência estritamente a um “cliente” que constitui o advogado, mas meramente a alguém que foi atendido pelo profissional. Mesmo assim sua resposta é negativa:

Ainda que oriunda de autoridade policial, não está o advogado obrigado a fornecer qualquer tipo de informação que adveio por força de seu *múnus*, estando garantida e protegida pelo pálio incontornável do ‘sigilo profissional’, sendo-lhe defeso, pelo estatuto, revelá-la a outrem, sob qualquer fundamento (BARONI, 2001, p. 179).

Percebe-se que toda a legislação compõe uma rede sistemática para a preservação do sigilo profissional. Estão em plena consonância as normas constitucionais, processuais (penais e civis), penais, profissionais e deontológicas. E isso não se dá gratuitamente ou em prol de um garantismo injustificado.

Em várias atividades profissionais, ofícios etc., como já visto, o sigilo é imprescindível para que tais atividades não se tornem impossíveis ou extremamente débeis. No caso do advogado, o sigilo é uma ferramenta, uma garantia constitucional de proteção para o profissional, para o cliente, para toda a sociedade e também para toda a fase processual, garantindo-lhes o contraditório e a ampla defesa, independentemente do polo em que estejam figurando, seja vítima ou acusado, pois o que deve ser assegurado às partes é a completa igualdade material.

Um dos aspectos mais importantes da garantia do sigilo do advogado está na necessária relação de confiança entre o profissional e o cliente. Sem isso, os dois aspectos da ampla defesa ficam bastante prejudicados, quais sejam, a “defesa técnica” e a “autodefesa” (TUCCI, 1993, p. 214). Como poderia um cliente revelar todos os informes necessários à sua defesa ao seu advogado sem a garantia do absoluto sigilo daquilo que seja confidenciado? Sem isso, o cliente ficaria inibido quanto à revelação de vários detalhes, inclusive questões não criminais, mas constrangedoras. Sua autodefesa estaria restrita. Consequentemente, a defesa técnica ficaria também prejudicada por um conhecimento parcial da versão do cliente, não dispondo o profissional de todas as informações que poderiam ser interessantes para a devida construção de sua tese. Trazendo para o caso concreto, a própria comunicação entre cliente e advogado é objeto do mesmo sigilo, pois é ela que possibilita essa troca de informações confidenciais. Obviamente, não cabe ao advogado, já que seria uma infração ética, entregar seu cliente à Polícia, salvo a pedido ou com a concordância deste e em estratégia defensiva. São as instituições para isso vocacionadas (investigar e cumprir mandados de prisão) que têm a incumbência de localizar foragidos pelos meios legalmente postos, jamais o advogado. Reale Júnior (2009, p. 78) expõe que “o sigilo profissional do advogado, externo ou interno, tal qual o do médico, é ponto central das normas deontológicas e legais que regulam a profissão”.

Segundo Cesca e Orzari (2016, p. 558), há dois principais motivos para a proteção conferida ao sigilo profissional:

Quanto ao sigilo profissional, pode-se distinguir duas principais frentes de proteção: uma individual, relativa ao profissional, e outra coletiva ou social. O sigilo profissional previne que a pessoa que desenvolve a atividade se torne um delator em potencial. Imagine-se o quão irracional seria se tudo que dissesse respeito à intimidade do paciente ou cliente fosse perquirido ao profissional, seja em uma demanda judicial cível, criminal ou qualquer outra situação. Agreguem-se, assim, ao impedimento ético inerente à atividade, do qual o profissional é ciente e treinado para cumprir, as normas jurídicas disciplinadora do sigilo. No plano fático, se não houvesse sigilo, o profissional não conseguiria desenvolver seu

mister e se tornaria uma fonte de informações sobre a vida alheia. Ademais, o sigilo profissional tutela a confiança que a sociedade deposita no regular exercício das profissões. Neste ponto, soma-se à proteção individual do profissional um viés coletivo no alcance protetivo do sigilo. A sociedade necessita de certas profissões e o indivíduo tem a liberdade de escolher o profissional a quem recorrer e, assim, deve estar seguro de que encontrará resguardo da sua intimidade naquele ramo de atividade em que precise de assistência.

O questionamento do jornalista: “será que o advogado não deveria ser preso também?” soa totalmente estranho e deslocado da legalidade e do bom senso. Até mesmo a atuação ética no jornalismo é questionável numa situação como esta. Será que esse tipo de manifestação foi uma correta postura no serviço de jornalista? Um exercício regular das liberdades de imprensa e informação?

Em primeiro lugar, é preciso pontuar que o jornalista fez uma pergunta. Ele não veiculou informação alguma de interesse público. Fez uma indagação de caráter pessoal e extremamente equivocada sob o prisma da legalidade, a qual poderia ter sido por ele pesquisada com antecedência para que, então, se manifestasse com real conhecimento de causa, colaborando para a devida informação do público, e não somente espalhando insinuações e questionamentos sem sentido. Ao invés de exercer o direito à informação, o jornalista, por falta de uma mínima pesquisa sobre o assunto, simplesmente veiculou uma insinuação em forma de pergunta, repleta de distorções e imputações insustentáveis. Ou seja, o público foi, na realidade, prejudicado em seu direito à informação.

O exercício escorrido do jornalismo não admite irresponsabilidades, principalmente aquelas de caráter populista e demagógico, que conduzem as massas em sua ignorância sobre os mais diversos temas. Como adverte Le Bom (1932, p. 110):

As massas jamais tiveram sede de verdade. (...) Não é a necessidade de liberdade, e sim de servidão, sempre predominante na alma das multidões. Elas são tão inclinadas à obediência que, de maneira instintiva, submetem-se a quem quer que se declare seu mestre.

Essa responsabilidade da imprensa se intensifica na exata medida em que se toma consciência de seu poder quanto à formação de opinião. Como evidencia Drapkin (1983, p. 15), “não sem razão” é ela “considerada o ‘Quarto Poder do Estado’”. A verdade é que “devido a uma informação distorcida”, muitas vezes de forma “intencional”, boa parte do público é induzida a crer na “inocência de condenados” justamente e “na culpabilidade dos inocentes” (DRAPKIN, 1983, p. 123).

A mídia é volúvel e com ela são volúveis as massas teleguiadas. Não é possível enganar e confundir o poder irracional das massas com democracia. Para satisfazer os desejos das massas e adular o povo “não é necessário ser democrata”. Ao reverso, é possível ser até mesmo “autocrata”. Eles, os autocratas de todos os tempos, “sempre tiveram a obsessão do ‘controle direto’ sobre o povo, da elástica aderência ao espírito popular”. Não há que se falar em democracia nessas circunstâncias, a não ser que se refira à democracia “na pior de suas versões degenerativas: o regime da multidão emotiva e sem forma, da plebe inconsciente e irresponsável” (ZAGREBELSKY, 2012, p. 105-126).

Não se pode olvidar a crítica cada vez mais atual do jornalista Ortega Y Gasset (2003, p. 82-83):

Em tal situação, a vida pública entregou-se à única força espiritual que por ofício se ocupa da atualidade: a Imprensa. Desejaria incomodar o menos possível os jornalistas. Entre outros motivos, porque talvez eu mesmo não seja outra coisa senão um jornalista. Mas é ilusório esquivar-se à evidência com que se apresenta a hierarquia das realidades espirituais. Nela ocupa o jornalismo a escala inferior. E acontece que a consciência pública não recebe hoje outra pressão nem outra ordem além das que lhe chegam dessa espiritualidade ínfima destilada pelas colunas do jornal. Tão ínfima é amiúde, que quase não chega a ser espiritualidade; que é de certo modo antiespiritualidade. Por desleixo de outros poderes, ficou encarregado de alimentar e dirigir a alma pública o jornalista, que é não só uma das classes menos cultas da sociedade presente, mas que, por causas, espero, transitórias, admite no seu grêmio pseudointelectuais abatidos, cheios de ressentimento e de ódio para com o verdadeiro espírito. A sua profissão leva-os a entender por realidade do tempo o que momentaneamente produz ruído, seja o que for, sem perspectiva nem arquitetura. A vida real é, sem dúvida, pura atualidade; mas a visão jornalística deforma essa verdade, reduzindo o atual ao instantâneo e o instantâneo ao retumbante. Daí que na consciência pública apareça hoje o mundo sob uma imagem rigorosamente invertida. Quanto mais importância substantiva e perdurante tenha uma coisa ou pessoa, menos falarão dela os jornais, e, em contrapartida, destacarão nas suas páginas o que esgota a sua essência em ser um ‘sucesso’ e dar lugar a uma notícia.

Observe-se que a fala de Ortega Y Gasset é de 1940. O que dizer hoje dos veículos de imprensa escrita, televisiva, radiofônica, telemática e do sensacionalismo midiático, especialmente na área criminal, dos blogs, do Facebook, das “celebridades”. Tudo que o autor disse em 1940 somente fez crescer em dimensão.

A liberdade de imprensa e de informação são direitos individuais e do jornalista. Entretanto, todo direito é relativo e limitado. E, obviamente, veicular informações falsas e atribuir crime indevidamente a uma pessoa de maneira dolosa não se configura como correto exercício da liberdade de imprensa e de informação. Na verdade, trata-se de um desserviço prestado a tais liberdades e de uma violação de direitos do advogado, sob os ângulos individual e profissional. A ofensa inclusive transcende a pessoa do advogado envolvido em episódios para atingir toda a categoria profissional. Mais que isso, interesses sociais inalienáveis relacionados à garantia do sigilo profissional, conforme acima demonstrado.

Da mesma forma que todo profissional exerce – ou, ao menos, deveria – sua profissão com ética, os jornalistas, repórteres, apresentadores e congêneres também, até mesmo porque existe um Código de Ética respectivo. Portanto, deveriam se pautar por estritas regras deontológicas.

Afinal, como bem pontua Bonjardim (2002, p. 73):

A liberdade de imprensa não é um direito superior a todos os demais e nem pode se impor de forma ilimitada, subjugando outros direitos que também sustentam a democracia.

Na mesma esteira pode-se citar Cruet (2008, p. 196), para quem:

Sem dúvida, a liberdade não é a ausência de regras, e não há sociedade possível sem um mínimo de prescrições obrigatórias e com sanção, determinando as condições da vida comum, ou, para me exprimir como Kant, da *coexistência das liberdades*, reconhecer em

cada um, uma liberdade sem fronteiras, seria mui simplesmente organizar o conflito incessante e universal das forças individuais. Definir a liberdade é seguramente limitá-la, mas é também dar a uma faculdade incerta e precária a estabilidade de um direito incontestável e permanente.

Nas chamadas “sociedades democráticas pluralistas” há uma marcante “coexistência de valores” nas respectivas constituições. Isso confere a essas ordens constitucionais aquilo que Zagrebelsky (1995, p. 14-16), valendo-se da expressão de Konrad Hesse, chama de um “direito dúctil”, a possibilitar a livre coexistência de valores e princípios, por vezes colidentes. Essa ductilidade exige exatamente que os valores e princípios não sejam encarados de forma absoluta. Necessárias flexibilidade e adaptabilidade devem imperar sob o pálio da proporcionalidade e da razoabilidade. O autor em destaque chama a atenção para um imperativo de “não contradição”, de forma a proporcionar uma “concordância prática” que tem por missão cumular e combinar princípios constitucionais, com o fim de aplicá-los em harmonia. Nas palavras desse estudioso:

*Se cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que queríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la salvaguardia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la scientia juris – no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica.*

Com essa abertura dos textos constitucionais hodiernos à pluralidade ocorre, com frequência, o que Canotilho (1992, p. 196) chama de “fenômeno de tensão”, ou seja, a possibilidade de colisão entre valores e princípios fundamentais de uma mesma ordem jurídico-constitucional. Um exemplo típico está efetivamente na liberdade de imprensa, ou na de informação, de expressão ou ainda na proteção da imagem e honra das pessoas.

Qualquer princípio ou valor constitucional deve ser considerado uma norma configurada com um “mandamento de otimização”, ou seja, normas que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas” (ALEXY, 1997, p. 162). Isso pode variar em graus de otimização, a depender das circunstâncias de fato e de direito. Os “princípios opostos” produzem uma necessária ponderação mútua. Essa, a ponderação, é a “forma característica de aplicação dos princípios” (ATIENZA, 2000, p. 163).

Quanto ao exercício do jornalismo, seu Código de Ética dispõe no art. 6º, VIII, que “é dever do jornalista respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão”.

Em casos como o exemplificado, o profissional jornalista faz exatamente o contrário do preconizado por seu diploma deontológico. Ao afirmar, por meio de uma insinuação eloquente, que o advogado deveria ser preso, ele desrespeitou a honra e a imagem do causídico. É plenamente possível aventar a prática, em tese,

do crime de “calúnia” (art. 138, CP), já que caluniou alguém, imputando-lhe *falsamente* fato definido como crime. Aparentemente, o jornalista teria imputado ao advogado a prática de “favorecimento pessoal” (art. 348, CP) ou até mesmo alguma espécie insustentável de participação do causídico no crime do cliente. De qualquer forma, houve, com certeza, a prática de uma imputação falsa, sem base legal alguma, no mínimo com dolo eventual, senão direto, acaso o jornalista tivesse plena ciência sobre a absoluta improcedência do que dizia e tivesse agido apenas com vistas aos efeitos populistas de sua manifestação. O dolo eventual ocorre se, como é mais plausível, o jornalista não se interessa minimamente por informar-se antes de imputar a alguém uma prática criminosa, e mais, sugerir sua prisão. Observe-se que o caso concreto focado é apenas um dos muitos e muitos exemplos encontráveis no dia a dia, servindo esses comentários como uma análise genérica de condutas similares.

Anote-se, por oportuno, que é atualmente inviável atribuir ao jornalista que assim se comportar o crime de imprensa de calúnia (Lei nº 5.250/1967 – art. 20), eis que a Lei de Imprensa foi considerada não recepcionada pela nova ordem constitucional de 1988, por meio da ADPF 130, julgada pelo STF. Assim sendo, responderia pelo crime de calúnia previsto no Código Penal Brasileiro (art. 138), ainda com causa especial de aumento de pena da ordem de um terço, tendo em vista a utilização de meio que facilitou a divulgação da calúnia, qual seja, um jornal televisivo de grande audiência (inteligência do art. 141, III, CP), além das responsabilidades administrativa e civil.

Como bem aduz Rushdoony (2016, p. 184):

A verdadeira liberdade política estabelece a restrição mediante a lei, insiste na responsabilidade e não pode tolerar outro credo que atue para solapar esses elementos, de maneira que não se confunde liberdade de imprensa, por exemplo, com liberdade de calúnia e difamação; antes, impõe restrições a fim de garantir a liberdade com responsabilidade.

A grande realidade é que, no fundo, o maior problema não é criminal, civil ou administrativo, nem mesmo versa sobre o sigilo profissional na defesa de acusados e/ou investigados, ou as liberdades de imprensa e informação. A questão fulcral, ainda que vista nas entrelinhas, é a falta da devida postura ética, não somente sob o ângulo profissional, mas também social e individual. A conduta adotada muitas vezes pela imprensa em casos de repercussão midiática traduz exatamente uma falta absoluta de compostura, fomentada pela preocupação, praticamente isolada, com o sensacionalismo e não com o respeito ao próximo ou ao interesse social, ao bem comum. O que se faz é forjar um sentimento de interesse pelo bem comum, mas apenas de forma hipócrita, quando, na verdade, o único interesse em jogo é o da audiência e da repercussão populista. Essa, infelizmente, é uma característica marcante da chamada “crônica vermelha” ou “crônica policial” que converte a base de certos veículos jornalísticos, especialmente de caráter mais popularesco, em notícias de crimes e criminosos (DRAPKIN, 1983, p. 36).

Não poderia indagação do jornalista ser encarada como uma crítica ao “status quo” jurídico brasileiro, que se diferenciaria no mundo civilizado, abrindo muitas “brechas” por onde se infiltrar a impunidade? Pode ser que em alguns casos isso seja verdadeiro, mas não no que se refere ao necessário sigilo profissional do

advogado. O modelo brasileiro não difere, em geral, daquele adotado em vários países, mesmo porque se trata de uma condição necessária para o exercício da atividade profissional e a própria consecução da justiça, ao menos num Estado de Direito. Cesca e Orzari (2016, p. 561-567), apresentam os exemplos da Itália, Portugal, Espanha, Chile e Argentina. Esse rol é meramente exemplificativo, não significando, obviamente, que encerre em si todos os países que preservam o sigilo do advogado.

Quando um jornalista atentar diretamente contra o sigilo profissional de um advogado, sem perceber, atenta contra um direito que também, “mutatis mutandis”, lhe compete em sua atividade. O jornalista, por norma constitucional, tem o direito ao “sigilo da fonte” (art. 5º, XIV, CF).

Coincidentemente, Marcelo Galli (2017) noticia no periódico *Consultor Jurídico*, em 4 de agosto de 2017, que o ministro Luiz Fux, do STF, reconheceu a proteção conferida aos jornalistas para que não sejam obrigados a revelar as fontes de suas informações, a fim de possibilitar seu devido exercício profissional. Com base nisso, foi arquivada investigação instaurada contra o deputado federal Miro Teixeira (Inquérito 4.377). Eis como se manifestou o Pretório Excelso no caso em testilha:

A norma constitucional inserta no art. 5º, XIV, que resguarda o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, inviabiliza a continuidade da investigação em relação a Miro Teixeira, uma vez que o parlamentar, investido na atividade de jornalista, resguardou-se ao direito de não revelar como obteve acesso às informações e documentos da operação.


Os mesmos dispositivos constitucionais que asseguram o sigilo necessário para a atividade jornalística resguardam a prática da advocacia, de modo que é, no mínimo, um “tiro no pé” o jornalista tecer críticas tão acerbadas contra o advogado que simplesmente exerce suas funções social e profissional, reservando o sigilo necessário ao respeito do contrato com seu cliente, em prol da viabilização de sua atividade profissional e, em última análise, do cumprimento de sua obrigação ética, bem como da consecução de sua função “indispensável à administração da justiça” (art. 133, CF).

## CONCLUSÃO

A partir de um caso específico, utilizado apenas de forma exemplificativa, em que um jornalista propôs, em rede nacional, a prisão de um advogado porque este não informava o paradeiro de seu cliente à polícia, simplesmente cumprindo seu dever de sigilo profissional, passou-se a analisar, de forma crítica, em cotejo com o ordenamento jurídico, o absoluto descabimento da postura do jornalista em casos similares, configurando uma desídia informativa pessoal, um desserviço à informação da população, um ilícito civil, um ilícito deontológico e, em última análise, a infração, em tese, a dispositivo criminal previsto dentre os crimes contra a honra do Código Penal. No caso específico, tratar-se-ia de uma calúnia majorada pelo uso de meio que facilitou sobremaneira sua divulgação.

Também não se deixou de lado a questão do poder de influência da mídia sobre as massas populares, especialmente com o recurso da demagogia e da adulação diretiva ou simplesmente voltada para a obtenção de audiência e sucesso

superficial, absolutamente avesso a qualquer espécie de consideração para com a importante missão social da imprensa, com seu *dever* de informar *corretamente* as pessoas sobre os fatos.

Sobressai, em casos tais, muito mais do que o problema da ilicitude dos comportamentos, a questão tão pungente na atualidade, que se constitui na necessidade de retomar os trilhos da postura ética no exercício profissional, nas relações sociais e intersubjetivas. 

## NOTA

1 APRESENTADOR da Globo pede prisão de advogado e revolta OAB -SP. Disponível em: [www.brasil247.com/pt/247/midiatech/273098](http://www.brasil247.com/pt/247/midiatech/273098). Acesso em: 10 set. 2017.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.
- APRESENTADOR da Globo pede prisão de advogado e revolta OAB -SP. Disponível em: [www.brasil247.com/pt/247/midiatech/273098](http://www.brasil247.com/pt/247/midiatech/273098). Acesso em: 10 set. 2017.
- ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- BARONI, Robison. *Cartilha de Ética Profissional do Advogado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CESCA, Brenno Gimenes, ORZARI, Octavio Augusto da Silva. Prova Penal e Segredo Profissional. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. n. 111, p. 555-586, jan./dez., 2016.
- CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. 3. ed. Trad. Francisco Carlos Desideri. Leme: Edijur, 2008.
- GALLI, Marcelo. Direito de não revelar fonte justifica arquivamento de investigação, julga STF. 4/8/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-04/sigilo-fonte-justifica-arquivamento-investigacao-julga-stf>. Acesso em: 23 set. 2017.
- LE BON, Gustave. *The Crowd: a study of the popular mind*. London: Benn, 1932.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Missão da Universidade e outros textos*. Trad. Filipe Nogueira. Coimbra: Angelus Novus, 2003.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado – cliente e o sigilo profissional como meio de prova. *Revista do Advogado*. n. 104, p. 78-84, jul., 2009.
- RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Mernergismo, 2016.
- SENDEREY, Israel Drapkin. *Imprensa e Criminalidade*. Trad. Ester Kosovski. São Paulo: José Bushat-sky, 1983.
- SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. Sigilo Profissional e Prova Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 73, p. 107-155, jul./ago, 2008.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na Pós-graduação do Unisal e membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

**ZEIMA DA COSTA SATIM MORI** é advogada, Mestre em Direito Social, Difuso e Coletivo, professora de Ética Profissional, Práticas Forense e Trabalhista e Direito Tributário na graduação do Unisal e membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

**BIANCA CRISTINE PIRES DOS SANTOS CABETTE** é graduanda em Direito do 10º período do Unisal.

# Precauções na aquisição de franquia

■ POR EZEQUIEL FRANDOLOSO

**A** pesar do crescente número de desempregados (atualmente, o desemprego no Brasil foi de 12,6%, em média, no trimestre de junho a agosto, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE) e o crescimento de 0,2% do Produto Interno Bruto (PIB) do segundo trimestre de 2017, também mensurado pelo IBGE, no início de setembro – que apontou a comparação com o trimestre anterior e de 0,3% ante o segundo trimestre de 2016, o cenário no setor de franquias cresceu 6,8% no segundo trimestre de 2017, tendo em comparação com o mesmo período do ano passado, conforme dados da Associação Brasileira de Franchising (ABF).

Acreditamos que esse crescimento se dê exclusivamente em razão da alta na taxa de desemprego. As pessoas que economizaram ao longo de anos de trabalho com carteira assinada estão procurando abrir o seu próprio negócio, e a procura pela franquia tem sido a preferida dessas pessoas – também por enfrentarem dificuldades em retornar ao mercado em tempo de retração na economia.

E como é o primeiro negócio para a maioria dessas pessoas, todo cuidado é pouco. A franquia, vale destacar, é um contrato pelo qual um comerciante detentor de uma marca ou produto (franqueador) concede, mediante remuneração, o seu uso a outra pessoa (franqueado) e lhe presta serviços de organização empresarial (GONÇALVES, 2008, p. 668).

Esse tipo de negócio, apesar de ter alguns aspectos delineados na Lei nº 8.955/1994, é atípico em razão de as relações jurídicas entre franqueador e franqueado serem dirigidas pelas cláusulas entabuladas em contrato.

Por isso, é muito importante que o interessado numa franquia, além de observar a legislação mencionada, não deixe de analisar detalhadamente todas as cláusulas do negócio. Não que isso não deva ser feito em todo e qualquer contrato a ser firmado na rotina civil de qualquer pessoa, mas deve ser feito especialmente em contratos atípicos (quando a lei específica não engloba todos os aspectos).

O franqueado deve conhecer bem a Lei nº 8.955/1994. Essa norma é enxuta e de fácil leitura. Ela exige, por exemplo, que o franqueador apresente ao interessado na franquia um documento denominado de Circular de Oferta de Franquia (COF), que deverá trazer todas as regras da franquia e obrigações do franqueador e franqueado. A COF ficará com o interessado pelo período de 10 dias, no mínimo, antes de ser assinado o pré-contrato ou o próprio contrato de franquia.

É o contrato de franquia, portanto, que assegurará todos os direitos e obrigações. Por essa razão, o interessado deve avaliar detidamente a COF e o contrato a ser assinado, assim como deve averiguar se a marca possui registro nos órgãos competentes, como no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) e, também, estude a saúde financeira da franqueadora, especialmente no período em que a economia do país não anda tão bem das pernas.



Sugere-se a procura por franqueados ou ex-franqueados, de modo a conhecer o negócio de perto. Dessa forma, o interessado em uma franquia conseguirá informações importantes sobre o franqueador e seu efetivo auxílio para com o franqueado, os quais devem ser bons parceiros para propiciar o sucesso do negócio.

Ainda, o franqueado deve ter em mente que não seguirá regras próprias em seu negócio, uma vez que a autonomia é relativizada. Ele arcará com as despesas de instalação (locação, reformas, etc.) e operação do seu estabelecimento (mão de obra, insumos, etc.), ao passo que o franqueador é quem estabelecerá as regras do modelo de negócio, prestando orientação e assistência durante o contrato.

As orientações que o franqueador passará ao franqueado, comumente, e que devem ser por ele seguidas, sem titubear, são (i) o contrato de *engineering*, por meio do qual o franqueador planeja e orienta a montagem do estabelecimento; (ii) o contrato de *management*, que é relativo ao treinamento dos funcionários e à estruturação da administração do negócio; e (iii) o *marketing*, que são técnicas de colocação dos produtos/serviços no mercado de consumo.

Outros aspectos não menos importantes da *franchising* dizem respeito (i) ao prazo de duração; (ii) à possibilidade de prorrogação; (iii) ao território de atuação; (iv) aos valores da contraprestação pelo uso da marca ou produto; (v) à impossibilidade de ser franqueado de outra marca; e (vi) ao direito de sucessão da franquia em caso de morte do titular ou transferência para outro empresário.

Normalmente, o contrato é mais rígido ao franqueado do que em relação ao franqueador, pois este necessita de maior proteção, já que é seu *know-how*, sua marca que estão em jogo. Cabe destacar que as franquias estipulam altas penalidades, podendo o franqueado, inclusive, perder o direito de uso da marca antes mesmo do termo final do prazo da franquia e ainda corre sério risco de pagar alta indenização, acaso não observe as obrigações que lhe são impostas.

Por fim, considerando que não existe padrão para a redação do contrato – já que cada franquia o redige de acordo com seu respectivo modelo de negócio – é importante que o franqueado não se deixe levar pela empolgação em ter seu primeiro negócio e o leia integralmente, nem que seja necessário levá-lo para casa. ■

## REFERÊNCIA

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. III, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.



EZEQUIEL FRANDOLOSO é advogado especialista em direito civil, constitucional, empresarial e sócio fundador de Frandoloso Advocacia e Consultoria Jurídica.

# Licenciamento do direito de uso de jogos eletrônicos: obras audiovisuais ou softwares? Uma análise comparativa dos efeitos tributários

■ POR ANDRÉ SICA E FERNANDA LIRA

O setor de jogos eletrônicos tem sido objeto de muitas discussões jurídicas, especialmente na esfera tributária, em razão da importância que conquistaram no mercado, sendo um dos segmentos da indústria do entretenimento que mais cresce.

Segundo a Análise de Impacto Regulatório nº 1/2016/SEC, produzido pela Agência Nacional do Cinema (Ancine), em 2015, o setor movimentou no mundo US\$ 91,5 bilhões, superando a indústria cinematográfica.

Atualmente, os *games* são jogados não apenas por jogadores amadores e casuais, mas também por atletas profissionais remunerados, no contexto dos chamados e-Sports (esportes eletrônicos). Além disso, possui novos formatos, sendo disponibilizados não apenas por console e computadores, mas também *online* e via *mobile* (celulares e *tablets*).

O setor de *games* no Brasil ainda está em desenvolvimento. A produção nacional carece de investimentos e incentivos, ofuscando-se diante da produção estrangeira dominante, especialmente dos EUA e do Japão. Portanto, ainda prevalece a importação dos jogos eletrônicos em função da baixa produção local.

Considerando a falta de regulamentação do setor, ainda não podemos afirmar se os *games* devem ser registrados como obras audiovisuais, programas de computador (*softwares*) ou ambos. Tal enquadramento tem efeitos na tributação dos negócios que envolvem o setor, especialmente nas remessas ao exterior pelo licenciamento do uso dos jogos no Brasil.

A Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 1998) define como *obra audiovisual* uma criação do espírito que resulta da fixação de imagens e que tenha a finalidade

de criar a ideia de movimento. Independe dos processos envolvidos para sua captação e do suporte ou meios usados para fixá-lo.

Os *games* decorrem de um processo complexo, envolvendo desde criadores até programadores, designers, editores, enfim, um time de profissionais entrelaçados com o roteiro inicialmente idealizado até a sua efetiva disponibilização ao consumidor.

Embora essa descrição se enquadre no conceito retirado da Lei nº 9.610/1998, o princípio da inalterabilidade das obras audiovisuais levanta uma dúvida sobre o enquadramento de *games* como tal, porque, em tese, as obras audiovisuais não podem ser posteriormente alteradas ou editadas, e isso ocorre com frequência.

Noutra esteira, temos os programas de computador (*software*), os quais, muito embora sejam considerados um tipo de obra intelectual, são regulamentados pela Lei nº 9.609/1998 (Lei do Software).

De acordo com a Lei do Software, por software entende-se um conjunto de instruções de linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou analógica para fazê-los funcionar.

Se, por um lado, os *games* possuem características próprias dos programas de computador (uma vez que os seus jogadores aplicam as instruções ali contidas), por outro lado trazem diversos aspectos visuais e criativos que os colocam no mesmo patamar das obras audiovisuais, tais como as suas imagens, sons e personagens.

Em sendo *obra audiovisual*, além da incidência do IRRF sob alíquota de 25%, as remessas ao exterior relativas ao uso, fruição ou exploração dos direitos no Brasil se enquadrariam no conceito legal de *royalties* e, assim, estariam sujeitas à incidência da Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE). Também poderiam estar sujeitas ao pagamento da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (Condecine), cobrada à alíquota de 11% sobre os valores remetidos ao exterior, na hipótese de regulação da atividade pela Ancine. De outro lado, não estariam sujeitas ao ISS, por não existir previsão legal para essa tributação.

O licenciamento de uso de *software* se sujeitaria à incidência do IRRF à alíquota de 15%, e só se sujeitaria à incidência da CIDE se ficasse caracterizada a transferência de tecnologia para o Brasil, ou seja, a aquisição de conhecimentos tecnológicos. Há previsão de incidência do ISS, cuja alíquota pode variar, dependendo do município onde estiver localizado o estabelecimento do adquirente da licença.

Essa indefinição alimenta um estado de insegurança jurídica que dificulta o fomento do setor no Brasil. É altamente recomendado que o processo de regulamentação seja permeado por um diálogo interdisciplinar e por debates informados acerca das múltiplas incidências tributárias existentes no Brasil. Até lá, é imprescindível que seja feita uma análise dos riscos tributários envolvidos, mitigando riscos de autuação e cobrança de multas pelo Fisco. ■



ARQUIVO PESSOAL

**ANDRÉ SICA** é advogado. Detentor do título internacional Postgraduated Certified em Direito Desportivo pela Kings College, de Londres (ING). Sócio responsável pela área de Direito Desportivo, atuante nos tribunais arbitrais da FIFA e do CAS – Court of Arbitration of Sport. Trabalhou como advogado internacional do escritório Hammonds&Hammonds, em Londres. Leciona Direito Desportivo nos cursos de especialização da ESA – Escola Superior de Advocacia da OAB e da Federação Paulista de Futebol. Vencedor da 4ª edição do prêmio *Brasil Sports Market*, na categoria “Melhor Advogado de Clubes”.



ARQUIVO PESSOAL

**FERNANDA LIRA** é advogada atuante na área de Direito Tributário. Pós-graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Formada no Programa de Educação Continuada da Fundação Getúlio Vargas, no curso de Contabilidade e Finanças para Administradores não Financeiros. Autora de artigos jurídicos.





## Não configura receita o prejuízo fiscal utilizado para liquidar multa e juros

■ POR MÁRCIO MAUÉS

“O valor utilizado do prejuízo fiscal para liquidar multa e juros deve ser registrado na conta de patrimônio líquido da empresa como receita não tributável.”

No dia 28 de maio de 2009, foi publicado no Diário Oficial da União a Lei nº 11.941, que assegurou às empresas o direito de pagar à vista ou parcelar em até 180 meses os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

A lei permitia o contribuinte pagar à vista o seu débito tributário, com redução de 100% das multas de mora e de ofício, de 40% das isoladas, de 45% dos juros de mora e de 100% sobre o valor do encargo legal.

No caso do parcelamento, a lei garantia ao contribuinte a possibilidade de parcelar em 30 prestações mensais ou em até 180 meses, com redução que poderia chegar a 90% das multas de mora e de ofício, de 35% das isoladas, de 40% dos juros de mora e de 100% sobre o valor do encargo legal.

É importante mencionar que o pagamento à vista ou parcelado permitia aos contribuintes liquidar os valores correspondentes a multa, de mora ou de ofício, e a juros moratórios, inclusive as relativas a débitos inscritos em dívida ativa, com a utilização de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da contribuição social sobre o lucro líquido próprios.

Em decorrência do previsto na Lei nº 11.941/2009, muitos empresários decidiram incluir os seus débitos tributários no parcelamento previsto pela norma, para regularizar a situação das suas empresas perante a Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Ocorre, no entanto, que algumas empresas foram surpreendidas com autos de infração da Receita Federal do Brasil, exigindo o Imposto de Renda sobre as receitas supostamente obtidas em decorrência da utilização do prejuízo fiscal e base de cálculo negativo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), para liquidação das multas e juros incidentes sobre o valor do crédito tributário incluído no parcelamento previsto pela Lei nº 11.941/2009.

As delegacias de julgamento, por sua vez, vêm decidindo a favor das empresas, conforme decisão proferida nos autos do Processo Administrativo nº 15983.720057/2014-93:

A contrapartida dos valores decorrentes da liquidação, com utilização de prejuízo fiscal próprio, de multas e juros de débitos incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941/09, não integra a base de cálculo do IRPJ.

No mesmo sentido, as orientações da Receita Federal do Brasil nos casos de cessão de prejuízo, conforme exposto na Solução de Consulta COSIT nº 71/2016:

O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica é a obtenção de lucro, ganho ou acréscimo patrimonial e não a mera realização de receita. O valor auferido com a cessão de créditos com deságio de prejuízo fiscal e/ou base de cálculo negativa para empresa controladora utilizar na quitação antecipada de débitos incluídos no parcelamento da Lei nº 12.996, de 2014, deve ser registrado em contrapartida à conta do Patrimônio Líquido, não sendo tributável pela legislação do IRPJ. A empresa cedente deve efetuar a baixa nos correspondentes livros fiscais dos montantes que serviram de base para a determinação destes créditos cedidos e manter toda a documentação comprobatória desses valores pelo prazo de cinco anos.

Não obstante o entendimento das delegacias de julgamento, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais vem mantendo os autos de infração da Receita Federal do Brasil, sob o argumento de que

[...] a utilização de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL para liquidação de multas e juros acarreta redução de um passivo da fiscalizada, resultando, então, em aumento do seu patrimônio. Tratar-se-ia, portanto, de receita, como reconhece o Conselho Federal de Contabilidade, o qual, por meio da Resolução CFC nº 1.121/08 e da Resolução CFC nº 1.374/11, dispõe que a diminuição de um passivo que resultar em aumento do patrimônio é uma receita. [...].

Em recente decisão proferida nos autos do Processo Administrativo nº 15983.720057/2014-93, a Primeira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais julgou procedente o recurso de ofício do Fisco, no sentido de restabelecer a cobrança do Imposto de Renda, por entender que inexistente

[...] legislação que autorize a exclusão formalizada pelo contribuinte das receitas oriundas da utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL próprios na liquidação de multas, juros e encargos legais, com base na Lei 11.941/2009 [...].

A decisão, apesar de estar devidamente fundamentada, demonstra que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais considerou como receita o prejuízo fiscal utilizado para liquidar multa e juros, por entender que reduziu o passivo e aumentou o patrimônio da empresa. Ao entender como receita, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) desconsiderou o artigo 43 do Código Tributário Nacional, e o artigo 219 do Regulamento do Imposto de Renda, o qual prevê que o fato gerador do tributo é a renda, o provento de qualquer natureza e o lucro.

Além disso, não observou que o legislador vetou a tributação sobre a parcela equivalente a redução do valor das multas e juros, conforme exposto no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 11.941/2009:

Não será computada na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS a parcela equivalente à redução do valor das multas, juros e encargo legal em decorrência do disposto nos arts. 1º, 2º e 3º desta Lei.

Diante do exposto, entende-se que o valor utilizado do prejuízo fiscal para liquidar multa e juros deve ser registrado na conta de patrimônio líquido da empresa como receita não tributável. Mesmo porque, na hipótese de não utilizar o prejuízo fiscal para liquidar multa e juros, este dever ser usado para compensar o lucro real e reduzir o valor a pagar de IRPJ, sem gerar receita a tributar, conforme dispõe a alínea “c”, do § 3º, do artigo 6º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977.



MÁRCIO MAUÉS é advogado especialista em Direito Tributário.



## O equilíbrio e harmonia entre os Poderes e a prestação jurisdicional envolvendo parlamentares federais

■ POR JAIR JOSÉ PERIN

**A**companhando o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, envolvendo senador da República, no campo das responsabilidades administrativa e penal, percebe-se a necessidade de busca pela sociedade brasileira, em especial pelos operadores do Direito, de parâmetros jurídico-constitucionais seguros e aptos a gerar as necessárias estabilidade e harmonia entre os Poderes reclamada pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A inquietação ganha maior dimensão quando se constata que o Supremo Tribunal Federal esteve diante de um impasse, no sentido de buscar decisão que equalizasse eventual ameaça ou possibilidade de o Congresso Nacional adotar

medida legislativa de modo que a Suprema Corte não pudesse adotar determinadas decisões sem que o Poder Legislativo as avalizasse ou autorizasse em relação aos parlamentares.

Apenas para ter presente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que pode determinar medidas cautelares aos parlamentares, mas se estas impossibilitarem, direta ou indiretamente, o exercício do mandato deverão ser encaminhadas, em vinte e quatro horas, ao Senado ou Câmara Federal para deliberação, nos termos do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal. A decisão se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526, mas tendo presente os reflexos imediatos de caso analisado envolvendo um senador em outra demanda.

Diante desse cenário, exsurge, ao que parece, a evidência da imprescindibilidade de busca por solução jurídico-constitucional apta a gerar a necessária garantia de independência e de harmonia entre os poderes, em especial para a realidade aqui analisada, entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, notadamente a Suprema Corte.

Acredita-se que a solução passa por acreditar e respeitar os limites pétreos fixados pela Constituição Federal. Ou seja, os Poderes, a fim de não avançar ou diminuir a independência de cada um, devem buscar a sua conformação nos delineamentos fixados pelo Poder Constituinte originário. No tocante aos Poderes Legislativo e Judiciário, além do artigo 2º, estes estão fixados especialmente, acredita-se, no inciso XXXV do artigo 5º, no *caput* do artigo 53, no § 4º do artigo 60, e inciso IX do artigo 92 da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 92 [...]

IX – 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;

**“Tendo presente a relevância máxima dos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes, em especial no caso aqui enfrentado, envolvendo o Judiciário e o Legislativo, bem como as demais cláusulas pétreas fixadas na Constituição Federal, não se mostra adequado, no campo da hipótese, o Poder Legislativo buscar a neutralização de decisões judiciais, devidamente fundamentadas à luz do ordenamento jurídico-constitucional-legal, em relação às prerrogativas de parlamentares, via proposições legislativas, seja como legislador constituinte derivado, seja como legislador ordinário.”**

No caso em análise, crê-se que não é possível o Poder Legislativo tentar esvaziar a independência do Poder Judiciário, em relação aos parlamentares, via proposições legislativas, seja como legislador constituinte derivado, seja como legislador ordinário, porquanto isso representa agredir a necessária separação entre os Poderes e a garantia da prestação jurisdicional, as quais constituem cláusulas pétreas, como também pode ser dito acerca do contido no *caput* do artigo 53 “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”, porquanto representa a essência imprescindível para que o Poder Legislativo possa exercer a sua função de poder legiferante e fiscalizador.

Esse respeito às cláusulas pétreas, nos casos extremos envolvendo os limites de garantia da necessária harmonia e independência entre os Poderes, se revestem da maior relevância em razão de serem parâmetros maiores de estabilização da Constituição Federal. Logo, nada mais adequado do que fixar e respeitar esse núcleo intangível e conformador da atuação de todos os Poderes.

Assim, no caso do julgamento recente por parte do Supremo Tribunal Federal, se esta Corte Suprema tivesse feito a interpretação no sentido de que as medidas cautelares adotadas em face do senador da República, implicando restrições ao exercício parlamentar, não precisavam do aval do Senado, crê-se que não seria possível ao Congresso Nacional, via poder constituinte derivado ou legislador ordinário, passar a exigir que as medidas passassem pelo crivo do Poder Legislativo, porquanto a estabilização e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e o respeito final da harmonia e independência dos poderes, como cláusulas pétreas, estariam sendo afrontadas e desrespeitadas.

Acrescente-se que estariam sendo superdimensionadas as garantias e as prerrogativas dos membros do Congresso Nacional, sem respaldo em cláusulas pétreas, com evidente desconsideração do princípio da igualdade perante a lei, a qual todos os cidadãos brasileiros devem se submeter.

Ademais, não pode ser esquecido que, em relação a qualquer prerrogativa ou privilégio, em especial à pessoa ou ao agente público, e não à instituição a que pertence, o entendimento fixado pela jurisprudência e pela doutrina é de não ser possível realizar interpretação ampliativa, mas sim restritiva, justamente a fim de que o princípio da igualdade perante a lei seja assegurado de forma sólida dentro da realidade de um Estado Democrático de Direito. Para ilustrar esta posição firme e consolidada da doutrina e da jurisprudência, cabe trazer à colação as seguintes passagens do Recurso Especial nº 829726/PR, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado do Diário de Justiça de 27 novembro de 2006:

4. O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico – ‘*Exceptiones sunt strictissime et interpretationis*’ (“interpretam-se as exceções estritissimamente”, no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: “A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica” [...]. As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tescos, e outras. [...] (Carlos Maximiliano, in: “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, Forense, p. 184/193).

5. Aliás, a jurisprudência do E. STJ, encontra-se em sintonia com o entendimento de que as normas legais que instituem regras de exceção não admitem interpretação extensiva. (REsp 806027 / PE ; Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 09.05.2006; REsp 728753 / RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 20.03.2006; REsp 734450 / RJ, deste relator, DJ de 13.02.2006; REsp 644733 / SC ; Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ acórdão, este relator, DJ de 28.11.2005).

Em conclusão, à luz do exposto, é possível crer que tendo presente a relevância máxima dos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes, em especial no caso aqui enfrentado, envolvendo o Judiciário e o Legislativo, bem como as demais cláusulas pétreas fixadas na Constituição Federal, não se mostra adequado, no campo da hipótese, o Poder Legislativo buscar a neutralização de decisões judiciais, devidamente fundamentadas à luz do ordenamento jurídico-constitucional-legal, em relação às prerrogativas de parlamentares, via proposições legislativas, seja como legislador constituinte derivado, seja como legislador ordinário. Isso representaria agredir a necessária separação entre os Poderes e a garantia da prestação jurisdicional.

Em última análise, implica a possibilidade de retornar ao Poder Judiciário para o devido controle de constitucionalidade dessas alterações legislativas casuísticas, o que não seria adequado e oportuno para a estabilização necessária da relação entre os Poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro. ■



JAIR JOSÉ PERIN é advogado da União na PRU/4ª R. Foi procurador-geral da União substituto.

## Direitos humanos na prova de redação do Enem

■ POR MURILO OLIVEIRA DE CASTRO COELHO

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com sede em Brasília, tem em seus quadros um juiz que determinou ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), a autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação (MEC) responsável pela elaboração das provas do Exame Nacional do Ensino Médio, que a regra existente desde a primeira edição do exame – o item 14.9.4 do edital da edição 2017 –, a qual determina que o desrespeito aos direitos humanos na prova de redação será penalizado com a atribuição de nota zero, seja suspensa ao acatar o pedido de uma organização intitulada Escola Sem Partido.

Segundo a Agência Brasil<sup>1</sup>, o magistrado do TRF alega que:

[...] o item é ilegal porque ofende a garantia constitucional de liberdade de manifestação de pensamento e opinião, resultando na privação do direito de ingresso em instituições de ensino superior de acordo com a capacidade intelectual demonstrada, caso a opinião manifestada pelo participante venha a ser considerada radical, não civilizada, preconceituosa, racista, desrespeitosa, polêmica, intolerante ou politicamente incorreta.

Se no entendimento desse juiz, a “livre manifestação do pensamento” permite a qualquer pessoa dizer o que quiser, então é possível e permitido dizer o que se pensa, tanto a respeito do magistrado como do coordenador do Escola Sem Partido livremente, ou seja, que de Direito Constitucional e de Educação ambos pouco sabem, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já em seu Preâmbulo apresenta que:

[...] os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Ademais, logo em seu art. 3º, IV, a Lei Maior estabelece que:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como pode ser visto no texto do Preâmbulo, o Brasil é signatário de tratados internacionais de direitos humanos (ordem interna e internacional) criados como forma de impedir a disseminação da intolerância.

Muitas foram as edições do Enem em que o tema da prova de redação desafiou os participantes a produzirem textos a respeito de problemáticas sociais, mas que impediam a expressão de ideias racistas, do pensamento fascista, de homofobia e outros

tipos de discriminação, assim como os Parâmetros Curriculares Nacionais<sup>2</sup> referentes às quatro primeiras séries da educação fundamental orientam os educadores a prepararem seus orientandos a partir das “metas de qualidade que ajudem o aluno a enfrentar o mundo atual como cidadão participativo, reflexivo e autônomo, conhecedor de seus direitos e deveres”.


Pelo visto, nem o magistrado do TRF da 1ª Região e nem o coordenador do movimento Escola Sem Partido são conhecedores dos PCNs, uma vez que na apresentação do referido documento do MEC pode-se ler que:

O compromisso com a construção da cidadania pede necessariamente uma prática educacional voltada para a compreensão da realidade social e dos direitos e responsabilidades em relação à vida pessoal, coletiva e ambiental. Nessa perspectiva é que foram incorporadas como Temas Transversais as questões da Ética, da Pluralidade Cultural, do Meio Ambiente, da Saúde e da Orientação Sexual.

Imaginem, pais e educadores, se a partir de agora o Escola Sem Partido também requisitar à Justiça que suspenda o item que proíbe ao participante do Enem que escreva impérios na prova de redação. Como os professores conseguirão fazer com que os estudantes tenham consciência de, além de não poderem brincar com assuntos sérios, ainda respeitem os colegas negros, LGBTs, deficientes, em situação de vulnerabilidade socioeconômica, entre outras características passíveis de se tornarem motivo de piada? Será preciso haver mais tragédias causadas pelo *bullying*?

Como fazer para que os alunos que aprendem dentro de seus lares a necessidade de respeito aos direitos humanos e que não se deixem influenciar, por exemplo, por colegas violentos admiradores do nazismo também deixem de dar ouvidos aos pensamentos de colegas intolerantes? E os estudantes de famílias religiosas, que aprendem nas escolas dominicais e nos sermões dos padres que é preciso amar ao próximo e tolerar os “defeitos” que outros possam apresentar? Como estes deverão receber orientações de seus educadores para que não deem ouvidos a comentários preconceituosos, mas que serão proferidos livremente em razão de nem mesmo o Enem impedir mais que o pensamento possa ser manifestado ao bel prazer de estudantes sem compromisso com o ordenamento jurídico brasileiro?

Certamente, a “garantia constitucional de liberdade de manifestação de pensamento e opinião” precisa ser sopesada com uma ideia “considerada radical, não civilizada, preconceituosa, racista, desrespeitosa, polêmica, intolerante ou politicamente incorreta”, de modo a não ferir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais foram inseridos na Carta Magna a fim de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Esperamos que o recurso do Inep seja acatado e que a regra de atribuir a nota zero aos que desrespeitarem os direitos humanos em seus textos na prova de redação retorne ao exame. 

### NOTAS

- 1 *Justiça suspende regra sobre respeito aos direitos humanos em redação do Enem*. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-10/justica-suspende-regra-sobre-respeito-aos-direitos-humanos-em-redacao-do>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- 2 BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. Parâmetros curriculares nacionais : apresentação dos temas transversais, ética / Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1997. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro081.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.



**MURILO OLIVEIRA DE CASTRO COELHO** é licenciado em Língua Portuguesa e atuou como professor do curso intitulado “Nota Máxima na Redação do Enem”. É autor de várias obras sobre a Prova de Redação do Exame Nacional do Ensino Médio, além de outras de Atualidades, nas quais sempre orienta sobre o respeito aos direitos humanos.



Na **Prática Forense** você estuda  
com os grandes mestres do Direito.

Tel. (61)

**3225-6419**

[www.zkeditora.com.br](http://www.zkeditora.com.br)

