

JUSTIÇA E SEGURANÇA

SÉRGIO MORO
MAURO CAMPBELL
JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
PAULO DE SOUSA MENDES
VITALINO CANAS
HELICIO HONDA
LUIS FELIPE SALOMÃO
MARCUS ABRAHAM
NUNO VILLA-LOBOS
MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES
MURILO PORTUGAL
JOSÉ ROBERTO AFONSO
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO
ELIVAL DA SILVA RAMOS
ANA CAROLINA SANTANA
CARLOS ALBERTO MENEZES
CRISTINA REINDOLFF DA MOTTA
FERNANDA DALTRO COSTA KNOBLAUCH
GERSON DE BARROS CALATROIA
JOSÉ DAVI CAVALCANTE
ALICE OLIVEIRA DE SOUZA
LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO
LUCAS BEVILACQUA
LEONARDO BUÍSSA
MANOEL REIS

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

JUSTIÇA E SEGURANÇA

SÉRGIO MORO
MAURO CAMPBELL
JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
PAULO DE SOUSA MENDES
VITALINO CANAS
HELICIO HONDA
LUIS FELIPE SALOMÃO
MARCUS ABRAHAM
NUNO VILLA-LOBOS
MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES
MURILO PORTUGAL
JOSÉ ROBERTO AFONSO
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO
ELIVAL DA SILVA RAMOS
ANA CAROLINA SANTANA
CARLOS ALBERTO MENEZES
CRISTINA REINDOLFF DA MOTTA
FERNANDA DALTRO COSTA KNOBLAUCH
GERSON DE BARROS CALATROIA
JOSÉ DAVI CAVALCANTE
ALICE OLIVEIRA DE SOUZA
LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO
LUCAS BEVILACQUA
LEONARDO BUÍSSA
MANOEL REIS

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS



Acesse o conteúdo do
VII Fórum Jurídico de Lisboa:



VII FÓRUM JURÍDICO DE LISBOA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof. Doutor Gilmar Ferreira Mendes
Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes



Fundadores

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco

Direção

Francisco Schertel Mendes

Coordenação Científica

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco | Francisco Schertel Mendes

Coordenação Académica

Jairo Gilberto Schafer | Sérgio António Ferreira Victor | Atalá Correia

Coordenação Executiva

Gabriela Jardim



Presidente do Departamento de Ciências Jurídico-Políticas e
Coordenador Científico do Centro de Investigação de Direito Público
Carlos Blanco de Moraes

Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

Maria Luísa Duarte

Vice-Presidentes do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

Carla Amado Gomes

João Tiago Silveira

FGV CONHECIMENTO

Diretor de Avaliação e Conhecimento
Sidnei Gonzalez

Gerente Executiva
Patricia Werner

Coordenação Executiva do Evento
Marcelo Abrantes
Marco António Azeredo

Coordenação de Design
Bianca Sili

Projeto gráfico e diagramação
Marcela Lima

Edição e revisão
Isabel Ferreira

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.

A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: <https://forumjuridicodelisboa.com/>

SUMÁRIO

Prefácio	11
1ª Conferência	13
Sérgio Moro	14
2ª Conferência	27
Mauro Campbell	28
João Pedro Gebran Neto	43
Paulo de Sousa Mendes	64
Capítulo 1. Segurança Pública	103
Vitalino Canas	104
Capítulo 2. Reforma do processo, Justiça tributária e Arbitragem	113
Helcio Honda	114
Luis Felipe Salomão	130
Marcus Abraham	136
Nuno Villa-Lobos	154
Márcio Souza Guimarães	166
Capítulo 3. Custos públicos e privados em Segurança no Brasil	181
Murilo Portugal	182

Capítulo 4. O financiamento da Seguridade Social	211
José Roberto Afonso	212
Capítulo 5. Ativismo na Justiça Constitucional	225
Paulo Gustavo Gonet Branco	226
Elival da Silva Ramos	234
Anexos. Artigos selecionados em virtude do edital de submissão	253
Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes	254
Cristina Reindolff da Motta	276
Fernanda Daltro Costa Knoblauch	298
Gerson de Barros Calatroia	324
José Davi Cavalcante e Alice Oliveira de Souza	350
Lucas Bevilacqua e Leonardo Buíssa	376
Luis Fernando de França Romão	396
Manoel Reis	426
Considerações Finais	447

NOTA DOS EDITORES

Esta publicação é resultado do VII Fórum Jurídico de Lisboa, realizado nos dias 22, 23 e 24 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal. Os textos reunidos nesta compilação foram formulados com base no conteúdo das palestras proferidas durante o seminário ou a partir de suas gravações, adotando-se as devidas adaptações para a forma escrita. Os mesmos textos foram adequados ao Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, salvo quando solicitada, pelos próprios autores, a preservação de certas características ortográficas de Portugal e do Brasil. Assim, os artigos que compõem esta publicação expressam as opiniões de seus autores, não representando necessariamente a opinião institucional da Fundação Getúlio Vargas. Ademais, gostaríamos de lembrar que a venda deste livro é estritamente proibida.

PREFÁCIO

Este presente documento expõe os anais do VII Fórum Jurídico de Lisboa, que ocorreu em abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Organizado pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ICJP) e pela Fundação Getulio Vargas (FGV), o evento teve o intuito de promover a troca de experiências, fomentar debates acadêmicos e provocar reflexões acerca dos conteúdos apresentados nos painéis e nas conferências.

Anualmente, as instituições parceiras realizam o Fórum Jurídico de Lisboa na capital de Portugal, reunindo importantes juristas, autoridades e especialistas para debater as mais importantes questões acerca do Direito Constitucional. A conferência internacional é de extrema relevância para a cooperação entre Brasil e Portugal, de forma a contribuir na proposição de políticas públicas e levar ao desenvolvimento de projetos em comum, que envolvam uma variedade de iniciativas voltadas para instituições públicas e privadas.

A sétima edição trouxe o tema central “Justiça e Segurança”, abordando a capacidade de o Estado promover qualidade de vida e bem-estar para os seus cidadãos. Questões como segurança pública, seguridade social, criminalidade organizada, reformas na Justiça, no domínio penal e processual penal, na governança 4.0, inteligência artificial, entre outras, foram amplamente discutidas para proposições de soluções, ações e políticas públicas para o desenvolvimento socioeconômico de ambos os países.

Tendo em vista a necessidade de discussão sobre os impactos da globalização e das mudanças sociopolíticas nas diversas áreas do conhecimento, esperamos que os anais do VII Fórum Jurídico de Lisboa contribuam para reflexões e ações sobre esses temas complexos e relevantes para os referidos países.

1º CONFERÊNCIA

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E À CORRUPÇÃO

SÉRGIO MORO

Para assistir a palestra do Exmo. Dr. Sérgio Moro, acesse o QR Code abaixo:



SÉRGIO MORO

Doutor e mestre pela Universidade Federal do Paraná e graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Foi Juiz Federal (1996-2018) e Ministro da Justiça (2019-2020).

SÉRGIO MORO

Brasil e Portugal possuem muitas diferenças na área de Justiça e de Segurança Pública. No ano de 2016, por exemplo, o Brasil alcançou o triste recorde histórico de mais de 60 mil homicídios por ano. Já Portugal, no mesmo ano, teve 76 homicídios – ou seja, a diferença é brutal. Nós temos que trabalhar para reduzir as nossas taxas para números mais apresentáveis.

Outro problema sério no Brasil é a criminalidade organizada. Nós temos organizações criminosas que foram se tornando, com o tempo, cada vez mais poderosas. Elas atuam no tráfico de armas e de drogas, e, infelizmente, algumas até têm um domínio territorial em determinadas cidades, o que representa um desafio enorme às ações da Justiça e da Segurança Pública.

Por outro lado, desenvolveram-se investigações que revelaram grandes esquemas de corrupção, especialmente nos últimos cinco anos, desde o famoso caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Penal 470, conhecido como Caso Mensalão, sucedido pelas investigações denominadas Operação Lava Jato.

O problema da corrupção é muito perverso no Brasil. Em relação a esse ponto, até onde eu conheço, Portugal tem uma realidade bem diferente, se considerarmos o índice de percepção de corrupção da Transparência Internacional. Portugal se encontra bem posicionado, ocupando entre a vigésima e a trigésima posição, enquanto o Brasil se aproxima da centésima. Não obstante, Portugal não está imune a esses problemas. Há, por exemplo, o famoso e rumoroso caso envolvendo o ministro por-

tuguês José Sócrates – que, vendo a distância e com todo o cuidado, percebe-se alguma dificuldade institucional para que esse processo caminhe em um tempo razoável. Essa mesma dificuldade também se faz presente no Brasil.

Diante desses desafios, como corrupção, criminalidade organizada e criminalidade violenta, a opção inicial dentro do Ministério da Justiça e da Segurança Pública foi apresentar um projeto com medidas simples, mas fundamentais, para enfrentar os três problemas. Combatê-los conjuntamente é importante, porque eles caminham juntos. Boa parte, por exemplo, dos homicídios no Brasil constitui um produto de disputas de mercado entre organizações criminosas ou de cobranças, muitas vezes com sangue, feitas a usuários de mercados de drogas por essas organizações. Por outro lado, algumas organizações criminosas se valem de suborno para buscarem impunidade. A corrupção, por último, diversas vezes desvia recursos públicos necessários para um enfrentamento eficaz da parte do Estado contra a criminalidade organizada e violenta.

O Projeto de Lei Anticrime apresentado não se pretende abrangente. Ele traz medidas simples e pontuais para que essas questões sejam resolvidas.

EXECUÇÃO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL A PARTIR DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Um tema abordado no Projeto é a possibilidade da execução de uma condenação criminal após o julgamento de uma Corte de Apelação, e não mais esperando a decisão final do processo por uma Corte Superior. Na sistemática anterior a 2016, entendia-se que era necessária a última decisão. O STF decidiu diferentemente quatro vezes desde então, ou seja, pela execução da decisão a partir da condenação em segunda instância. O Projeto pretende colocar isso de maneira clara na nossa legislação ordinária. Isto é importante, dado o número significativo de processos e recursos perante as Cortes Superiores. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) recebe em torno de 250 mil novos processos a cada ano. Da mesma forma, o STF, embora tenha tido avanços significativos no sentido de lhe atribuir maior discricionariedade no exercício da juris-

dição, ainda assim recebe um número muito expressivo de processos: em torno de 50 mil novos a cada ano. Com essa quantidade de processos, é muito difícil que eles cheguem a seu termo em prazo razoável.

Na nossa interpretação, isso não viola a presunção de inocência, que é muito mais vinculada à questão probatória do que a efeito de recursos. A nossa proposição é no sentido de estabelecer como regra que se execute o acórdão condenatório, mas pode excepcionalmente tanto o tribunal prolator da decisão como igualmente os Tribunais Superiores atribuírem um efeito suspensivo ao eventual recurso interposto quando houver uma plausibilidade desse recurso.

TRIBUNAL DO JÚRI

Outro ponto relevante do Projeto de Lei Anticrime é que queremos aumentar a efetividade dos julgamentos do Tribunal do Júri. O Tribunal do Júri foi criado durante o Império e tinha competência para todos os crimes, de acordo com o Código de Processo de 1832. Paulatinamente, essa competência foi sendo restringida. Atualmente, no Brasil, o Tribunal do Júri julga apenas crimes dolosos contra a vida, em especial crimes de homicídio e feminicídio. No contexto brasileiro, com um número enorme de homicídios, é possível dar mais efetividade ao Tribunal do Júri.

Processos de homicídio ou feminicídio que levam mais de dez anos para serem julgados são pouco compreensíveis pela população e, normalmente, inaceitáveis. O problema da criminalidade deve ser enfrentado com políticas multivariadas – políticas sociais e urbanísticas, a restauração de ambientes degradados e a devolução de oportunidades econômicas para as pessoas –, mas a retirada de criminosos perigosos de circulação também faz diferença. A Constituição de 1988 alberga o princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri e, não obstante, na prática, nós negamos efetividade às suas decisões. A ideia é que as sentenças do Tribunal do Júri tenham eficácia imediata. Nossas bases são os precedentes da Primeira Turma do STF.

LEGÍTIMA DEFESA

O artigo 25 do Código Penal brasileiro estabelece a legítima defesa e os seus requisitos. No Projeto, sugerem-se situações hipotéticas de legítima defesa, como: o agente policial de segurança pública que em conflito armado e em risco iminente previne agressão em direito seu ou de outrem, ou da vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Em situações como esta, geralmente, julga-se aceitável uma ação do agente policial ou de segurança pública para prevenir uma injusta e iminente agressão. A meu ver são disposições tautológicas, já contidas no próprio conceito de legítima defesa. No entanto, as forças de segurança ainda sentem alguma insegurança jurídica em relação à atuação em situações de risco, e estamos dando voz a essas reclamações.

O artigo 23 do Código Penal trata das excludentes de ilicitude e estabelece que quem age em excludente de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa, não responde pelo crime, mas por eventual excesso doloso ou culposo. Assim, se durante a legítima defesa, a reação for excessiva, responde-se por excesso culposo ou doloso.

O que nós pretendemos agregar é que o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorreu de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. Alguns críticos afirmam que essas disposições seriam uma espécie de licença para matar. Eu divirjo dessa opinião, pois deve-se lembrar que essas provisões normativas serão decididas em um processo aberto, público e por um juiz imparcial, com acusação e defesa presentes. É o juiz que vai decidir, por exemplo, se há uma situação em que o excesso pode ser escusável diante daqueles fatos específicos.

A ideia principal é que as pessoas não são robôs ou autômatos e, eventualmente em uma situação de legítima defesa, podem reagir com excesso escusável, não necessariamente sendo tratadas como homicidas.

ENDURECIMENTO DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL

Nós temos a compreensão de que não é possível um endurecimento geral da legislação criminal no Brasil, visto o problema de superlotação carcerária do país. Além disso, é necessário retomar o controle das nossas prisões. Nesse cenário, é justificável o endurecimento seletivo em relação à criminalidade mais grave.

Uma das nossas previsões em matéria penal estabelece que o condenado em determinadas circunstâncias cumpra uma pena inicialmente em regime fechado, independentemente do montante da pena. No caso de condenado reincidente, ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo. Essa medida visa evitar qualquer questionamento desse endurecimento com base no princípio da individualização da pena e dá ao juiz uma flexibilidade. O que se quer é retirar de circulação o criminoso profissional ou habitual, mas não, por exemplo, um ladrão de maçãs. Provisões dessa espécie permitem a modulação desse rigor para evitar o exagero em circunstâncias específicas.

No caso de condenados aos crimes previstos nos artigos 312 (peculato), 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa), o regime oficial da pena será o fechado. Isso está de acordo com as aspirações da sociedade brasileira por maior rigor em relação a crimes contra a administração pública. No entanto, também fazemos a ressalva nos seguintes casos: se for de pequeno valor a coisa apropriada, a vantagem indevida, ou se as circunstâncias previstas no artigo 59 forem todas favoráveis. Aqui, também, há, o rigor principalmente com a grande corrupção.

Também propomos regime inicial de pena fechado para o crime de roubo com arma de fogo. Isso corresponde, novamente, à ideia de responder às aspirações por maior segurança em um dos crimes que mais atormentam não só a vida, mas também o imaginário da sociedade brasileira: o roubo armado, que, infelizmente, pode resultar em um crime mais grave.

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A lei nº 2.850 prevê o crime de organização criminosa e medidas destinadas à investigação. Nós mudamos ligeiramente o conceito de organização criminosa no Projeto de Lei Anticrime. Se nós conhecemos nossas organizações criminosas principais, por que não descrevê-las objetivamente e nominá-las?

Organizações criminosas, então, são aquelas que se valem da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre atividade criminal ou sobre atividade econômica. Há um rol de organizações criminosas brasileiras que são elencadas no Projeto. Esse, no entanto, não é exaustivo, e há uma cláusula relativa às milícias ou outras associações com domínios locais.

Se alguém vir alguma semelhança com o artigo 416 bis do Código Penal Italiano, não é mera coincidência. Esse artigo, introduzido pela famosa Lei Pio Della Torre,¹ acrescentou o crime de associação do tipo mafioso, além do crime de associação de malfeitores, no qual literalmente se descreveu a Cosa Nostra, a máfia siciliana. Nesse mesmo dispositivo, foram nominadas expressamente como associações do tipo mafioso a 'Ndrangheta e a Camorra. Assim, há uma legislação expressa positiva.

A vantagem desse tipo de dispositivo é que, em um processo penal, na prática, não se precisa provar a existência de PCC ou do Comando Vermelho. A lei já reconhece essas organizações como grupos existentes. Torna-se necessário provar que aquela pessoa acusada é um membro da organização.

Esse dispositivo deve ser compreendido junto com o que endurece o cumprimento de penas para organizações criminosas. As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento de pena em estabelecimentos de segurança máxima – leiam-se aqui presídios federais. Além disso, o condenado por integrar organização criminosa ou crime praticado por meio dela não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional, ou outros benefícios prisionais, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

1 Deputado assassinado pela Máfia na década de 1980.

Isso envia um recado claro aos membros dessas organizações criminosas. Se esses forem condenados por as integrarem ou por crimes praticados através delas, não terão direito a benefícios prisionais enquanto se mantiverem faccionados. O objetivo não é manter as pessoas na prisão, mas forçar a dissociação. Busca-se enfraquecer as organizações deixando uma escolha ao condenado por esse crime: se ele quer obter os benefícios, ele tem que se dissociar.

A progressão de regime de cumprimento de pena tem por objetivo ressocializar o condenado, baseado na ideia de que ele tem que se aproximar, cada vez mais, da vida em liberdade. A ideia da ressocialização pretende devolver um cidadão para o convívio social, e não um soldado do crime. Então, alguém condenado por esse tipo de crime tem que fazer uma escolha para se reabilitar. É o passo para obter benefícios prisionais.

SOLUÇÕES NEGOCIADAS

O Projeto também propõe medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal. No caso de crimes apenados em até quatro anos, para os quais a lei já prevê a possibilidade no caso de condenação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nós estamos prevendo a possibilidade de uma espécie de acordo de não percepção penal - medida equivalente, inclusive, encontrada em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

Se, no caso de condenação, a pena já pode ser substituída por restritiva de direitos, então esse é um mecanismo destinado a evitar o processo ou a buscar uma resolução mais rápida por meio de um acordo negociado entre investigado, seu defensor e a acusação, e homologado pelo juiz. Essa negociação homologada não é considerada sentença condenatória, e pode ser ali prevista, eventualmente, prestação de serviços, prestação pecuniária ou outras condições que se mostram adequadas.

Crimes mais graves também são abordados no Projeto. Pretende-se instituir o plea bargaining. A inspiração aqui é do direito norte-americano, no qual as partes podem negociar, no caso de confissão circunstanciada,

perante um juiz independente e imparcial, e com a assistência de advogados das respectivas partes. Podem negociar, inclusive, pena privativa de liberdade, mas eventualmente outras também. Aqui não há limite de pena. Em qualquer crime pode haver essa negociação, como é o caso, inclusive, que se faz no direito anglo-saxão.

Esse dispositivo não trata de colaboração premiada. O que se exige é a confissão circunstanciada, e o acusado é premiado por permitir uma resolução mais rápida do caso penal. Muitas vezes, diz-se que isso pode levar a confissões falsas de acusados que temem ser apenados severamente. No entanto, nós buscamos atribuir um pouco mais de poder ao juiz do que no direito anglo-saxão. O juiz não homologará o acordo se a proposta de pena formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou desproporcional à infração, ou se as provas existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal. Aqui, diferentemente do que acontece no caso anterior, o acordo homologado é considerado uma sentença condenatória.

Há um excesso de casos cíveis e criminais na Justiça brasileira, e, geralmente, buscamos resolver isso com mais juízes, com mais aparato estatal. Essa saída não me parece factível para o Brasil, ainda mais numa situação de crise fiscal. Nós precisamos investir e incentivar soluções negociadas tanto no processo civil como no processo penal. A possibilidade de ter o plea bargaining anglo-saxão no processo brasileiro é bastante virtuosa. Adicionamos também uma válvula de cuidado ao instrumento, pois estabelecemos que o plea bargaining só se faz após o recebimento da denúncia, ou seja, já se permite um crivo do juiz sobre uma suficiência de provas para recebimento da acusação antes que possa o acordo ser celebrado.

PRISÃO EM FLAGRANTE

Quando há a prisão em flagrante, o preso é levado ao juiz, que deve decidir pela manutenção da prisão ou colocação em liberdade provisória. Nós estamos propondo uma medida para evitar a soltura após uma prisão em flagrante de presos com característica de prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais.

Após uma prisão em flagrante, se o juiz observar que o agente é reincidente, ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais, ou que integra organização criminosa, ou que porta arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indiquem ser membro de um grupo criminoso, deverá negar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo em suas condutas. É claro que a regra antes do julgamento deve ser a liberdade, mas, se o juiz, após uma prisão em flagrante, verificar os indícios mencionados supracitados, impor uma medida restritiva da liberdade não deixa de ser razoável.

BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS

Nós estamos ampliando o Banco Nacional de Perfis Genéticos, que foi criado em 2013, mas praticamente não foram feitos investimentos para o seu crescimento. Isso mudou, de certa maneira, com as últimas gestões do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, mas, ainda assim, temos um banco bastante tímido, com cerca de 30 mil perfis genéticos de condenados. A lei atual prevê a extração do perfil genético para crimes violentos ou hediondos e nós estamos ampliando para crimes dolosos. Isso tem um potencial enorme para a resolução de crimes, especialmente os que deixam vestígios corporais.

Há uma discussão jurídica interessante se a coleta do material genético viola o direito à não autoincriminação. Os países no qual o direito à não autoincriminação foi criado, como Inglaterra e Estados Unidos, são os que possuem os bancos genéticos mais amplos, atualmente. A compreensão é que o direito à não autoincriminação preserva o direito do acusado de se calar, de não ter sua mente extorquida atrás de infor-

mações, ou seja, de não ser coagido a confessar. Esses países admitem expressamente que a coleta desse tipo de prova não viola o direito à não autoincriminação.

INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Há, no Brasil, a previsão da infiltração de agentes como meio de investigação de organizações criminosas. No entanto, não há clareza legal sobre a conduta de um agente policial encoberto que, por exemplo, compra drogas ou armas disfarçado. Há quem entenda que a pessoa que vende armas ou drogas ao agente policial disfarçado não comete crime, porque essa figura seria de um crime impossível. Há, sobre isso, uma antiga súmula do STF, que foi formulada quando este ainda dava a última palavra em relação à interpretação da legislação infraconstitucional. O STF, diante do quadro legal daquela época, fez a interpretação de que o crime em questão seria impossível nessa hipótese.

A atuação de agentes policiais disfarçados tem um potencial investigatório muito grande, especialmente em relação a organizações criminosas. Por isso, queremos estabelecer que alguém que vende drogas a um agente policial disfarçado comete, ainda assim, um crime e deve ser apenado. O fato de um agente disfarçado participar de uma operação de lavagem de dinheiro não exclui o crime. Nós estamos introduzindo isso na lei antidrogas. Assim, quem vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ao agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente, deve responder por tráfico de drogas.

Busca-se também evitar o entrapment, ou seja, quando um agente policial disfarçado age como um provocador, um criador de uma atividade criminal, e não como um revelador. O agente policial disfarçado deve fazer uma armadilha para um criminoso incauto, e não para um inocente despreparado.

Aqui, eu apresentei rapidamente alguns pontos importantes do Projeto de Lei Anticrime, que são medidas simples e facilmente compreensíveis pela comunidade jurídica, pelos parlamentares e pela própria sociedade. Mais uma vez, nós temos a plena convicção de que nós não resolveremos o problema da Justiça e da Segurança Pública somente com a mudança da lei, mas faltaríamos com a verdade se afirmássemos que a mudança da lei também não é importante. Ter um aparato legal melhor para lidar com o fenômeno criminal grave no Brasil faz uma grande diferença. Isso, aliado a medidas executivas, políticas sociais, urbanísticas e econômicas, pode fazer, quem sabe até utopicamente, com que nós possamos reduzir paulatinamente os nossos índices de criminalidade grave, notadamente de assassinatos, e, quem sabe, almejar que nos transformemos em um grande Portugal no futuro.

2º CONFERÊNCIA

REFORMAS NA JUSTIÇA, NO DOMÍNIO PENAL E PROCESSUAL PENAL

MAURO CAMPBELL

JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

PAULO DE SOUSA MENDES



MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES

Graduado em ciências jurídicas pelo Centro Universitário Metodista Bennett (UNIBENNETT). Foi promotor de justiça, secretário-geral, procurador-geral de justiça e corregedor-geral da Justiça Federal. Atualmente, é ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

MAURO CAMPBELL

SEGURANÇA PÚBLICA E PODER LEGISLATIVO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVI- DADE DAS REFORMAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIIS

INTRODUÇÃO

Os países latino-americanos, especialmente o Brasil, têm observado o crescimento de suas taxas de criminalidade nos últimos anos; ao mesmo tempo, tem havido também um aumento do número de normas jurídicas que implicam o aumento do controle penal tanto em relação aos crimes comuns quanto aos chamados crimes de colarinho branco.

Assim, é relevante a pergunta “como promover reformas penais e processuais penais que efetivamente resolvam o problema da criminalidade?”, exigindo-se respostas complexas e interdisciplinares ante à característica multifacetada do fenômeno. A edição de normas abstratas que visem ao endurecimento do jus puniendi estatal, por si só, não tem tido a máxima efetividade se desacompanhada da elaboração de políticas públicas concretas que tenham por objetivo promover respostas ao problema da criminalidade.

O debate promovido por ocasião do VII Fórum Jurídico de Lisboa levantou importantes questões relacionadas à necessidade de promoção de reformas da justiça criminal, tendo como norte a rea-

lidade concreta a que se destinam. Na ocasião, cada um dos participantes apresentou reflexões sob óticas distintas, tendo em vista a respectiva experiência profissional, o que engrandeceu sobremaneira a ocasião.

Nesse contexto, no presente artigo, apresento uma síntese das linhas mestras das ideias que apresentei na oportunidade. Inicialmente, abordo o problema da segurança pública à luz de estatísticas que mostram a magnitude do problema, bem como os desafios existentes em enfrentá-lo. Em seguida, apresento algumas considerações teóricas sobre o debate existente acerca da segurança pública e sobre como enfrentar o problema da criminalidade.

Ainda, com base na minha experiência prática, não só como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, mas também como Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Amazonas e Secretário de Segurança Pública do mesmo ente federativo, trago alguns exemplos práticos de situações por mim vividas. Por fim, apresento breves notas conclusivas.

1. A SEGURANÇA PÚBLICA E O ENCARCERAMENTO NO BRASIL

Em 2019, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes (UNODC) divulgou as estatísticas mais recentes sobre a ocorrência de homicídios e crimes violentos no mundo. O estudo mostrou que a realidade da América Latina tem sido marcada por crescentes índices de homicídios, com destaque para o Brasil, a Colômbia e a Venezuela. O estudo revelou, ainda, a triste constatação de que, "em números absolutos, Nigéria e Brasil, que respondem por cerca de 5% da população global, responderam por 28% dos homicídios no mundo".¹

¹ Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/07/brasil-tem-segunda-maior-taxa-de-homicidios-da-amrica-do-sul--diz-relatrio-da-onu.html>>. Acesso em: 2 dez. 2019.

Por sua vez, no que tange aos crimes conhecidos como de colarinho branco, a organização Transparência Internacional também aponta, em seu recente relatório, divulgado em 2019, que a América Latina como um todo apresenta altos índices de corrupção. A despeito de terem existido alguns avanços no campo legislativo e do incremento das operações de law enforcement, o relatório Barômetro Global da Corrupção - América Latina apontou que “a maioria dos cidadãos da América Latina e do Caribe (53%) avalia que a corrupção aumentou em seu país nos últimos 12 meses, enquanto uma taxa bem menor considera que ela diminuiu (16%)”.

A pesquisa Global Fraud Survey,² desenvolvida pela empresa de consultoria internacional Ernst Young, identificou que, no ano de 2016, a China e a América Latina lideraram as ações anticorrupção no mundo. Nessa última, foi no Brasil onde ocorreu o maior número de ações nesse setor. O relatório revelou que, apesar do caráter midiático dessas ações de law enforcement, para 96% dos executivos brasileiros, corrupção e suborno são práticas que “ocorrem amplamente nos negócios de seus países ou regiões”. Em 2014, esse percentual era de 70%.

Os dados mais recentes do Conselho Nacional do Ministério Público, publicados no Sistema Penal em Números, revelam que há, no Brasil, 1370 estabelecimentos penais e 427.436 vagas no sistema prisional; no entanto, a população carcerária é significativamente maior, havendo o registro de 739.798 presos, sendo a taxa de ocupação média na ordem de 169,25%.³

Além disso, as informações extraídas do Banco Nacional de Mandados de Prisão (mantido pelo Conselho Nacional de Justiça) ainda revelam que “do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios - pessoas ainda não condenadas. E que há em todo o país 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, dos quais a grande maioria (94%) de procurados pela Justiça. Os demais estão foragidos”.⁴

2 Disponível em: <[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-fids-fraud-survey-2018/\\$FILE/ey-global-fids-fraud-survey-2018.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-fids-fraud-survey-2018/$FILE/ey-global-fids-fraud-survey-2018.pdf)>. Acesso em: 2 dez. 2019.

3 Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 2 dez. 2019.

4 Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 2 dez. 2019.

Gostaria de trazer algumas considerações quanto aos gastos do ente federal em relação à segurança pública. Entre 2015 e 2019, o gasto médio total com a temática pelo Governo Federal foi de R\$ 42,37 bilhões, o que corresponde à média de R\$ 8,47 bilhões por ano.⁵ Desse total, aproximadamente R\$ 17,1 bilhões foram destinados ao policiamento, o que corresponde a 40% do total de recursos públicos federais gastos nessa área.

Finalmente, trago alguns números quanto aos gastos feitos com o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).⁶ Os números da Controladoria-Geral da União revelam que, entre 2015-2019, o gasto previsto foi de R\$ 1,17 bilhão – ou seja, em média R\$ 234,23 milhões foram gastos anualmente no período considerado com o Funpen.

2. O PODER LEGISLATIVO E A AGENDA DE SEGURANÇA PÚBLICA NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL

Podemos identificar três movimentos teóricos que buscam categorizar os discursos presentes no Poder Legislativo, no que tange às propostas relacionadas ao direito penal e processual penal (FERREIRA, 2017).

O primeiro, abolicionista, “consiste na desconsideração – total ou parcial – do direito penal e dos métodos de punição propostos com base na legislação penal, pelas instâncias formais de controle”. Os minimalistas “negam a legitimidade do sistema jurídico-penal atual, mas não propõem sua deslegitimação total; buscam, por sua vez, alternativas – dentro do próprio sistema de justiça, se possível, para a solução de conflito” (FERREIRA, 2017). Por último,

“os expansionismos se desenvolveram no contexto histórico do período entre guerras, em que houve, com tantas violações a direitos humanos, a necessidade de protegê-los, criando garantias. O discurso de defesa dos direitos humanos foi atrelado à

5 Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/06-seguranca-publica?ano=2017>>. Acesso em: 3 dez. 19.

6 O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei Complementar n° 79/94 e tem por finalidade “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional”.

necessidade de alargamento da legislação penal extravagante, com a criação de novos tipos penais e principalmente com o aumento de penas” (FERREIRA, 2017).

No caso da América Latina, e especialmente tomando como base a realidade brasileira, é possível inferir que têm tido prevalência os discursos expansionistas da legislação penal, tendo em vista os notórios problemas de segurança pública que temos enfrentado na atualidade.

Partindo-se do período dos últimos 30 anos, 16 países da América Latina promoveram mudanças em suas legislações penal e/ou processual penal. De um lado, as reformas legislativas operadas são resposta aos regimes militares que marcaram nosso continente na segunda metade do século XX; de outro lado, procurou-se aperfeiçoar os marcos jurídicos nacionais, em resposta à crescente e multifacetada criminalidade, impondo-se o desafio de serem editadas normas jurídicas que possibilitem aos órgãos de persecução penal respostas mais efetivas no campo da segurança pública.

Em geral, Azevedo (2005, p. 216) pontua que “a principal constatação a respeito da situação da justiça penal no continente latino-americano, no contexto da transição democrática, é de uma grande defasagem entre o plano do formal e do real no tocante aos princípios, entre o dever ser e o ser”. Nesse ponto, o autor afirma que, em geral, a população não é bem informada “sobre leis e procedimentos, bem como sobre meios para buscar os direitos. Também há a perda da confiança em razão da imagem negativa do Judiciário criada pela corrupção, morosidade e ineficiência”.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 traçou as linhas orientadoras das competências legislativas e administrativas relativas à segurança pública. As primeiras – competências legislativas – foram atribuídas exclusivamente ao Congresso Nacional, “não tendo os estados autonomia para definir condutas criminalizadas para além daquelas estabelecidas em lei federal, nem para a criação de normas processuais” (Azevedo, 2017, p. 50).

Por sua vez, o art. nº144 do Texto Constitucional prevê 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”. O mesmo dispositivo, ainda, lista como órgãos de segurança pública: (a) polícia federal; (b) polícia rodoviária federal; (c) polícia ferroviária federal; (d) polícias civis e (e) polícias militares e corpos de bombeiros militares. Importante salientar que “a importância assumida pelas polícias civis e militares confere proeminência aos governos estaduais na gestão da segurança pública, sendo eles os mais cobrados pelas dificuldades enfrentadas no setor” (Azevedo, 2017, p. 51).

Assim, de um lado, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve notório aumento de tipos penais e das penas cominadas. No Código Penal, na vigência do Texto Constitucional, podemos observar que houve a introdução de novos tipos penais, tais como, por exemplo, de feminicídio, condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial (art. nº 135-A), injúria racial (art. nº 140, § 3º), invasão de dispositivo informático (art. nº 154-A), entre outros.

No campo da legislação extravagante, a expansão do controle penal é ainda mais acentuada. Nesse ponto, mencionam-se como exemplos a previsão de crimes nas Leis de Licitação e de Improbidade Administrativa. Ainda, a promulgação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9613/98, com as modificações trazidas pela Lei nº 12.682/2012) e ainda a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) também mostra importante expansão do controle penal por meio da legislação esparsa.

Por sua vez, a reforma processual penal de 2011 – Lei nº 12.403/2011 – passou a estabelecer que a prisão preventiva somente pode ser determinada “quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência tradicional no sentido de que não é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, quando pendentes recursos aos tribunais superiores.

3. A REFORMA LEGISLATIVA DA JUSTIÇA CRIMINAL NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

Vimos que a criminalidade não é um fenômeno homogêneo no Brasil, ou seja, “se apresenta de diversas maneiras em diferentes espaços e afeta de forma desigual os diferentes segmentos da sociedade. Para um combate eficaz à criminalidade e para a redução da sensação de insegurança é necessária a formulação de políticas de públicas de segurança adequadas” (Monteiro et al, 2017).

A expansão do direito penal por meio de normas legislativas e desacompanhadas de políticas públicas efetivas pode levar ao que Luigi Ferrajoli denomina como “direito penal de emergência”, a par do sistema constitucionalmente previsto. Para o autor italiano, a caracterização permeia a definição de crimes, que “é frequentemente mais um direito penal do réu que um direito penal do crime” (p. 659). No campo do processo penal, a categoria também indica que a relação processual é muito mais focada na pessoa do indivíduo tido como criminoso do que nas provas do fato investigado. Por fim, na execução penal, “a pena é predominantemente irrogada e aplicada antes da condenação sob a forma de custódia preventiva” (p. 661).

Assim, a adoção de marcos normativos de emergência não tem sido uma solução efetiva para o problema da segurança pública, quando não acompanhada de políticas públicas. As estatísticas revelam que o endurecimento da legislação penal e a retirada de garantias processuais, por si sós, não são medidas suficientes para resolver o problema da segurança pública de forma integrada.

A exposição de que fiz parte no VII Fórum Jurídico de Lisboa trouxe importantes reflexões que apontam para a necessidade de mudança de mentalidade e da própria estrutura de organização da Justiça Penal. Na ocasião, o excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes bem pontuou em sua fala que a justiça penal se acostumou a trabalhar muito, mas na perspectiva individual e distanciada de uma visão global do problema. Além disso, Sua Excelência pontuou que a falta de visão de sistêmica do problema da segurança pública foi

propiciada pela ausência da União no papel de coordenação das políticas públicas nessa área. Há necessidade de aproximação do Poder Judiciário em relação aos órgãos de persecução penal, a fim de que possa haver uma ação integrada entre eles (e não de sobreposição). Apontou, também, a necessidade de serem repensadas as regras de progressão e de regime inicial da pena.

Na década de 1990, quando era Secretário de Segurança Pública do estado do Amazonas, pude me deparar com experiências concretas de que tratar a segurança pública com amorismo trouxe prejuízos notórios à sociedade. Na época, a visão do Poder Público era, por vezes, restrita a ações promocionais, tais como, por exemplo, a entrega de viaturas, sem pensar, por exemplo, nos custos de conservação e de manutenção dos equipamentos.

Na minha primeira experiência como Promotor de Justiça, tive a oportunidade de perceber que a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, quando visíveis à sociedade, geram benefícios que extrapolam o mero julgamento numérico de casos criminais. Na ocasião, a comunidade estava há 16 anos sem julgamento singular e há 12 anos sem sessões do Tribunal do Júri. Junto com o juiz da comarca, tivemos a oportunidade de julgar os casos pendentes com a ciência da comunidade. Essa medida trouxe benefícios, já que, na localidade, houve expressiva redução dos índices de criminalidade.

Os órgãos integrantes do sistema de justiça criminal também devem estar envolvidos com a execução penal. Na perspectiva global, a aproximação do Ministério Público junto aos órgãos de persecução penal garante também que, havendo efetivo cumprimento da pena em sua totalidade, a população passará a confiar mais na atuação do sistema de justiça criminal. Pude perceber, no tempo em que era Promotor de Justiça, a importância de o Ministério Público acompanhar ativamente a execução da pena. Essa foi uma preocupação minha, e nenhum dos réus que por fim foram denunciados veio a reincidir na prática de infrações penais.

O direito comparado também não pode ser esquecido quando se pensa em reforma do sistema de justiça criminal. A obrigatoriedade das conhecidas audiências de custódia, afirmada pelo Supremo Tribunal Federal como obrigatória, tendo em vista a previsão contida no art. n.º 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos, bem como no art. n.º 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, não é exclusividade do sistema jurídico brasileiro. O levantamento feito por Ávila (2016, p. 306-310)⁷ mostra que Portugal, França, Espanha, Itália e Chile também obrigam a apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária tão logo a constrição tenha sido efetuada.

Registro, também, as recentes discussões quanto à introdução no sistema jurídico brasileiro dos institutos do plea agreement e plea bargain em matéria criminal. A introdução do probation como medida de justiça criminal que já vem sendo aplicada nos Estados Unidos também pode ser um instrumento que vise a melhorar a efetividade do sistema criminal.

É salutar que o Governo Federal assuma crescente responsabilidade nessa área, sendo necessário pensar a segurança pública sob uma perspectiva verticalizada. Além disso, a partir da minha experiência enquanto Juiz Corregedor da Justiça Federal (2016-2017) e também responsável pela correição dos cinco presídios federais, pude perceber que não havia interlocução entre o Poder Judiciário e o aparato das instituições de segurança pública. Passei a promover a atuação integrada entre as instituições e, com isso, pudemos desenvolver ações efetivas de proteção dos agentes públicos envolvidos, bem como coibir a atuação das organizações criminosas de dentro dos presídios.

7 O autor, sinteticamente, expõe que “esse breve panorama de direito estrangeiro permite extrair duas conclusões relevantes: (i) no caso de se efetuar a prisão em flagrante, há uma tendência para que haja um procedimento de apresentação imediata e pessoal do preso ao juiz para se converter a detenção policial em prisão preventiva, bem como (ii) há uma tendência geral de perspectivar com restrições a possibilidade de a Polícia ter iniciativa própria para realizar o primeiro interrogatório do investigado preso, o qual deve ser atribuído ou ao Ministério Público ou ao juiz das garantias na fase das investigações. Ambas as visões estão entrelaçadas, pois é no procedimento de conversão da detenção policial em prisão preventiva que ordinariamente se realiza o primeiro interrogatório judicial do investigado preso” (Ávila, 2016, p. 310).

No ano passado, foi promulgada a Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, que institui nova Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). Tive a oportunidade de participar desse processo de elaboração junto com Sua Excelência o Ministro Alexandre de Moraes.

A iniciativa estabeleceu como finalidade do SUSP “a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade”. Ainda estabeleceu que “compete à União estabelecer a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer suas respectivas políticas, observadas as diretrizes da política nacional, especialmente para análise e enfrentamento dos riscos à harmonia da convivência social, com destaque às situações de emergência e aos crimes interestaduais e transnacionais”.

A instituição da nova Política Nacional de Segurança Pública, a meu ver, tem potencial de trazer ganhos para o sistema de justiça criminal na medida em que ordena as competências dos entes federativos em matéria de segurança pública e de justiça criminal. Além disso, o SUSP teve como aspecto positivo exigir atuação integrada por parte dos agentes públicos, bem como também cobrar as responsabilidades no âmbito das respectivas atribuições.

A queda do número de homicídios no Brasil desde que a nova política de segurança pública foi implementada mostra como é positiva a mudança de mentalidade nessa área, com benefícios imediatos à sociedade. O Poder Judiciário, por sua vez, tem que atuar no sentido de fortalecer o SUSP, proferindo decisões que tenham como norte manter sua unicidade e organicidade.

Para o futuro, há um caminho sendo pavimentado. Em 2018, tive a honrosa incumbência de coordenar os trabalhos da comissão instituída pela Câmara de Deputados para propor mudanças na atual Lei de Improbidade Administrativa. As propostas de alteração do texto

legal tiveram como norte a mudança de mentalidade dos agentes públicos que devem prestar seus serviços sob os cânones do Estado Democrático de Direito. Além disso, a proposta tem por vistas promover a retidão e a ética dos agentes públicos no exercício do múnus público, obrigando-os ao cumprimento da lei, inclusive pelos agentes de segurança pública em benefício da sociedade.

Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8045/2010, que, se aprovado, instituirá o novo Código de Processo Penal. O novo diploma legal promete desburocratização da justiça criminal, com a previsão expressa de meios eletrônicos de intimação. Além disso, o projeto de lei em discussão traz para a seara normativa alguns entendimentos já firmados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. O debate pelo Poder Legislativo sobre esses temas é essencial por ser, na clássica divisão dos poderes, a instância que deve deliberar sobre o processo legislativo e, assim, sobre a renovação do marco normativo brasileiro.

CONCLUSÃO

O caminho da promoção de segurança pública sob a égide da Constituição Federal tem sido um desafio para a sociedade brasileira, notadamente nos tempos atuais, em vista da criminalidade organizada, que, se não combatida, pode afetar o funcionamento regular do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No entanto, felizmente, é preciso reconhecer que esse percurso já foi iniciado. As discussões empreendidas no VII Fórum Jurídico de Lisboa foram frutíferas porque apontaram a existência de iniciativas que já estão sendo tomadas não só pelo Poder Legislativo, mas também pelas outras instâncias estatais, tendo como norte não a promoção do direito penal de emergência, mas a mudança de mentalidade dos agentes públicos quanto à matéria.

A experiência internacional, bem como os ainda elevados índices de criminalidade que temos visto em nosso país, têm mostrado que o endurecimento do controle penal, por si só, não é capaz de alterar essa realidade. Nesse sentido, é extremamente necessário que a edição de normas pelo Poder Legislativo tenha como objeto a realidade a que se destina, levando em conta as dificuldades reais pelas quais passam os agentes públicos que, de alguma forma, lidam com a segurança pública em nosso país. Fora disso, corremos o risco de fomentar ainda mais a implantação do direito penal de emergência, cuja efetividade e compatibilidade com o Estado Democrático de Direito são questionáveis.

A segurança pública é, pois, questão que merece ser tratada como política pública de Estado (e não só de governo), pois é componente essencial que possibilita a vida em sociedade de forma digna, bem como a estabilidade das instituições democráticas. O aprimoramento da atuação do Estado nesse tocante implica encará-la de forma orgânica e sistêmica, sendo todos os Poderes da República e também todos os entes federativos responsáveis por seu funcionamento efetivo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. Porto Alegre: Sociologias, jun. 2005. n. 13, pp. 212-241.

_____. Reformas da Justiça Penal no Brasil: a democracia inacabada. Acta Sociológica. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. n. 72.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: Avanços e Desafios. Brasília: RIL, jul./set. 2016. Ano 53, n. 211, pp. 301-333.

CERQUEIRA, Daniel et al. Atlas da Violência 2018. Rio de Janeiro: IPEA, 2018.

FERREIRA, Carolina Costa. A política criminal no processo legislativo. São Paulo: Editora D'Plácido, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Claudio Dantas et al. Brasil 2035: Tendências de peso e incertezas para a segurança pública. In: Texto para discussão - IPEA n. 2337. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.



JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

Doutor *Honoris Causa* em saúde pela Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória (EMESCAM), mestre em direito constitucional pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), pós-graduado em ciências penais e direito processual penal pela mesma instituição e bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC/UNICURITIBA). Membro do Fórum Nacional da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

1. CONTEXTO NACIONAL

O Brasil vive cenário de barbárie, se considerados os dados relativos a crimes comuns, como homicídios, latrocínios, roubos, estupros, roubo de cargas, tráfico de entorpecentes, contrabando de cigarros, entre tantos crimes violentos ou que fomentam a violência.

Sem embargo da discussão entre convergências ou diversidade das propostas, o fato sinaliza que há muito que ser modificado, porque, no binômio justiça e segurança, o Brasil aparece como devedor nos dois lados da equação.

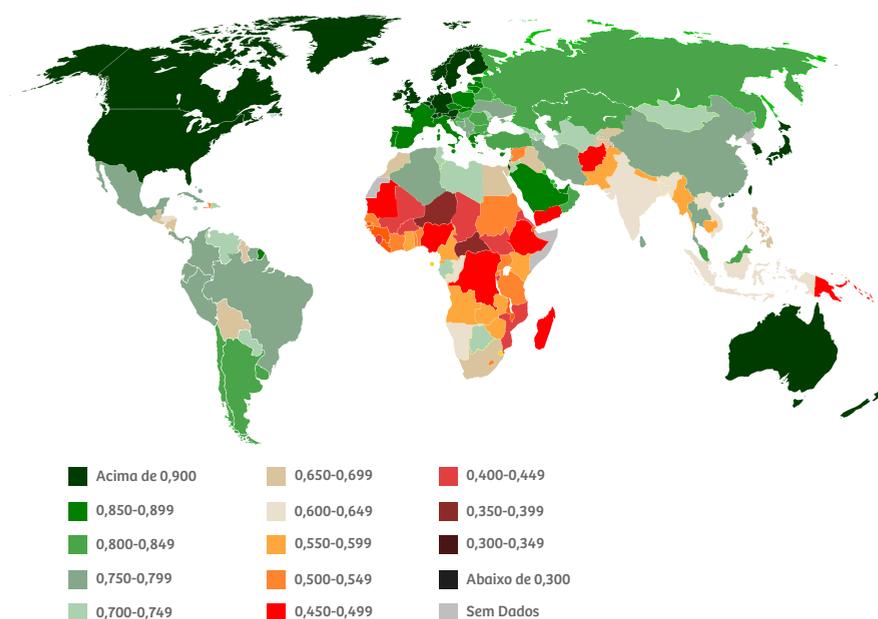
Para falar apenas em homicídios, a população brasileira convive com mais de 64.000 mortes por ano, três vezes mais que o nível considerado como suportável pela OMS. E desses, apenas um pequeno número tem a autoria descoberta.

Pode-se apontar a desigualdade gritante (uma das maiores do mundo), precariedade na infraestrutura nacional ou mesmo a educação.

Todavia, países mais pobres que o Brasil, com densidade demográfica ainda maior, como a Índia ou Paquistão, têm problemas de desigualdade tão graves e população mais pobre que a nossa, sem que a criminalidade seja tão acentuada.

Evidente que desigualdade é causa da violência, mas não pode ser atribuída a ela como condição necessária e suficiente para esse fator, como se colhe do mapa abaixo¹, onde se verifica que há muitos países nos quais a desigualdade é maior que a brasileira.

Grafico 1 - MAPA-MÚNDI INDICANDO O ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO (BASEADO EM DADOS DE 2017, PUBLICADOS EM 2018).



Malgrado o índice nacional do IDH não seja dos mais baixos (o Brasil ocupa a 79ª posição, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD de setembro de 2018), a elevada criminalidade persiste e o Brasil ocupa desonroso lugar no mapa da violência.

A título de comparação, o Paquistão, por exemplo, figura na 150ª posição. A Índia no 130º lugar. E a Indonésia figura no 116º lugar.

1 *Lista de países por Índice de Desenvolvimento Humano*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_pa%C3%ADses_por_%C3%8Dndice_de_Developmento_Humano>. Acesso em: 31 mar. 2019.

Todavia, no que tange a violência, esses países, todos mais populosos que o Brasil, e com IDH mais baixos, figuram em lugares mais honrosos. A Indonésia ostenta a taxa de 1,2 mil assassinatos em 2014. A Índia, com sua população de mais de um bilhão de habitantes, tem índice de 41,6 mil mortes violentas por ano. O México, com a grave mazela do narcotráfico, tem cerca de 20,7 mil mortes por homicídio, por ano, e uma população superior à metade da brasileira. O Paquistão, com mais de bilhão de habitantes, soma 13,8 mil homicídios ano². Em números relativos, a situação brasileira também é calamitosa.

Tabela 1

	COUNTRY (or dependent territory, subnational area, etc.)	REGION	SUBREGION	RATE	COUNT	YEAR LISTED	SOURCE
1	EL SALVADOR	AMERICAS	CENTRAL AMERICA	82.84	5,257	2016	OAS/CTS/RSC
2	HONDURAS	AMERICAS	CENTRAL AMERICA	56.52	5,150	2016	OCAVI/NSO/CTS
3	VENEZUELA	AMERICAS	SOUTH AMERICA	56.33	17,778	2016	UNSDC/NGO/OAS/AG
4	VIRGIN ISLANDS	AMERICAS	CARIBBEAN	49.26	52	2012	MD
5	JAMAICA	AMERICAS	CARIBBEAN	47.01	1,354	2016	OAS/CTS
6	LESOTHO	AFRICA	SOUTHRN AFRICA	41.25	897	2015	CTS/NOS
7	BELIZE	AMERICAS	CENTRAL AMERICA	37.60	138	2016	OAS/CTS
8	SAINT VINCENT AND THE GRENADINES	AMERICAS	CARIBBEAN	36.46	40	2016	OAS/CTS
9	SAINT KITTS AND NEVIS	AMERICAS	CARIBBEAN	34.23	18	2012	OAS/CTS
10	SOUTH AFRICA	AFRICA	SOUTHRN AFRICA	33.97	19,016	2016	NP
11	TRINIDAD AND TOBAGO	AMERICAS	CARIBBEAN	30.88	420	2015	OAS/CTS
12	BRAZIL	AMERICAS	SOUTH AMERICA	29.53	61,283	2016	MD ADJUSTED/NGO
13	BAHAMAS	AMERICAS	CARIBBEAN	28.40	111	2016	OAS/CTS/NP
14	ANGUILLA	AMERICAS	CARIBBEAN	27.66	4	2014	NSO/SDG/PAHO
15	GUATEMALA	AMERICAS	CENTRAL AMERICA	27.26	4,520	2016	UNSDC/NP/CTS
16	COLOMBIA	AMERICAS	SOUTH AMERICA	25.50	12,402	2016	UNSDC/OAS/CTS

Enfim, em números absolutos de homicídios, ninguém supera o Brasil, estando a Índia em segundo lugar, seguida de México e África do Sul. Este último país apenas nos supera na equação homicídio/população, ainda assim com baixa diferença.

2 Fonte: <https://super.abril.com.br/blog/contaoutra/o-brasil-tem-mais-assassinatos-do-que-todos-estes-paises-somados/>. Acessado em 31.03.2019.

Equivale dizer que nossa desigualdade e baixo IDH explicam, mas não justificam, nossos índices de tamanha violência.

E, tão grave quanto o aspecto quantitativo da criminalidade, embora a informação não seja precisa, estima-se que somente entre 6% e 8% dos crimes são solucionados no país ³⁻⁴.

Isto pode ser medido tanto pela importância que o tema ganhou nas últimas eleições, como pelo fato de o Ministério da Justiça, no governo precedente e no atual, ter apresentado ao Congresso Nacional propostas de medidas de combate à corrupção e à criminalidade organizada: projeto SFM e projeto Alexandre Moraes.

Feito esse panorama, fácil concluir que o Brasil não anda bem relativamente à segurança dos seus cidadãos, e que reformas urgentes se impõem, sejam na perspectiva estrutural para superar as desigualdades, mas igualmente no plano legal.

2. DIAGNÓSTICO PRISIONAL DO BRASIL

O Ministério da Justiça lançou um caderno de informações: Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS⁵, atualizado até junho de 2016, onde estão expostos dados sobre os regimes prisionais e a situação dos presos no Brasil.

Aspectos quantitativos e qualitativos são apresentados relativamente aos estabelecimentos e aos presos no Brasil (mais de 720 mil pessoas). Aqui também é fácil constatar a tragédia nacional do Sistema Penitenciário brasileiro, com ausência de vagas e atendimento indevido aos presos na maior parte das unidades prisionais.

3 Fonte: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-a-porcentagem-de-crimes-solucionados-pela-policia-no-brasil/>, acessado em 31.03.2019.

4 Fonte: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922855/homicidios-impunidade-de-92>, acessado em 31.03.2019.

5 BRASIL. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Fonte: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf, acessado em 08.04.2109.

Entre os diversos indicativos, observa-se que 84.686 pessoas estão presas em decorrência de crimes contra a pessoa (mais de 80% delas por homicídio). A imensa maioria das mais de 720 mil pessoas privadas da liberdade (cerca de 37%) concentra-se em crimes patrimoniais (mais de 278 mil pessoas, condenadas principalmente nos arts. 155 e 157 do CP) ou tráfico de drogas (outros 176 mil presos).

Ainda do levantamento, constata-se que 54% dos presos estão condenados a penas que chegam no máximo a 8 anos de privação de liberdade, sendo que 31% das penas variam entre 4 e 8 anos de prisão. Equivale dizer, mais da metade das pessoas estão ou deveriam estar em regime semiaberto ou aberto.

De acordo com a legislação penal brasileira, apenas os condenados a penas superiores a 8 anos (ressalvados os reincidentes) devem começar a cumprir suas penas em regime fechado (art. 33, § 1º, a, do CP).

3. MUDANÇA DOS REGIMES DE EXECUÇÃO DA PENA. O REGIME SEMIABERTO É UMA FALÁCIA E UM SONHO DO LEGISLADOR DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Essa breve radiografia do sistema penitenciário, associada ao cotidiano forense, permite concluir que mudanças urgentes devem ser implantadas.

O Código Penal estabelece as modalidades de regime aberto, regime semiaberto e regime fechado (art. 33, CP), considerando-se:

- a)** regime fechado: a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b)** regime semi-aberto: a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c)** regime aberto: a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A Lei de Execuções Penais (art. 91), por seu turno, ao tratar do regime semiaberto, fixou:

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88 desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a)** a seleção adequada dos presos;
- b)** o limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos de individualização da pena.

A realidade nacional, todavia, demonstra que o regime semiaberto é uma ficção jurídica na maior parte dos estabelecimentos penais para este regime. Poucas unidades prisionais de regime semiaberto existentes no País, as quais não dão conta de receber todos os presos que são condenados nesse tipo de cumprimento de pena, somados àqueles que progridem do regime fechado para o semi-aberto.

Segundo os dados do levantamento do Ministério da Justiça⁶, apenas 18% das vagas do sistema carcerário são destinadas ao regime semiaberto (e 1% para o regime aberto), o que está a demonstrar um total desequilíbrio proporcional entre a quantidade de pena fixada e as vagas existentes no regime, ou falha na coleta de dados.

Como referido anteriormente, a maior parte das condenações (54%) são a penas inferiores a 8 anos de privação de liberdade⁷, implicando que o regime de cumprimento de pena (ressalvadas condições especiais ou reincidência) com a maior quantidade de vagas deveria ser em regime aberto ou semiaberto. No Brasil existem 113 estabelecimentos de pena para regime semiaberto, contra 347 em

⁶ Levantamento cit, p. 21.

⁷ Idem, p. 44.

regime fechado, além de outros 707 locais para presos recolhidos provisoriamente. Para cumprimento em regime aberto há apenas 23 locais.

Há evidente insuficiência de unidades e vagas em regime semiaberto, fazendo com que este seja apenas uma promessa legal, ao passo que a realidade impõe duas situações opostas: ou aplica-se aquilo que se convencionou chamar de regime de prisão domiciliar diferenciada ou os condenados ao regime semiaberto estão cumprindo pena em regime fechado.

Estas duas realidades estão em descompasso com a legislação pátria.

À guisa de sugestão, a legislação deveria extinguir o regime semiaberto, que se mostrou uma falácia ao longo dos tempos. Deveria ser preservado apenas como estabelecimento para apenados com regime fechado, mas que ostentem menor periculosidade (segurança média).

Há propostas legislativas de extinção do regime semiaberto, como o PL 9896/2018, com o regime aberto domiciliar, mediante monitoramento eletrônico. No projeto, o autor jocosamente denomina o semiaberto de regime “sempre aberto”, dada sua ineficácia e existência de infraestrutura precária, apesar de haver previsão legal datar de 1977⁸, antes mesmo da reforma da parte geral do Código Penal (de 1984).

E, assim, o ingresso nesses estabelecimentos tanto poderia se dar por transferência de presos que estejam em outros presídios, e mereçam a inclusão em local diferenciado, ou mesmo o ingresso inicial, quando as situações particulares do condenado recomendarem. Mas, como regime fechado, e não mais uma alternativa inviável de cumprimento de pena.

8 Previsão do regime semiaberto decorre da Lei nº 6416/1977, que deu nova redação ao artigo 30, do então vigente Código Penal (decreto-lei 2848/40)

Assim, o regime inicial deveria ser limitado aos regimes aberto ou fechado, conforme as condições pessoais de cada condenado, podendo haver a inclusão em regime fechado quando o condenado não demonstrar a menor aptidão para viver em sociedade.

Sendo certo que, em alguma medida, a proposta acaba por favorecer alguns condenados, permitindo-se desde logo o regime aberto, ao mesmo tempo em que levaria outros diretamente para o regime fechado (impactando o encarceramento), é igualmente certo que ela acaba por eliminar uma ilegalidade fática de manutenção de pessoas em regime diverso daquele a que fora condenado, dando melhor resposta penal para criminosos que receberam penas elevadas.

A legislação deveria ser modificada para fixar o regime aberto para condenados até 4 anos, como previsto atualmente na lei, mas com a prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para os condenados até 6 anos de reclusão, em substituição ao regime inicial semiaberto. E, neste caso, o condenado deveria permanecer recolhido à sua residência, sem direito ao convívio social.

A partir daí o regime seria obrigatoriamente o fechado (de segurança média, segurança alta e segurança máxima), cuja inclusão em cada um dos tipos de segurança estaria a depender da triagem a ser realizada pela Comissão Técnica de Classificação do sistema penitenciário.

Aliás, proposta semelhante foi objeto do Projeto de Lei nº 2053/2011, que prevê a inclusão do regime de prisão domiciliar como um daqueles possíveis de iniciar-se o cumprimento de pena. Todavia, referido projeto exaspera as condições para cada um dos regimes, inclusive fixado o regime fechado para penas superiores a 4 anos (redação nova para o art. 33, §2º), o que me parece um exagero e agregaria mais pessoas para as já lotadas unidades prisionais.

Por isso que, ao lado do fim do regime semiaberto, deveria ser realizada a revisão dos limites para fixação de pena em regime fechado a partir do 6º ano de condenação, com a adoção de programa diferenciado para faltas perpetradas por pessoas condenadas no regime aberto.

Segundo a legislação brasileira, o cometimento de faltas ou descumprimento sujeita o condenado à regressão de regime, nos termos do art. 118 da LEP, ou transferido para regime mais grave (art. 36, §2º, CP) por praticar novo crime, ou frustrar a execução do regime aberto, ou a revogação da suspensão condicional da pena (art. 81, combinado com 78, ambos do CP).

Penso que a legislação deveria ser alterada para permitir situações intermediárias, onde o juiz da execução possa adotar medidas menos graves e mais eficazes para conscientização do condenado quanto à seriedade e obrigatoriedade no cumprimento da pena, ao mesmo tempo em que se permite uma reeducação e ressocialização.

No Estado do Hawaii foi instituído um programa conhecido por HOPE⁹ (Hawaii's Opportunity Probation with Enforcement¹⁰), que permite ao magistrado fixar tempos módicos de "regressão" de regime, como a detenção do apenado por poucos dias, se este não estiver cumprindo as obrigações que lhe foram impostas.

Em artigo publicado na Minnesota Law Review¹¹, o Juiz Steven S. Alm, explica a criação e funcionamento do programa. Segundo o magistrado, 70% dos condenados, inclusive por crimes graves, não são colocados em regime penitenciário, mas favorecidos com suspensão da pena (probation) ou suspensão do processo (deferral). Destes, todavia, cerca de apenas 30% cumprem as condições que lhe são impostas, sendo que a imensa maioria acaba as descumprindo, vindo a cumprir penas em regime fechado. A partir desses resultados pífios, o magistrado institui o programa HOPE Probation para rescindir com o sistema do "tudo ou nada". Para tanto, passou a determinar a detenção do faltoso por poucos dias, antes de nova audiência admonitória, o que seria muito mais educativo que a revogação do benefício anterior, e mais eficaz que mera nova admoestação. Assim, ao instituir o

9 Disponível em https://www.courts.state.hi.us/special_projects/hope/about_hope_probation e <http://hopehawaii.net/>. Acessados em 16.04.2019.

10 https://en.wikipedia.org/wiki/Hawaii%27s_Opportunity_Probation_with_Enforcement. Acessado em 16.04.2019.

11 ALM, Steven S. HOPE Probation and the New Drug Court: A Powerful Combination. Disponível em: [http://hopehawaii.net/assets/hope-and-new-drug-court-\(2015\).pdf](http://hopehawaii.net/assets/hope-and-new-drug-court-(2015).pdf). Acessado em 16.04.2019

programa, o juiz asseverou para os condenados que a Corte, a partir daquela iniciativa, daria sanções para cada infração, segundo a sua gravidade, partindo de sanções de dois dias de detenção, com progressão do tempo para caso de novas infrações, podendo atingir até a revogação dos benefícios com a regressão de regime¹². Após 10 anos de criação e organização do programa, conclui o magistrado que a modificação de atuação na resposta judicial para as pequenas infrações, com o suporte dos agentes da condicional (probation officers), fez reduzir radicalmente a reincidência e o cometimento de faltas por parte dos acusados/condenados. Segundo levantamentos de dados, foi possível constatar que menos de 50% das pessoas submetidas ao Hope Probation tiveram suas condições revogadas. Houve redução de 72% de teste positivo para o uso de drogas e 61% para ausência nos comparecimentos obrigatórios perante os fiscais da execução das condições. Assim, conclui o autor, que a instituição do programa, seguido de juízos especializados, tem contribuído para o sucesso do programa, como demonstram os dados estatísticos e a redução das despesas com o encarceramento prolongado anteriormente existente.

A experiência estrangeira tem demonstrado êxito na recuperação de condenados, inclusive, e especialmente, nos condenados por crimes de uso e tráfico de drogas, submetendo-os a testes obrigatórios quanto ao consumo de drogas. Já na audiência de advertências, o juiz explica ao condenado suas obrigações de comparecimento regular, demonstração de estar estudando ou trabalhando, sua condição de saúde, bem como adverte que o descumprimento poderá sujeitá-lo à prisão.

12 ALM. S. S., op. cit., p. 11. Disponível em [http://hopehawaii.net/assets/hope-and-new-drug-court-\(2015\).pdf](http://hopehawaii.net/assets/hope-and-new-drug-court-(2015).pdf). Acessado em 16.04.2019.

4. FUNCIONALIDADE DO PROCESSO ELETRÔNICO

Antes de tratar de tema específico do direito penal e do processo penal, destaco que um dos mais efetivos instrumentos para a agilidade dos processos em geral, e especialmente do processo penal, foi a adoção do processo integralmente eletrônico. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região passou a utilizar o sistema e-Proc a partir de novembro de 2009, o que se demonstrou ser um grande acerto.

Nesses quase 10 anos o sistema evoluiu rapidamente, apresentando soluções de tramitação processual, audiências e sessões de julgamento no Tribunal.

Poderiam ser destacadas muitas funcionalidades como a acessibilidade em qualquer computador com internet, as audiências gravadas em áudio e vídeo, a ausência de impressão de papel e a segurança do 'processo', sem extravio de peças ou documentos.

Todavia, entre todas as funcionalidades, a mais significativa consiste na agilidade processual, com a possibilidade de as partes simultaneamente poderem ter acesso ao caderno processual, como ocorre com alegações finais, por exemplo. Isto sem falar na facilidade de notificações/intimações das partes e seus advogados. Sem investimento em tecnologia não será possível promover a tramitação processual célere.

5. REPARAÇÃO DO DANO DO PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA, FIXANDO A COMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL

Tema de capital importância para a execução penal é o cumprimento das sanções pecuniárias, as quais têm sido convertidas em mera dívidas de valor e encaminhadas para Procuradoria da Fazenda para inscrição em dívida e execução.

5.1. O pacote anticrime, PL 882/2019, propõe alteração no art. 51 do Código Penal, para explicitar que a competência para execução será do juízo criminal.

Trata-se de importante iniciativa porque restabelece para a sanção penal pecuniária o status de condenação criminal, resgatando aspectos de prevenção geral e prevenção especial que lhe são inerentes.

A conversão em mera dívida de valor, sujeita inclusive aos limites fazendários para execução, desnatura a responsabilidade penal e a sujeição dos condenados ao dever de cumprir sua pena.

5.2. A reparação do dano também ganha especial relevância nas novas propostas, destacando, inclusive, quando ocorrer acordo penal entre a acusação e o réu, obrigando-se que, para além da regra do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal que determina a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos, também haja previsão nos acordos firmados pela acusação e defesa, na forma do art. 395-A, § 5º, do referido projeto de lei.

Previsão semelhante, acerca da reparação dos danos, também se acha no art. 28-A do projeto, quando se tratar de acordo de não persecução penal firmado pelo Ministério Público e o réu.

Equivale dizer, as propostas de reforma buscam garantir maior efetividade na reparação dos danos sofridos pela vítima.

5.3. Competência da Justiça Federal para executar seus próprios julgados, inclusive quando os crimes ensejarem a colocação do réu no sistema penitenciário estadual. A Corregedoria dos Presídios e atos administrativos permaneceriam a cargo da Justiça Estadual, mas questões processuais como progressão de regime, reparação de danos para progressão e outros incidentes jurisdicionais da pena ficariam a cargo do juízo da execução federal.

5.4. Não modificação de competência após sentença para aqueles casos em que se absolve de um crime e o remanescente é da competência de outro.

A competência se firma no nascimento da ação. Como no penal é possível a adequação, a sentença seria um marco final.

O que não é lógico depois de 3/4 anos de ação o tribunal absolver de um crime e o resto mandar para JEF ou JE.

6. PROPOSTA ANTICRIME: CIDADÃO COLABORADOR E INFORMANTE DO BEM

Tramitam no Congresso Nacional duas iniciativas que buscam introduzir no Brasil a figura do whistleblower, ambas tramitando em apenso. A primeira delas é o Projeto de Lei nº 10372/2018, apresentado por diversos deputados a partir de proposta de comissão de juristas, presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes. A segunda delas, de iniciativa do Poder Executivo, tombado como Projeto de Lei nº 882/2019.

A primeira iniciativa, no ponto em comento, apresenta reforma à Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, introduzindo a figura do Cidadão Colaborador, com a seguinte redação:

Art. 14 – A. Será considerado Cidadão Colaborador aquele que denunciar às autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com o delito desta Lei, recebendo proteção estatal e recompensas.

§ 1º Os benefícios do Cidadão Colaborador somente serão devidos àquele que colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação ou a persecução penal.

§ 2º Para a concessão de recompensas, será levada em conta a personalidade do Cidadão Colaborador, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso.

§ 3º Aplica-se ao Cidadão Colaborador os direitos do art. 5º desta Lei.

§ 4º As informações passíveis de recompensas são aquelas consideradas originais, desconhecidas da investigação ou persecução penal e que efetivamente levem à recuperação de valores ou proventos do crime de organização criminosa.

§ 5º O juiz deverá determinar o pagamento de recompensas, após a recuperação dos valores ou proventos do crime, devendo o valor ser superior a 5% (cinco por cento) e inferior a 20% (vinte por cento) do valor recuperado em razão das informações fornecidas pelo Cidadão Colaborador.

§ 6º Caberá recurso da sentença que indeferir o pagamento ao Cidadão Colaborador.

§ 7º Caso haja mais de um Cidadão Colaborador elegível para receber uma recompensa, o valor total da soma das recompensas de todos os Cidadãos Colaboradores deverá respeitar os limites estabelecidos no § 5º.

§ 8º A informação fornecida pelo Cidadão Colaborador poderá ser utilizada em outros casos conexos ao caso objeto do fornecimento de informações.

§ 9º Aplica-se, no que couber, a Lei nº 9.807/1999, em caso de necessidade de proteção especial ao Cidadão Colaborador.

A segunda proposta, apresentada pelo Ministro Sérgio Moro, altera a Lei nº 13.608/2018, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-AA União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal

em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas." (NR)

"Art. 4º-B O informante terá o direito de preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

§ 1º Se a revelação da identidade do informante for imprescindível no curso de processo cível, de improbidade ou penal, a autoridade processante poderá determinar ao autor que opte entre a revelação da identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

§ 2º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade.

§ 3º A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante, com prazo de trinta dias, e com sua concordância." (NR)

"Art. 4º-C Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

§ 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.

§ 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.

§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até cinco por cento do valor recuperado." (NR)

Ambas as propostas têm por escopo fomentar a colaboração das pessoas no combate à criminalidade sofisticada que lesa ao erário. A primeira, todavia, limita-se aos crimes perpetrados por organizações criminosas, ao passo que a segunda parece ser mais ampla ao modificar legislação já relacionada ao recebimento de denúncias e recompensas por informações. Assim, penso que a melhor localização topográfica do instituto está na Lei nº 13.608/2018.

Importa referir que a Lei acima, ao instituir o disque denúncia, estabeleceu programa de premiação que em nada se confunde com o whistleblower, ainda que preveja premiação e anonimato do denunciante. A atual lei é bastante limitada no que tange ao programa de proteção - que é a essência do americano -, bem como não tem a aptidão de devolver aos cofres públicos parte dos valores que lhes foram desviados. O disque denúncia, inspirado em modelos existentes no âmbito de alguns estados, configura um programa de recompensa pela captura de procurados¹³.

Outro ponto a ser destacado é que, tomando-se por comparação a figura do whistleblower do direito norte-americano, a centralidade da legislação deve se dar nas medidas de proteção do denunciante, havendo como vantagem colateral o pagamento de prêmio em caso de recuperação de ativos do Estado. Como destacado pelo Desembargador Federal Márcio Antonio Rocha¹⁴, por ocasião da apresentação da Ação 4, da ENCCLA¹⁵, "o principal aspecto dos programas de whistleblower é dar voz e proteção ao cidadão para que possa cooperar com autoridades públicas, sem o medo de sofrer retalia-

13 <http://www.procurados.org.br/>

14 Sobre o tema, veja-se entrevista concedida pelo Desembargador Federal Márcio Antonio Rocha ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-20/whistleblower-aliado-estado-combate-corrupcao>. Acessado em 13.04.2019.

15 Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, coordenada pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), com a participação de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas federal e estadual.

ções pessoais ou profissionais. Trata-se de ferramenta indispensável de detecção de irregularidades cometidas por agentes públicos ou empresas, e que não foi contemplada nas 10 medidas sobre corrupção ofertadas pelo Ministério Público. Tais programas são vistos hoje em dia como a principal ferramenta de auxílio às autoridades públicas, sendo considerados instrumento de realização do direito de livre manifestação e de participação ativa na sociedade, assegurando o do pleno exercício dos direitos humanos¹⁶.

Nos Estados Unidos o programa¹⁷ prevê proteção em favor do denunciante, incluindo o anonimato, proibição de retaliação do empregador contra o denunciante e o dever do denunciante de reportar as violações à Comissão, para se qualificar no programa de proteção.

Embora o recebimento de valores possa ser o móvel do denunciante, bem como a recuperação de ativos pelo Estado seja algo desejável, a gênese do whistleblower está intimamente relacionada ao direito fundamental da liberdade de expressão dos indivíduos e ao programa de proteção que os informantes-denunciante devem receber do ordenamento jurídico. Aliás, este último propósito está previsto no artigo III, número 8, da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção¹⁸, estabelecer como dever estatal instituir “sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade”.

Em dois casos paradigmáticos a Corte Europeia dos Direitos Humanos sancionou os estados porque violaram a liberdade de expressão de indivíduos que, ao denunciarem irregularidades, culminaram por terem suas relações de trabalho extintas, consoante lições de Márcio Antonio Rocha¹⁹. E, assim, fixou-se a premissa que, em

16 Disponível em <http://enccla.camara.leg.br/noticias/o-que-e-o-whistleblower>. Acessado em 13.04.2019.

17 Disponível em: <https://www.sec.gov/files/sec-2018-annual-report-whistleblower-program.pdf>. Acessado em 13.04.2019.

18 Incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4410/2002.

19 ROCHA, Marcio Antonio. Anotações sobre o direito de livre expressão em relatos de whistleblowers, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536077/ROCHA%2C%20Marcio%20Antonio.%20Whistleblowing%20e%20Liberdade%20Expressao%20%20marcio.pdf?sequence=1>. Acessado em 14.04.2019.

determinadas circunstâncias, o interesse público e a liberdade de expressão devem prevalecer sobre o sigilo de informações ou regras de discricção sobre assuntos internos, devendo o empregado ou o servidor público receber especial proteção pelo relato feito. Ainda, a Corte Européia estabeleceu que o denunciante deve buscar os canais adequados de denúncia, salvo se inexistentes ou não confiáveis, quando seria possível a realização de denúncias por canais externos, incluída a mídia dentre estes.

Por isso que, como leciona o referido autor, o whistleblower deve possuir pilares essenciais: a) a proteção da liberdade de expressão, com mínimo espaço para restrição da publicidade com base no interesse público; b) proteção do denunciante contra retaliações, especialmente em relação ao empregador; e, c) asseguramento de apuração dos fatos pelos canais de denúncia previamente existentes.

A existência de legislação dessa ordem é indispensável, especialmente quando réus e pessoas jurídicas já detêm instrumentos legais de proteção e premiação, quando infratores, como a legislação que assegura a colaboração premiada espontânea e negociada, bem como o acordo de leniência, mas não há diploma legal que preveja um programa de proteção de denunciante não infratores. E, mais grave, nos programas para infratores há previsão de até mesmo de premiação financeira (ainda que indiretamente), enquanto o cidadão de boa-fé não detém uma proteção jurídica especial.

Por derradeiro, na linha de Marcio Rocha, destaque-se “o fator preventivo existente nos programas de whistleblower, demonstrando ser ferramenta legal de maior aprimoramento ético-jurídico e utilidade que a própria delação premiada e a colaboração de corrêu”²⁰.

20 ROCHA, M. A. Op. loc. cit.

7. MODIFICAÇÃO DA LEI DE AÇÃO POPULAR (LEI Nº 4717/65) - PROJETO DE LEI Nº 76/2019

Ainda que não se trate de uma proposta de modificação diretamente relacionada ao direito penal ou processual penal, importante proposta de reforma na Lei de Ação Popular está sendo objeto de discussão na Câmara dos Deputados, com o aval da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Referido projeto de lei que tem por escopo fomentar a participação popular na prevenção e punição do desvio de condutas perpetradas contra o Estado brasileiro, trazendo incentivos para que os indivíduos ajuízem ações populares visando anular ato lesivo ao patrimônio público.

Não é exagero algum dizer que a lei de ação popular, recheada de boas intenções, não atingiu os objetivos a que se destinava²¹, sendo raras as ações ajuizadas no Brasil. E, muitas vezes, o que se percebia não eram ações que buscavam prevenir atos ilícitos ou responsabilizar os responsáveis, mas uma má utilização política ou eleitoral do instrumento.

Com a modificação proposta, busca-se conferir ao autor popular maiores poderes preparatórios ao ajuizamento da ação, mediante diligências como requisição de documentos, inquirição de testemunhas, sob pena de perjúrio, medidas cautelares, produção antecipada de provas, ou o ingresso em canteiros de obras públicas, mediante prévio alvará. A inclusão de mais cidadãos de boa-fé no combate às mazelas das fraudes e da corrupção é um marco civilizatório e transformador, porque cada pessoa passa a se sentir responsável e com poderes de atuar na defesa da probidade. Desde singelos empregados de uma empresa, que constatarem o emprego de material de qualidade inferior ou em quantidade insuficiente, até os detentores de direção, que tomam ciência de fraudes, todos têm a possibilidade de reportar desvios, gozando de garantias e, eventualmente, recebendo

²¹ Nesse sentido foi a manifestação do ofício nº 1578/2016-GPR, assinado em conjunto entre a OAB e a AJUFE, endereçado ao então Deputado Onyx Lorenzoni, relator do PL 4850/2016.

benefícios. Além disso, como destacado por Márcio Antonio Rocha²², há um vasto e específico segmento de profissionais com potencial de desenvolverem atividades relacionadas à detecção de fraudes, tais como contadores, auditores, jornalistas investigativos, servidores públicos aposentados e, especialmente, advogados.

E essa experiência já existe em vários países, logrando êxito em evitar fraudes e recuperar recursos desviados.

Na justificativa do anteprojeto de lei, aponta-se o intento de “valorizar e incentivar a defesa do patrimônio público pelo cidadão, por meio da ação popular. Já foi alvo, inclusive, de amplas discussões no Congresso Nacional no bojo do processo legislativo do PL nº 4850/2016 - “Dez 10 Medidas Contra a Corrupção”.

E, ainda que esta iniciativa não trate especificamente de proteção penal, seu escopo é muito mais abrangente porque incentiva a participação popular no controle das atividades estatais, de modo que os agentes públicos saberão que suas condutas poderão estar sob fiscalização popular.

Como assinalado também, na justificativa do anteprojeto, “Assegura-se o uso dos mecanismos da Lei de Acesso às Informações Públicas para a obtenção, pelo cidadão, de informações, documentos e provas necessários à instrução da ação popular. Uniformiza-se, assim, o procedimento e as obrigações de transparência relacionadas aos pedidos de acesso à informação. Permite-se dar ao autor popular as proteções legais previstas para os colaboradores da Justiça. Nesse ponto, espera-se que, uma vez aprovada a criação do Programa Nacional de Incentivo e Proteção de Relatos de Informações de Interesse Público - tema de outra proposta incluída neste pacote-, este venha a ser aplicado diretamente para autores populares. Sugere-se a inclusão de novas causas de nulidade dos atos administrativos, conceituando-as, como o abuso de preço no fornecimento de bem ou serviço a órgão ou entidade pública e a omissão na prática de ato administrativo vinculado. Prevêem-se as possibilidades de tutela liminar e de punições ao juiz que retardar o julgamento da causa, bem

22 ROCHA, Márcio Antonio. Ofício nº 1578/2016, citado.

como ao autor popular que se valer de má-fé. Por fim, cria-se uma retribuição pecuniária ao autor da ação popular e ao seu advogado, proporcionalmente ao êxito da ação, como meio de estimular a ação fiscalizatória do cidadão.”

CONCLUSÃO

Antes que apresentar solução para os diversos problemas do sistema penal e processual penal, buscou assinalar algumas vicissitudes do sistema jurídico brasileiro, algumas soluções já em vigor e propostas que se acham em discussão.

As expectativas não são animadoras no tocante à introdução dessas novas regras na legislação brasileira, dada a reação que se instalou no âmbito político nacional quanto às reformas que busquem maior efetividade da resposta penal.

Também a jurisprudência vem retomando um discurso de menor efetividade da proteção penal, em favor de argumentos voltados à garantia dos direitos fundamentais. Obviamente que este é um falso dilema, mas que tem ganhado força no âmbito político e repercutido, em alguma medida, em decisões judiciais.

A proteção e segurança social não estão em oposição aos direitos fundamentais, ao revés, estão igualmente incorporadas por estes, ainda que na perspectiva dos direitos coletivos. E, ainda que na perspectiva dos direitos fundamentais individuais, assegurar-se o respeito a eles e, para todos os acusados em processo penal, deve ser medida de rigor absoluto. Isso não implica, todavia, uma perspectiva abolicionista do direito sancionador.



PAULO DE SOUSA MENDES

Doutor e mestre em ciências jurídicas, e licenciado em direito. Membro do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP) e professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

PAULO DE SOUSA
MENDES

COLABORAÇÃO DE JUSTIÇA E PROVA: UMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

RESUMO

A questão principal do presente texto consiste em saber se é possível e desejável que a figura jurídica do acordo de colaboração premiada, que se caracteriza como um contrato processual, se transfira de um sistema adversarial, à maneira anglo-americana, para um sistema inquisitorial, à maneira europeia continental (que é também o caso do sistema brasileiro).

INTRODUÇÃO

A questão principal do presente texto consiste em saber se é possível – aliás, desejável – que um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato processual, considerando as obrigações recíprocas que resultam do acordo de colaboração premiada entre as partes, se transfira de um sistema adversarial (adversarial system), à maneira anglo-americana, para um sistema inquisitorial (inquisitorial system), à maneira europeia continental (que é também o caso do sistema brasileiro)¹. No sistema adversarial vigora o princípio da oportunidade, pelo que se aceita a celebração de contratos processuais que reduzam o esforço probatório a cargo do

¹ Sobre a contraposição dos sistemas adversarial e inquisitorial, por todos, cf. Langer, *Harvard International Law Journal* 45/1 (2004), 13-14.

órgão persecutório e maximizem a probabilidade de condenação de corréus que, noutras circunstâncias, dificilmente seriam condenados. No moderno sistema inquisitorial não há partes, desde logo porque o órgão persecutório não prossegue um interesse próprio no processo penal, mas representa apenas o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça, o qual engloba, idealmente, o interesse do sujeito que é investigado, enquanto cidadão que faz parte dessa mesma comunidade organizada. Neste contexto prevalece o princípio da legalidade, o que significa que a ação penal é obrigatória defronte da notícia de crime e a acusação também é obrigatória diante dos indícios suficientes de crime e de quem foi o seu agente. A valia e mesmo a legitimidade do acordo de colaboração premiada são discutíveis neste sistema em que o Ministério Público só tem diante de si a via da promoção e prossecução processual penal. Se a colaboração premiada não fosse prevista em lei, o acordo entre as autoridades persecutórias e o colaborador poderia mesmo configurar um crime de denegação de justiça e prevaricação por parte daquelas autoridades, não obstante conseguirem angariar provas contra os corréus. Mas as diferenças entre os dois grandes sistemas de processo penal são, porém, menores do que parecem à primeira vista. A possibilidade de contratos processuais não é incompatível com o sistema inquisitorial nem com os processos marcados por um maior controlo judicial. É o que fazemos tenção de demonstrar no presente texto.

1. UMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

Os acordos de cooperação (cooperation agreements) constituem uma variante da justiça negociada praticada nos EUA e representam um plus relativamente à negociação da confissão (plea bargaining)². A diferença do acordo de cooperação relativamente à mera negociação da confissão é que o primeiro é um meio de investigação da criminalidade associativa, ao passo que a segunda é somente uma transação para dispensar a prova do crime³. No acordo de cooperação, a autoridade persecutória coloca o suspeito na situação do dilema do prisioneiro egoísta da teoria dos jogos, incentivando-o à delação dos comparsas. Ainda que o silêncio de todos permitisse maximizar, em média, a vantagem de todos, o prisioneiro egoísta obterá a máxima vantagem para si delatando os demais⁴. Esta lógica pode ainda ser iterada sucessivamente se for instaurado um sistema de escalões premiais, consoante a prioridade cronológica das delações no mesmo processo. É a melhor forma de fomentar a corrida à delação num contexto de práticas ilícitas de carácter associativo ou organizado, como acontece também, num plano extrapenal, com os programas de leniência ou clemência (leniency programs) do direito da concorrência (antitrust law)

2 A negociação da confissão comporta várias possibilidades, desde a negociação dos factos (fact bargaining), passando pela atenuação da acusação (charge bargaining) ou diminuição do número de imputações (count bargaining), até ao pedido de redução da pena (sentence bargaining). Em alternativa à confissão (guilty plea), o réu poderá tão-só assumir o compromisso de não recorrer da decisão judicial (nolo contendere plea). Por fim, o promotor não deverá, salvo mediante autorização do Procurador-Geral dos Estados Unidos (United States Attorney) e do Procurador-Geral Adjunto (Assistant Attorney General), celebrar qualquer acordo se o réu mantiver a afirmação da sua inocência em relação às acusações pelas quais se tenha disponibilizado para declarar-se culpado. No caso *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970), a Suprema Corte (Supreme Court) asseverou que a Constituição norte-americana não impede que seja aceite uma declaração de culpabilidade feita por um acusado que simultaneamente afirme a sua inocência, contanto que o acordo seja assumido por este de forma consciente e voluntária e tenha uma sólida base factual. A Suprema Corte concluiu não haver diferença material entre o acordo de nolo contendere, no qual o acusado não admite expressamente a sua culpa, e o acordo de admissão de culpa pelo réu que veementemente nega a sua culpa. Tais acordos ficaram conhecidos como “Alford pleas” (cf. Bibas, *Cornell L. Rev.* 88/6 (2003), 14-15).

3 Cf. Roth, *American Criminal L. Rev.* 53 (2016), 755. Também cf. Knizhnik, *N.Y.U. L. Rev.* 90 (2015), 1740. Igualmente, cf. Bennardo, *Wash. & Lee L. Rev. Online* 7 (2014), 161-162. Nada impede a realização de um acordo de cooperação no quadro da negociação da confissão, mas a confissão e a cooperação devem manter-se separadas (cf. Ross, in: Thaman (2010), 120-123).

4 Cf. Jacobs, *Practical Law* (2007), 4-5. Mas na situação hipotética do dilema do prisioneiro sabe-se com exatidão qual é o prémio destinado ao prisioneiro em cada um dos cenários, o que não é o caso do acordo de cooperação (cf. Knizhnik, *N.Y.U. L. Rev.* 90 (2015), 1745).

norte-americano no combate aos cartéis horizontais⁵. Os acordos de cooperação e as respetivas negociações são regidos pela Regra n.º 410 das Normas Federais de Direito Probatório (Federal Rules of Evidence)⁶ e pela Regra n.º 11 das Normas Federais de Processo Penal (Federal Rules of Criminal Procedure)⁷, bem como pelos Princípios da Prossecução Federal (9-27.000 – Principles of Federal Prosecution) constantes do Título 9 do Manual de Justiça (Justice Manual)⁸ do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Finalmente, o §5K1.1 das Diretrizes Federais para as Sentenças (Federal Sentencing Guidelines)⁹ determina que a cooperação através de aceitação da responsabilidade (acceptance of responsibility) e prestação de ajuda substancial (substantial assistance)¹⁰ à investigação criminal operem como exceções à pena mínima vinculativa para o tribunal¹¹.

A Itália oferece o exemplo europeu continental mais completo de relevância premial do comportamento de arrependidos (pentiti), enquanto colaboradores de justiça (collaboratori di giustizia)¹². A primeira manifestação no ordenamento jurídico italiano ocorreu em 1979¹³, no campo da luta contra o terrorismo, durante os Anos de Chumbo (Anni di piombo), marcados por sangrentos atentados e assassínios desde os finais dos anos 60 (atentado de Piazza Fontana) até ao início dos anos 80 do século passado (assassínio de Aldo Moro). Esta orientação legislativa surgiu na altura como uma iniciativa excecional para responder a uma situação de estado de neces-

5 Online: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program> (consultado em 19.12.2019).

6 Online: <https://www.rulesofevidence.org> (consultado em 21.12.2019).

7 Online: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org> (consultado em 21.12.2019).

8 Online: <https://www.justice.gov/jm/justice-manual> (consultado em 21.12.2019).

9 Online: <https://www.ussc.gov/guidelines> (consultado em 21.12.2019).

10 Sobre o sistema federal de cooperação através de aceitação da responsabilidade e prestação de ajuda substancial, tal como previsto nas Diretrizes Federais para as Sentenças, cf. Knizhnik, N.Y.U. L. Rev. 90 (2015), 1730-1732.

11 Depois do caso *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), as Diretrizes Federais para as Sentenças tornaram-se meramente orientadoras (advisory), como é referido por Turner, *American Journal of Comparative Law* 94 (2006), 509.

12 Para uma visão crítica do regime jurídico italiano, cf. Ruga Riva (2002), 30-31.

13 Decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito, con modificazioni, nella legge 6 febbraio 1980, n. 15. O diploma foi alterado pela última vez através do Decreto legislativo 1 marzo 2018, n. 21.

sidade investigatório perante o fenómeno do terrorismo urbano. A legislação antiterrorista expandiu-se sucessivamente à luta contra o crime organizado, abrangendo a legislação antissequestro, a legislação antidroga e a legislação antimáfia¹⁴. Quem não se recorda do primeiro mafioso arrependido da história, Tommaso Buscetta, detido pela segunda vez no Brasil em 24 de outubro de 1983 e extraditado para Itália, onde prestaria colaboração ao juiz Giovanni Falcone, revelando a estrutura interna, as técnicas de recrutamento e os planos criminosos da Cosa Nostra, a máfia siciliana¹⁵? Em 2000, Buscetta acabaria os seus dias em liberdade vigiada e com nova identidade, nos EUA, para onde foi extraditado voluntariamente, a troco de novas revelações sobre a Cosa Nostra norte-americana. A tendência expansiva da legislação acima referida não parou de crescer até hoje, incorporando outros domínios da repressão à criminalidade organizada. Nos casos de colaboração de justiça, o artigo 16-*quater* do DL n.º 8, de 15 janeiro de 1991 (convertido em Lei n.º 82, de 15 de março de 1991), na redação modificada pelo artigo 14 da Lei n.º 45, de 13 de fevereiro de 2001¹⁶, impõe a organização pelo procurador da República (*procuratore della Repubblica*) de um relatório ilustrativo da colaboração de pessoa não detida admitida ao programa de proteção (*verbale illustrativo della collaborazione reso da persona non detenuta ammessa al programma di protezione*), o qual deve ser assinado pelo colaborador ao fim de 180 dias a contar do início da colaboração¹⁷. O relatório deve mencionar pormenorizadamente as informações que o colaborador de justiça possua e sejam úteis para a reconstrução dos factos sobre os quais ele foi questionado, além dos outros factos de maior gravidade e alarme social (*maggiore gravità ed alarme sociale*) de que tenha ciência. O colaborador de justiça deve, ademais, fornecer informações relevantes para a identificação e captura dos autores dos

14 Cf. Grinover, *RBCrim* 12 (1995), 77. Mas há críticos radicais da prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução da pena de outro, defendendo ao invés a absoluta vedação legal de qualquer forma de transação processual (cf. Ferrajoli (2014), 561 e 692-694).

15 Cf. Falcone/ Padovani (1991), 41.

16 Decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, come modificata dalla legge 13 febbraio 2001 n. 45.

17 Cf. Cantone, *Arch. nuova proc. pen.* 5 (2010), 502. O legislador de 2001 alterou a lei dos colaboradores de justiça para tornar obrigatório o levantamento do referido auto (cf. Maggio, in: *Bargi* (2013), 633).

crimes que tenha denunciado e que permitam localizar, apreender e confiscar os bens a que tenha acesso, direta ou indiretamente, ou pertençam a associações criminosas¹⁸. O relatório é inserido, na íntegra, em arquivo específico guardado pelo procurador da República diante de quem foram feitas as declarações, bem como, por extrato, em autos de inquérito criminal a que as mesmas diretamente se refiram e que podem escandir-se por vários processos penais independentes. O pedido de sujeição do colaborador a julgamento (*richiesta di rinvio a giudizio*) é registado pelo Ministério Público junto do Juiz da Audiência Preliminar (*Giudice dell'Udienza Preliminare - GUP*), devendo conter o extrato das respetivas declarações, para além, naturalmente, da notícia de crime (*notizia di reato*) e da documentação relativa às diligências de obtenção de prova realizadas e atos praticados mediante autorização do Juiz para as Investigações Preliminares (*Giudice per le Indagini Preliminari - GIP*), tal como disposto no artigo 416 do Código de Processo Penal italiano (*Codice di procedura penale - CPPit*). O relatório ilustrativo da colaboração assume, assim, a dupla função de acervo em que o conteúdo das declarações é mantido na íntegra e, ao mesmo tempo, de mecanismo de controlo dos assuntos abordados ao qual, porém, só é facultado um acesso parcial pelos imputados nos procedimentos que lhes dizem respeito¹⁹. Segundo os dados oficiais relativos ao ano de 2016 (*Relazione al Parlamento sulle speciali misure di protezione*, 2017), havia 1.300 colaboradores e 4.700 familiares admitidos aos programas especiais de proteção²⁰. Importa notar que o ordenamento jurídico italiano é atualmente o mais adversarial dos ordenamentos jurídicos europeus continentais, designadamente a partir do CPPit de 1988.

Na Alemanha, há registos da existência de testemunhas da coroa (*Kronzeugen*) já desde o século XVIII, pelo menos, mas a introdução do princípio da legalidade (*Legalitätsprinzip*) no Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung - StPO*) de 1877 proibiu a

18 Cf. Cantone, *Arch. nuova proc. pen.* 5 (2010), 503.

19 Cf. Maggio, in: Bargi (2013), 633-634.

20 Online: <https://www.poliziadistato.it/statics/48/relazione-al-parlamento-sulle-speciali-misure-di-protezione.pdf> (consultado em 19.12.2019).

aplicação de sanções premiais aos arrependidos²¹. Durante muito tempo, o § 129 (4) do Código Penal (Strafgesetzbuch – StGB) de 1871, na redação da Lei de Alteração do StGB (Strafrechtsänderungsgesetz – StrÄndG) de 1951²², afirmou-se como o único instrumento legal que estatuiu uma sanção premial ao isentar de pena os arrependidos que colaborassem voluntariamente com as autoridades, embora a respetiva aplicação estivesse limitada ao crime de associação criminosa (kriminelle Vereinigung), previsto e punido no § 129 do StGB²³. Entretanto, a partir dos anos 80 do século passado foram criados regimes jurídicos setoriais de clemência (Kronzeugenregelung), designadamente através do § 31 da Lei da Droga (Betäubungsmittelgesetz – BtMG), cuja versão original de 1981²⁴ autorizava atenuação ou dispensa de pena pelo tribunal para quem ajudasse voluntariamente as autoridades no esclarecimento de um facto punível para além da sua própria contribuição para o mesmo ou prestasse voluntariamente informações às autoridades sobre o planeamento de futuros crimes cuja prática pudesse ainda ser evitada²⁵. Em 1989, foi criado um regime jurídico análogo para o caso do crime de organização terrorista (terroristische Vereinigung), previsto e punido no § 129a do STGB, através do Art. 4 §§ 1, 2 da Lei da Clemência (Kronzeugengesetz – KronzG)²⁶. Em 1994, o mesmo regime jurídico foi alargado a toda a criminalidade organizada (organisierte Kriminalität)²⁷. A KronzG teve um período experimental de vigência até 1999, o qual nunca foi prorrogado. Numerosas iniciativas legislativas procuraram fazer renascer o regime de clemência no direito penal alemão, mas foram necessários mais de dez anos até que as soluções premiais fossem finalmente incorporadas genericamente no novo § 46b do StGB através da 43.^a Lei de Alteração do StGB

21 Sobre o princípio da legalidade no Código de Processo Penal alemão de 1877, cf. Deiters (2006), 280.

22 Cf. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951, BGBl. I, S. 739.

23 Cf. Cristoph (2019), 46.

24 Cf. Gesetz zur Neuordnung des Betäubungsmittelrechts vom 28. Juli 1981, BGBl. I, S. 681.

25 Cf. Cristoph (2019), 47.

26 Cf. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9. Juni 1989, BGBl. I, S. 1059.

27 Cf. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28. Oktober 1994, BGBl. I, S. 3186.

(43. StrÄndG) de 2009 / . Graças à sua ampla abrangência, o § 46b do StGB alberga não um grande, mas, como se costuma dizer, um muito grande regime de clemência (ganz großen Kronzeugenregelung), consagrando, pela primeira vez, uma condição tipificada de atenuação da pena (Strafmilderungsgrund) na Parte Geral do StGB . O § 46b do StGB autoriza o tribunal a atenuar a pena ou a substituir uma pena de prisão perpétua por uma pena de prisão não inferior a dez anos para quem contribua voluntariamente para a descoberta de um facto punível relacionado consigo ou preste voluntariamente informações às autoridades em tempo útil para impedirem um facto punível de cujo planeamento tenha conhecimento. O § 46b do StGB contém um regime de direito material, mas falta-lhe um regime de direito processual. Poderá o prémio ser combinado com o regime do acordo sobre a sentença penal? Os anteriores acordos informais sobre a sentença penal (Urteilsabsprachen) passaram a ter consagração legal e são agora chamados entendimentos mútuos (Verständigungen), a partir da Lei do Entendimento Mútuo (Verständigungsgesetz), de 2009 , que introduziu o § 257c do StPO. Mas não é trivial que as autoridades persecutórias possam prometer ao arguido (Angeschuldigter), na fase do inquérito preliminar (Ermittlungsverfahren), a concessão de vantagens pela sua colaboração com a investigação criminal, na mira de que tais prémios lhe venham a ser decretados pelo tribunal através de um entendimento mútuo.

Mais recentemente, o Brasil assumiu grande protagonismo através da consagração de um regime jurídico de colaboração premiada, através da Lei n.º 12.850/133, de 2 de agosto de 2013 . A colaboração premiada tem antecedentes avulsos na legislação brasileira, os quais, aliás, encontram-se em vigor, mas estes não contêm normas processuais. O legislador brasileiro dotou agora a colaboração premiada de um regime jurídico-processual detalhado (artigo 4.º da Lei n.º 12.850/2013). A referida lei estabelece os requisitos para a admissão da proposta de colaboração, as obrigações a assumir pelas partes (acusação e defesa), os direitos garantidos ao colaborador, os benefícios possíveis, o papel do juiz no acordo de colaboração e as hipóteses de retratação ou incumprimento

do contrato de colaboração . A fonte de inspiração foram os instrumentos internacionais e os modelos norte-americano e italiano . O regime jurídico da colaboração premiada tem sido amplamente aplicado nas várias fases da chamada "Operação Lava-Jato".

Em jeito de balanço comparativo, é fácil de concluir que a colaboração premiada é uma tendência atualmente transversal aos sistemas adversariais e inquisitoriais, embora seja originária dos primeiros. Importa pouco saber se estamos perante uma crescente hibridização dos sistemas processuais penais a ponto de já não se poder distingui-los ou se assistimos à marcha triunfal dos institutos transplantados dos sistemas adversariais para os inquisitoriais, como alguns, não poucos, lamentam . Importa, isso sim, notar que a colaboração premiada não é uma expressão de escalada autoritária das instâncias da repressão penal e de erosão de garantias fundamentais de defesa em prol de facilitações probatórias, como tantas vezes se proclama, mas "[...] sem dúvida a colaboração premiada, como a prática recente comprova, é efetivamente um possível expediente de defesa" .

Há, no entanto, grandes diferenças de desenvolvimento do instituto da colaboração premiada nos ordenamentos jurídicos nacionais.

No direito norte-americano, graças à prolífica articulação dos princípios, regras e diretrizes com os precedentes judiciais (*stare decisis*), o regime jurídico-processual dos acordos de cooperação está densificado quanto baste ao nível federal e ao nível dos diversos estados da federação. Seguramente há vozes críticas, mas a prática poderá ajudar a corrigir defeitos, já que não é crível o abandono da justiça negociada nesse país.

No direito italiano, a colaboração de justiça, amparada nas sanções premiais do direito penal legislado, está também suficientemente procedimentalizada através do relatório de colaboração, que foi tornado obrigatório pela Lei n.º 45/2001.

No direito alemão, o grande programa de clemência previsto no § 46b do StGB é um regime de direito material. Falta-lhe, porém, o correspondente regime de direito processual no StPO. A própria dinâmi-

ca processual encarrega-se então de desafiar os sujeitos processuais à descoberta de espaços de operacionalização do § 46b do StGB, nem que seja através do entendimento mútuo jurisdicionalizado.

No direito brasileiro, a influência dos direitos norte-americano e italiano é muito visível no regime jurídico-processual de colaboração premiada do artigo 4.º da Lei n.º 12.850/2013. Mas a lei brasileira deixa, por certo, mais perguntas do que respostas diante dos inúmeros problemas que a prática tem suscitado .

2. A SITUAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNAO

Qual é a situação em Portugal ? Entre nós, vigoram algumas manifestações de relevância premial da colaboração de justiça, designadamente nos domínios do combate ao tráfico de estupefacientes (Decreto-Lei n.º 15/1993, de 21 de janeiro), combate ao terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto), combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira (Lei n.º 36/94, de 29 de setembro) e no artigo 374.º-B, n.º 2, alínea a), do Código Penal (redação dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro) . Mas a legislação portuguesa não contém um regime processual que preveja uma negociação entre o Ministério Público e o arguido, nem estabelece a forma e os limites do acordo, nem sequer estabelece os termos da sua relevância defronte do poder jurisdicional, o qual, em última análise, pode revelar-se totalmente avesso ao acordo .

A relevância dos colaboradores de justiça entre nós teve tradução judicial pela primeira vez no processo das Forças Populares 25 de Abril (FP-25), nos anos 80 do século passado . Tratou-se de um caso de terrorismo urbano, incluindo assassinatos. A primeira vítima mortal das FP-25 fora Diamantino Monteiro Pereira, administrador da Fábrica de Loças de Sacavém, ao sair de sua casa em Almada, no dia 6 de dezembro de 1982 .

A prática recente tem-se encarregado de oferecer ocasiões azadas para a negociação processual entre o Ministério Público, de um lado, e o arguido e o seu defensor, do outro. Assim é que o Minis-

tério Público, nos termos do artigo 281.º (suspensão provisória do processo) do Código de Processo Penal e do artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, que estabelece as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, tem vindo a promover que seja decretada a suspensão provisória do processo a arguidos indiciados pelo crime de corrupção ativa, sob a condição expressa, entre outras, de prestarem depoimento – na qualidade de testemunhas, segundo os artigos 128.º, n.º 1, e 133.º, n.º 2, do CPP – sobre a matéria investigada nos autos, mas em processos separados contra os funcionários que venham a ser acusados e julgados pelo crime de corrupção passiva. A proposta do Ministério Público, garantida a concordância do arguido, é frequentemente aceite pelo Juiz de Instrução, que decreta efetivamente a suspensão provisória do processo aos arguidos que denunciaram o crime do funcionário ou contribuíram decisivamente para a descoberta da verdade. Já existe alguma jurisprudência atestando essa prática, incluindo decisões dos tribunais superiores. Seja como for, a prática acima descrita só se pode aplicar aos processos por crime de corrupção ativa, considerando o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 36/1994.

No ordenamento jurídico português falta pois um estatuto geral de colaborador de justiça com normas de direito material, processual e probatório.

3. A COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O direito dos tratados internacionais (acordos, cartas, convenções e protocolos) acolheu a mesma tendência para instituir mecanismos premiais que permitam alavancar a prevenção e a repressão das formas graves de criminalidade associativa transnacional. Nomeadamente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento de combate ao crime organizado transnacional. A Convenção foi aprovada pela Assembleia-Geral das NN.UU. a 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à

disposição dos Estados-Partes para assinatura, e entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003. A escolha de Palermo para assinatura de três dos respetivos instrumentos e adicionais foi tudo menos um acaso. Na verdade, foi um louvor póstumo aos dois magistrados antimáfia, o procurador Paolo Borsellino e o juiz Giovanni Falcone, assassinados em atentados à bomba naquela cidade, em 1992, crimes pelos quais foi condenado a prisão perpétua Salvatore Riina, chefe do clã Corleonesi, ligado à Cosa Nostra, que viria a morrer no cárcere em 2017. No artigo 26.º da Convenção de Palermo estabelece-se que cada Estado-Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas (n.º 1); poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente convenção (n.º 2); e poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na convenção (n.º 3). A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), de 2003, propõe igualmente que os Estados-Partes adotem as medidas premiais adequadas a encorajar as pessoas que participem ou tenham participado na prática das infrações referidas na Convenção a cooperarem com as autoridades competentes para a aplicação da lei (artigo 37.º). Somente importa aqui referir que os instrumentos internacionais são muito permeáveis a soluções provindas dos países anglo-saxões .

No âmbito do Conselho da Europa, cabe referir a Recomendação Rec(2005)9 do Comité de Ministros, de 20 de abril, que define o colaborador de justiça (*collaborator of justice*) .

Os instrumentos internacionais não oferecem, porém, qualquer densificação das medidas adequadas à colaboração premiada, nem obrigam os Estados-Partes a conceder imunidade ou redução de pena aos colaboradores de justiça.

4. A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO EXCECIONAL DE OBTENÇÃO DE PROVA

Numa visão superficial, é correto dizer-se que o procedimento negocial conducente à celebração do acordo de colaboração premiada configura um meio de obtenção de prova . Mas esta qualificação jurídica, sendo correta, é, no entanto, inócua e pouco ou nada adianta para o esclarecimento da temática vertente. O que cabe aqui ressaltar é antes o carácter excecional deste meio de obtenção de prova, que só se aplica à persecução de crimes de organização criminosa ou terrorista e infrações correlatas. A excecionalidade da colaboração premiada não é comparável ao que sucede com os métodos ocultos de investigação, que somente são permitidos em ultima ratio por serem desleais para com os investigados e para terceiros afetados (e.g., as intercetações telefónicas, as escutas ambientais e as ações infiltradas), nem é comparável ao que sucede com os métodos coercivos de investigação, que são autorizados limitadamente por serem invasivos para os investigados e para terceiros afetados (e.g., buscas e revistas). Aliás, a colaboração premiada é, como o próprio nome indica, um meio ostensivo e consensual de obtenção de prova, uma vez que pressupõe a consciência e a voluntariedade do visado para participar no processo negocial e para subscrever o acordo . Por esse motivo, as hipóteses em que é autorizado o emprego da colaboração premiada só são excecionais porque se limitam aos crimes de natureza associativa ou, pelo menos, multilateral e às infrações correlatas, já que fora dessas hipóteses a delação de todo não funciona. A excecionalidade do meio só tem a ver com isto.

Falta, ainda assim, saber se a utilização da colaboração premiada afeta o núcleo indisponível do processo penal que corresponde ao Estado de direito da tradição liberal . É o que tentaremos fazer de seguida .

5. O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA TRANSFERIDO PARA O SISTEMA INQUISITORIAL

Aqui chegados, é altura de refletir já não sobre o procedimento de negociação, mas sim sobre o próprio acordo de colaboração premiada. A questão agora consiste em saber como é que um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato processual, considerando as obrigações recíprocas que resultam do acordo de colaboração premiada entre as partes, se pode transferir sem atrito de um sistema adversarial, à maneira anglo-saxónica, para um sistema inquisitorial, à maneira europeia continental. O sistema adversarial configura um processo de partes e, como tal, implica a discricionariedade do órgão persecutório para decidir a viabilidade de uma acusação em função do esforço de investigação a realizar e da resistência da parte investigada, desde que o objeto do processo seja relativamente disponível, o que dependerá da maior ou menor gravidade dos crimes investigados no caso concreto. No sistema adversarial vigora, pois, o chamado princípio da oportunidade (discretionary prosecution). Assim se compreende a possibilidade de incorporação de contratos processuais no sistema adversarial, desde que reduzam o esforço probatório a cargo do órgão persecutório e maximizem a probabilidade de condenação de corréus que, noutras circunstâncias, dificilmente seriam condenados.

No moderno sistema inquisitorial – que muitos AA. preferem chamar de misto, reformado ou napoleónico por implicar uma distinção objetiva entre a instrução, a acusação e o julgamento e uma distinção subjetiva entre o órgão acusador e o órgão jurisdicional, ao contrário do antigo sistema inquisitorial, que não admitia essas distinções – não há partes, desde logo porque o órgão persecutório não prossegue um interesse próprio no processo penal, mas representa apenas o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça, o qual engloba, idealmente, o interesse do sujeito que é investigado, enquanto cidadão que faz parte dessa mesma comunidade organizada. Neste contexto, prevalece o princípio da legalidade, o que significa que a ação penal é obrigatória defronte da notícia de crime, não dependendo de con-

siderações circunstanciais, económicas, políticas ou sociais. Ora, a valia e mesmo a legitimidade do acordo de colaboração premiada são discutíveis neste sistema em que o Ministério Público só tem diante de si a via da promoção e da prossecução processuais. Se a colaboração premiada não fosse prevista em lei, o acordo entre as autoridades persecutórias e o colaborador poderia mesmo configurar um crime de denegação de justiça e prevaricação por parte daquelas autoridades, não obstante conseguirem angariar provas contra os corréus.

Mas as diferenças entre os dois grandes sistemas de processo penal são menores do que parecem à primeira vista. Se compararmos os dois sistemas, tomando ocasionalmente de empréstimo os casos inglês e alemão como exemplos representativos dos dois sistemas, respetivamente considerados, então não deixa de ser significativo que um académico alemão, Michael Bohlander, afirme que o Ministério Público alemão decide acusar em função da sua discricionariedade (discretion). O mesmo A. alvitra, afinal, que é mais ou menos o mesmo que se passa nos ordenamentos de common law . Na Alemanha, o Ministério Público (Staatsanwaltschaft), se as investigações oferecerem motivos suficientes (genügend Anlaß) para o exercício da ação pública, profere acusação (Anklage) diante do tribunal competente, nos termos do § 170 Abs. 1 StPO. A doutrina maioritária interpreta essa disposição no sentido de não haver interesse público numa acusação só para esclarecimento dos factos pelo tribunal competente ou sequer para satisfazer o desejo do denunciante (Anzeigerstatter) de se libertar do peso da denúncia . O Ministério Público deve acusar se prognosticar que existem indícios suficientes (hinreichender Tatverdacht) para o tribunal competente proferir uma decisão de abertura do procedimento principal (Hauptverfahren), nos termos do § 203 StPO. A doutrina maioritária interpreta este poder-dever de acusar do Ministério Público no sentido de antever que o tribunal competente provavelmente concluirá pela condenação do réu . Há AA. que consideram antes decisivo o prognóstico que o titular da fase de inquérito faça sobre se o Ministério Público, enquanto guardião da legalidade, acabará, ou não, pedindo a absolvição (Freispruch) do réu nas alegações finais do jul-

gamento . Mas repare-se que a provável abertura do procedimento principal, o provável pedido de condenação do réu ou a provável condenação do mesmo são tudo fórmulas que expressam, no final do inquérito preliminar (Ermittlungsverfahren), a discricionariedade do Ministério Público. A análise crítica e comparada dos princípios da oportunidade e da legalidade revela, afinal, poucas diferenças na prática, salvo se quisermos puxar pelo efeito retórico das proclamações fátuas acerca da superioridade do princípio da legalidade enquanto manifestação da ideia-mestra de igualdade na aplicação da lei a todos os cidadãos . Não será, portanto, por causa do confronto entre a oportunidade e a legalidade que se tornará impossível de transferir os acordos de colaboração de um sistema adversarial para um sistema inquisitorial, à maneira europeia continental .

Em suma, a possibilidade de acordos processuais não é de todo incompatível com o sistema inquisitorial, nem com os processos marcados por um maior controlo judicial .

6. A HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Os acordos de cooperação norte-americanos não são levados a controlo judicial se o colaborador não for submetido a julgamento. Os acordos só passam por controlo judicial quando o julgamento do colaborador se torna necessário para a concretização do desconto de pena através da sentença condenatória. As exceções são os estados do Connecticut, onde o juiz deve envolver-se ativamente como moderador na negociação dos acordos, e da Florida, onde o juiz deve esclarecer as partes acerca das condições que o tribunal está disposto a aceitar . Mas a participação do juiz nas negociações parece prejudicar o seu papel de árbitro imparcial, principalmente se o mesmo juiz que participou nas negociações presidir depois ao julgamento ou relatar a sentença correspondente. Já para não falar do risco de a participação do juiz nas negociações influenciar, direta ou indiretamente, a vontade de um réu se declarar culpado . É por isso que na maioria das jurisdições norte-americanas os juízes são apenas verificadores passivos dos acordos de cooperação, o que é mais conforme ao espírito de um sistema adversarial.

O relatório ilustrativo da colaboração de justiça italiano nasce como ato de natureza administrativa para a concessão de medidas de proteção e só depois do acolhimento do colaborador no âmbito do programa de proteção é que se transforma em diligência de investigação penal. Enquanto diligência de investigação própria do inquérito preliminar (indagine preliminare), o relatório ilustrativo da colaboração transitará, por extrato, para a fase de julgamento somente se for incluído nos autos para a audiência pública de julgamento (fascicolo per il dibattimento), o que fica decidido na audiência preliminar perante o GUP, em debate contraditório. O relatório torna-se assim alvo de controlo judicial antes da audiência pública de julgamento. Seja como for, a imparcialidade do juiz de julgamento é garantida pelo impedimento de um mesmo juiz participar em fases distintas do processo penal depois de proferir atos decisórios, nos termos do artigo 111 da Constituição (Costituzione).

Os entendimentos mútuos alemães exigem uma atitude pró-ativa ao juiz, a qual, aliás, é conforme à tradição inquisitorial de descoberta da verdade material como condição para a realização da justiça. Tal implica que o juiz se envolva na negociação para garantir que o entendimento não só é adequado à factualidade relevante mas também é globalmente justo. Ademais de exercer um rigoroso controlo sobre a imputação de facto e de direito (e.g., alterando eventualmente a qualificação jurídica dos factos), o juiz goza de um amplo poder discricionário através da sentença. Por conseguinte, o Ministério Público não pode assumir compromissos com o investigado acerca da possibilidade de o tribunal aceitar uma redução de pena ou vantagem em particular. Essa é uma das principais razões pelas quais as negociações envolvem os juízes na Alemanha em grau muito maior do que nos EUA. A negociação da sentença às vezes será procurada pelo próprio advogado de defesa, embora seja frequentemente o juiz quem toma a iniciativa por estar sobrecarregado de processos. As negociações geralmente ocorrerão no gabinete do juiz ou em sala de reuniões do tribunal. Tais contatos juntarão o advogado de defesa, o promotor de justiça e pelo menos um juiz. Num Tribunal Regional (Landgericht), o qual tem competência para julgar em primeira instância os ilícitos penais mais

graves e é composto por dois ou três juízes togados e dois leigos, as negociações envolverão apenas o juiz presidente ou o juiz presidente e o juiz relator da sentença ou, às vezes, os três juízes togados. Os leigos costumam estar ausentes das negociações iniciais. O acusado também não estará presente, mas o seu advogado de defesa consultá-lo-á antes e depois das reuniões sobre um possível entendimento mútuo .

O acordo de colaboração premiada brasileiro é sujeito a homologação judicial antes da audiência de instrução e julgamento. A homologação judicial prévia ao julgamento não afeta a natureza contratual do acordo, porquanto o juiz deve respeitar os termos estabelecidos pelas partes, limitando-se à análise de legalidade do acordo . Vamos partir do princípio que assim é, embora os juízes na prática gozem de razoável discricionariedade para aceitar os acordos de colaboração premiada, designadamente quando recusam o acordo por não estar suportado na prova apresentada. A homologação judicial garante uma fiscalização externa do equilíbrio entre as partes do acordo de colaboração premiada segundo os parâmetros legalmente estabelecidos. Mas não há bela sem senão, como se costuma dizer. Se a homologação resolve um problema de conformidade legal dos acordos de colaboração premiada, é também verdade que desencadeia, do mesmo passo, outros problemas não menos graves do que o risco de incumprimento da lei pelas partes. Em especial, a homologação não garante a imparcialidade do juiz de julgamento, a menos que o juiz que interveio na homologação fique impedido de julgar o caso. Mas a lei brasileira não decreta o impedimento do juiz como garantia fundamental da imparcialidade do tribunal de julgamento. Sendo assim, a lei acaba potenciando um efeito nefasto de aliança ou solidarização (Schulterschlusseffekt) entre as perspectivas do Ministério Público e do tribunal .

Em jeito de balanço comparado, diga-se que são várias as razões que apontam para que seja desaconselhável a participação judicial na negociação ou sequer na homologação de acordos de colaboração premiada em fase anterior ao julgamento ou à decisão de mérito. O envolvimento do juiz torna o procedimento negocial no seu conjunto mais complexo, moroso e até dispendioso para

o sistema de justiça. Mas mesmo que o envolvimento judicial até possa servir para agilizar a celebração de acordos, acresce agora a preocupação com o facto de o juiz perder assim a sua imparcialidade. De resto, o envolvimento do juiz pode ser percecionado como interferência indevida nas funções alheias, seja promovendo ou travando as estratégias investigativas do Ministério Público. Finalmente, alguns acreditam que o juiz está muito distante dos factos sob investigação e das partes envolvidas para desempenhar qualquer papel positivo na negociação ou sequer na homologação de acordos de colaboração premiada .

Em sentido contrário, diga-se que se não houver fiscalização externa dessas negociações antes da sujeição do colaborador a um julgamento em que o juiz simplesmente lhe pergunta se o acordo é voluntário, então é improvável que se consiga discernir se o colaborador foi induzido indevidamente pelo Ministério Público à celebração desse acordo, não obstante o juiz ter o poder de rejeitar o acordo .

Em qualquer dos cenários, é fundamental garantir que o juiz do julgamento mantenha a sua imparcialidade.

7. A RETRATAÇÃO DA PROPOSTA DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Especial atenção merece a retratação da proposta de acordo de colaboração premiada. Cabe aqui uma referência ao modelo norte-americano das sessões exploratórias (proffer sessions), de caráter facultativo, entre agentes de polícia (law enforcement officials) e promotor público (public prosecutor), de um lado, e réu (defendant), assistido pelo seu defensor (defense counsel), do outro. Nessas sessões, o promotor público pode tentar convencer o réu a cooperar, persuadindo-o de que a prova (evidence) contra ele é esmagadora e que cooperar é a sua única opção. Mais frequentemente, porém, é o réu quem tenta convencer o promotor público de que tem informações valiosas e pode oferecer-lhe “ajuda substancial”. Naturalmente, quando um réu aceita participar numa sessão exploratória, ele não terá quaisquer garantias de sucesso. A sua única proteção passa pela celebração de um acordo de negociação (proffer agreement), vulgarmente designado por negócio da “Rainha por um dia” (Queen For A Day deal), onde são definidas as regras que vinculam o promotor público durante a entrevista (interview) ao réu e fica consignado que as informações obtidas não serão usadas posteriormente. Nos termos da Regra n.º 410 das Federal Rules of Evidence e da Regra n.º 11 (f) (“Regras de aceitação da culpabilidade”) das Federal Rules of Criminal Procedure, as declarações prestadas pelo réu durante a negociação da confissão não são admissíveis como prova. Mas o réu arrisca-se a dar o passo extremo de se autoincriminar, sem contrapartidas nem certezas antecipadas, se declinar as referidas garantias de defesa que, em princípio, estariam à sua disposição. Na sequência da decisão da Suprema Corte no caso *United States v. Mezzanatto* (1995), os termos-padrão para os acordos de negociação passaram a admitir a possibilidade de restrição das garantias de defesa. Nesse aresto, fez vencimento a doutrina que sustenta que qualquer réu possa no acordo de negociação dispensar livre e espontaneamente a garantia de as suas declarações serem obliteradas se a negociação falhar, admitindo-se assim que as informações prestadas na sessão exploratória venham a ser evocadas pelo acusador público na própria fase de julgamen-

to, embora não como meio de prova, mas apenas como objeção (impeachment) às declarações prestadas pelo réu na audiência de julgamento, se houver contradição com as suas declarações anteriores. Essa doutrina expandiu-se a nível federal e estadual, enfraquecendo paulatinamente as garantias das sessões exploratórias, a ponto de se permitir a evocação das declarações aí realizadas em qualquer fase da persecução criminal subsequente, ainda que o réu se remeta ao silêncio. A Suprema Corte não confirmou esta prática, mas há uma longa lista de decisões de tribunais federais e estaduais que já a cancelaram. Mais do que instrumentos de coleta de informações, as sessões exploratórias tornaram-se assim numa estratégia das autoridades persecutórias para acantonar e desconstruir o conjunto das possíveis narrativas da defesa. Se o réu tomar a decisão de colaborar, oferecendo provas contra si mesmo e contra terceiros, então já não pode dar volta atrás. A partir daí, ficará atolado num longo procedimento de colaboração, envolvendo sessões de reiteração das declarações e de preparação do julgamento, tudo culminando na obrigação de falar na audiência pública de julgamento, ademais correndo o risco de o tribunal considerar, afinal, que não prestou qualquer ajuda substancial para o desfecho do caso, recusando-lhe a atribuição do benefício da colaboração. Não obstante, as autoridades persecutórias podem comprometer-se através de moções de ajuda substancial (substantial assistance motions) a pedir ao tribunal que conceda o benefício ao acusado se ele cumprir as condições pactuadas, designadamente a de falar verdade (to tell the truth). Tudo depende, pois, da arte do advogado de defesa para conseguir bons acordos de cooperação para o seu cliente.

No Brasil, as provas autoincriminatórias produzidas pelo réu não devem ser utilizadas em seu desfavor se houver retratação da proposta de acordo antes da homologação judicial, nos termos do artigo 4.º, § 10, da Lei n.º 12.850/2013. A Orientação Conjunta n.º 1/2018 do Ministério Público Federal, na recomendação 40, vai mais longe e dispõe o seguinte:

“Na hipótese de não ser celebrado o acordo, ressalvadas linhas de investigação absolutamente independentes, o Ministério Público não poderá se valer das informações ou provas apresentadas pelo colaborador para qualquer outra finalidade”.

Se bem interpretamos, tudo o que foi apresentado à autoridade persecutória não poderá ser utilizado. Não obstante, o entendimento encontrado em trechos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal parece conduzir à conclusão de que, em caso de retratação, “o meio de obtenção de prova, em relação a terceiros, permanece hígido” (Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin). Mas é difícil de aceitar que possa haver aproveitamento dos elementos colhidos na negociação falhada, nem mesmo como provas a utilizar exclusivamente contra outros membros da organização criminosa ou terrorista. Se o acordo não foi concluído, então as informações e elementos obtidos durante as conversações deveriam ser destruídos ou devolvidos à procedência. Não há acordo, não há provas. O suspeito que desistiu da via colaborativa não tem de suportar os riscos para a sua pessoa e seus familiares que adviriam da sua eventual colaboração. Caso contrário, ficará gravemente comprometida a eficiência do próprio instituto da colaboração premiada, já que muitos dos potenciais colaboradores recusarão liminarmente quaisquer conversações exploratórias com vista a um eventual acordo de colaboração premiada. A menos que se lhes garanta o desentranhamento das provas se as negociações falharem.

8. O ACORDO COMO MEIO DE PROVA COMPLEXO

A doutrina tende a concentrar-se nas declarações do colaborador e respetivo valor probatório, mas o dossiê que inclui o termo do acordo de colaboração premiada transcende largamente tais declarações, porquanto constitui um meio de prova complexo (i.e., o documento onde está vertido o acordo, as atas ou transcrições das declarações confessórias ou outras do colaborador, os suportes técnicos com a gravação das sessões de negociação do acordo, os documentos que foram entregues pelo colaborador), que deve ser processado por apenso aos autos do processo penal a que se refere, íntegro ou por extrato, conforme as matérias envolvidas e os regimes de segredo de justiça e proteção de colaboradores que contenha. As implicações desse dossiê do acordo de colaboração premiada estendem-se por duas vertentes opostas, a saber: a esfera de direitos de defesa do colaborador e a contraposta esfera de direitos de defesa dos delatados. Essas duas esferas têm de ser analisadas separadamente, o que faremos de seguida.

Quanto à esfera de direitos de defesa do colaborador, é importante considerar:

- O estatuto processual do colaborador;
- O alcance da renúncia ao direito ao silêncio e do compromisso de dizer a verdade em audiência de julgamento;
- Os efeitos do silêncio ou da negação em audiência de julgamento do que se disse anteriormente, apesar da homologação judicial do acordo de colaboração premiada;
- O incumprimento do acordo de colaboração premiada.

Quanto à esfera de direitos de defesa dos corréus, é importante analisar e esclarecer:

- A qualificação jurídica das declarações do colaborador em audiência de julgamento;

- A corroboração das declarações do colaborador em audiência de julgamento mediante outros meios de prova;

- O direito ao confronto perante as medidas de proteção ao colaborador;

- A qualificação jurídica das declarações do colaborador que integram o dossiê do acordo de colaboração premiada;

- A qualificação jurídica dos documentos facultados pelo colaborador que integram o dossiê do acordo de colaboração premiada;

- A corroboração dos meios de prova que integram o dossiê do acordo de colaboração premiada.

9. OS DIREITOS DE DEFESA DO COLABORADOR

O colaborador não deve ter um tratamento semelhante à testemunha, ainda que tenha de renunciar ao direito ao silêncio e sujeitar-se ao dever de dizer a verdade. O colaborador tem interesse pessoal no desfecho do processo em causa. Não pode, pois, ter o mesmo estatuto processual de uma testemunha. O colaborador mantém a qualidade de réu, aliás de corréu, necessariamente, até haver uma decisão definitiva acerca da sua responsabilidade criminal. Acresce que o colaborador mantém a qualidade se for réu em processos conexos, ainda que sejam separados e mesmo que, entretanto, seja condenado por sentença transitada em julgado em qualquer um deles. Assim deve ser para se evitar a manipulação do estatuto processual do colaborador.

Por consequência, a obrigação de dizer a verdade assumida pelo colaborador nunca pode implicar, se não responder com verdade, a prática do crime de falso testemunho. Falta-lhe a qualidade de testemunha, que é elemento necessário desse tipo de crime.

Nada impede, porém, que o colaborador pratique o crime de denúncia caluniosa. No Brasil, o legislador criou um crime específico para o colaborador, nos termos do artigo 19.º da Lei 12.850/2013:

“Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas”.

Ou seja, a mentira do colaborador não é crime, mas a denúncia caluniosa sim .

Quanto aos efeitos do silêncio ou da negação em audiência de julgamento do que se disse anteriormente, apesar da homologação judicial do acordo de colaboração premiada, a conclusão, em princípio, deverá ser a perda do direito aos benefícios pactuados. Mas as provas que o colaborador já tinha entregado não podem ser desentranhadas após a homologação judicial, podendo ser usadas não só contra os demais corréus, mas também contra o próprio colaborador. Na verdade, a retratação só é admitida na fase de negociação da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas em seu desfavor, nem contra os corréus .

Seja como for, a competência para aferir se o silêncio do colaborador na audiência de julgamento diminui substancialmente o peso e a importância dos elementos de prova que ele já trouxe para o processo ao ponto de merecer que lhe retirem o prémio devido pela sua colaboração processual pertence apenas ao tribunal e é sindicável por via de recurso. Da mesma forma que pertence ao tribunal a competência para decidir se as suas declarações em audiência de julgamento contradizem o que fora pactuado, impedindo-se assim que o colaborador fique refém das interpretações que o Ministério Público queira fazer das suas palavras, o que seria tudo menos inócuo para a estratégia da defesa.

10. OS DIREITOS DE DEFESA DOS CORRÉUS E A REGRA DE CORROBORAÇÃO

Se o colaborador não é testemunha, as declarações do colaborador em audiência de julgamento não podem deixar de ser um meio de prova diferente da prova testemunhal. O facto de as suas declarações poderem afetar terceiros que são corréus no processo, ao mesmo tempo que revelam um conflito de interesses com eles, é suficiente para se exigir uma corroboração judicial através de meios de prova não enfraquecidos ao nível da respetiva fiabilidade epistémica. Assim se compreende que nenhuma sentença condenatória seja proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador (sole or decisive evidence rule). O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), no caso Labita v. Itália (1995), determinou que as declarações de arrependidos têm de ser corroboradas mediante outros meios de prova .

Mas isso não basta, pois pode ser necessário proibir a valoração dessas declarações contra terceiros se o colaborador não responder em audiência de julgamento às perguntas sugeridas ao juiz pelo defensor de qualquer outro corréu. Não cremos que se possa submeter o colaborador ao contraditório, no sentido estrito de contrainterrogatório (cross-examination), pois ele não é uma testemunha. O Ministério Público e os defensores dos corréus não podem formular, diretamente, perguntas ao colaborador, devendo solicitar que estas sejam formuladas pelo juiz. Quando se entenda não existir um dever do juiz de formular as questões sugeridas pelos restantes sujeitos processuais, então terá de se concluir, se tais questões não tiveram seguimento, que o valor probatório das declarações assim prestadas não poderá ser equiparado ao dos depoimentos de testemunhas em que haja sido garantido o pleno contraditório .

Mais se acrescenta que as declarações em audiência de julgamento feitas com ocultação ou reserva de identidade não podem ter o mesmo valor probatório que as declarações de colaborador devidamente identificado. Não é invulgar que tal suceda, tendo em

conta as medidas de proteção ao colaborador vulgarmente estabelecidas. Daqui só pode resultar um confronto mitigado ou, para falar verdade, uma ausência de confronto na prática .

Não devem, ademais, ser reproduzidas, nem usadas como meio de prova as declarações prestadas pelo colaborador anteriormente ao julgamento, durante as conversações conducentes ao acordo de colaboração premiada. Por definição, essas declarações não foram submetidas ao confronto com os *corréus*. Tais declarações cumpriram o seu papel como meros elementos de informação para a instrução criminal, não devendo ser transportadas para o julgamento, salvo para objetar às contradições relativamente às declarações do colaborador na audiência de julgamento.

Só restam os documentos facultados pelo colaborador que integram o dossiê da colaboração premiada. Tais elementos são meios de prova que devem ser submetidos à livre apreciação do tribunal, desde que sejam examinados em audiência de julgamento, enquanto provas pré-constituídas ou irrepetíveis. Mas será que também têm de ser corroborados por meio de outras provas? Se os documentos trazidos pelo colaborador seguirem o regime da prova documental, então cabe perguntar se esta pode ser bastante por si mesma para o tribunal declarar um facto como provado. Este ponto merece, porém, uma consideração mais cuidada. Na verdade, os documentos que foram entregues pelo colaborador não passaram pela cadeia de custódia que caracteriza a coleta de meios de prova pelas autoridades da persecução criminal. Não admira, pois, que estes meios de prova documental também tenham de ser corroborados, nem que seja através da apreensão de documentos-espelho em diligências de busca direcionadas contra os terceiros investigados. A menos que se admita a força probatória dos elementos recolhidos e preservados por particular, desde que ele tenha obtido a certificação notarial do documento, de fonte física ou digital .

CONCLUSÕES

A colaboração de justiça é um instituto ajustável aos princípios do processo penal de um Estado de direito democrático e liberal, desde que lhe sejam impostas as garantias do processo equitativo.

No ordenamento jurídico português falta um estatuto geral de colaborador de justiça com normas de direito material, processual e probatório. Existem previsões avulsas de prémios à colaboração de justiça, designadamente nos domínios do combate ao tráfico de estupefacientes, ao terrorismo, à corrupção e à criminalidade económica e financeira. Mas a legislação portuguesa não contém um regime processual que preveja uma negociação entre o Ministério Público e o arguido, nem estabelece a forma e os limites do acordo, nem sequer estabelece os termos da sua relevância defronte do poder jurisdicional, o qual, em última análise, pode revelar-se totalmente avesso ao acordo. À luz dos instrumentos internacionais e do direito comparado tornou-se patente a necessidade de importar a colaboração de justiça para o ordenamento jurídico português. Na verdade, a colaboração de justiça é uma tendência transversal aos sistemas adversariais e inquisitoriais.

Os modelos de colaboração de justiça existentes noutros países são muito diferentes entre si. Daí a imprescindibilidade de se aprofundar os estudos de direito comparado para conceber um regime jurídico de colaboração de justiça adequado à realidade nacional. A comparação dos modelos de colaboração de justiça estrangeiros não pode dispensar os estudos empíricos como forma privilegiada de expor os riscos para as garantias de defesa do colaborador e dos demais arguidos no mesmo ou noutros processos penais.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio, *Pilatos e Jesus*, 1.ª reimpr., São Paulo: Boitempo, 2018 (1.ª ed., 2014).

AMBOS, Kai, *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*, in: AA.VV., *Proceso penal y sistemas acusatorios* (org.: Lorena Bachmaier Winter), Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 49-72.

AMBOS, Kai, *Estado e futuro do direito penal comparado*, *Anatomia do Crime* 6 (2017), pp. 9-42.

BADARÓ, Gustavo, *A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?*, in: AA.VV., *Colaboração premiada* (org.: Maria Thereza de Assis Moura, Pierpaolo Cruz Bottini), São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2017, pp. 127-149.

BADARÓ, Gustavo, *Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova*, in: AA.VV., *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013* (org.: Kai Ambos, Eneas Romero), Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 13-49.

BARREIROS, José António, *Le problème des repentis: Crime et châtement, Statut des repentis*, *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé* 4 (1986), pp. 753-755.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de coarguido no processo penal português*, *Revista do Ministério Público* 74 (1998), pp. 39-60.

BENNARDO, Kevin, *United States v. Erwin and the Folly of Intertwined Cooperation and Plea Agreements*, *Wash. & Lee L. Rev. Online* 7 (2014), pp. 160-168.

BIBAS, Stephanos, Harmonizing Substantive Criminal Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas, *Cornell L. Rev.* 88/6 (2003), pp. 1-74.

BITTAR, Walter Barbosa, Delação premiada no Brasil e na Itália: Uma análise comparativa, *RBCCrim* 88 (2011), pp. 225-270.

BOHLANDER, Michael, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF, in: AA.VV., *Colaboração premiada* (org.: Maria Thereza de Assis Moura, Pierpaolo Cruz Bottini), São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2017, pp. 185-200.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva, O acordo de colaboração processual no Brasil: um negócio jurídico inserido no direito probatório, in: AA.VV., *Prova Penal Teórica e Prática* (org.: Paulo de Sousa Mendes, Rui Soares Pereira), Coimbra: Almedina, 2019, pp. 195-247.

BRANDÃO, Nuno, Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais, *Julgar* 38 (2019), pp. 115-134.

CALLEGARI, André Luís, LINHARES, Raul Marques, *Colaboração premiada - Lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CÂMARA, Guilherme Costa, Colaboração premiada: estratégia de política criminal vocacionada à superação da inerente opacidade do crime organizado, in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (org.: José de Faria Costa et al.), vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra/Instituto Jurídico, 2017, pp. 329-346.

CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno, Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato, *RBCCrim* 133 (2017), pp. 133-171.

CANTONE, Raffaele, Le dichiarazioni del collaboratore di giustizia: la redazione del verbale illustrativo ed il rispetto del termine di centottanta giorni nella giurisprudenza della Cassazione, *Arch. nuova proc. pen.* 5 (2010), pp. 502-509.

CASIRAGHI, Roberta, La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration, *Diritto Penale Contemporaneo* (2022), pp. 1-12.

CRISTOPH, Stephan, *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch – Die Ermittlungshilfe gemäß § 46b StGB aus dogmatischer und empirischer Perspektive*, Baden-Baden: Nomos, 2019.

DAMAŠKA, Mirjan, Negotiated Justice in International Criminal Courts, *JICJ* 2 (2004), pp. 1018-1039.

DEITERS, Mark, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

FALCONE, Giovanni, PADOVANI, Marcelle, *Cose di Cosa Nostra*, Milano: Rizzoli, 1991.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão – Teoria do garantismo penal* (trad. por Ana Paula Zomer Sica do orig. *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, 2000), 4.^a ed. Revista, São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2014.

FRAHM, Lorenz Nicolai, *Die allgemeine Kronzeugenregelung – Dogmatische Probleme und Rechtspraxis des § 46b StGB*, Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

GALAIN PALERMO, Pablo, Un sistema penal construido sobre la base de la delación? Los arrepentidos que colaboran con la administración de la justicia penal, in: AA.VV., *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (org.: José de Faria Costa et al.), vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra/Instituto Jurídico, 2017, pp. 385-405.

GALIN, Ross, Above the Law: The Prosecutor's Duty to Seek Justice and the Performance of Substantial Assistance Agreements, *Fordham L. Rev.* 68 (2000), pp. 1245-1284.

GLATT, Rachel, Colaboração premiada - Análise do instituto que viabilizou a Operação Lava-Jato, Florianópolis: EMais, 2019.

GRIMM, Paul W., DEISE JR., Jerome E., GRIMM, John R., The Confrontation Clause and the Hearsay Rule: What Hearsay Exceptions Are Testimonial?, *University of Baltimore Law Forum* 40/2 (2010), pp. 155-204.

GRINOVER, Ada Pellegrini, O crime organizado no sistema italiano, *RBCCrim* 12 (1995), pp. 76-86.

GYURCI, Julie, Prosecutorial Discretion to Bring a Substantial Assistance Motion Pursuant to a Plea Agreement: Enforcing a Good Faith Standard, *Minnesota Law Review* 78 (1994), pp. 1253-1283.

JACOBS, Brian A., et al., Navigating the Cooperation Process in a Federal White Collar Criminal Investigation, *Practical Law* 2007, (pp. 1-9) pp. 4-5. Online: <https://www.maglaw.com/publications/articles/...> (consultado em 11.09.2018).

JONAKAIT, Randolph N., Text, Texts, or Ad Hoc Determinations: Interpretation of the Federal Rules of Evidence, *Indiana Law Journal* 71/3 (1996), pp. 551-591.

KNIZHNIK, Shana, Failed Snitches and Sentencing Stitches: Substantial Assistance and the Cooperator's Dilemma, *N.Y.U. L. Rev.* 90 (2015), pp. 1722-1729.

KOBOR, Susanne, Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany - A Matter of Justice and Administrative Efficiency within Legal, Cultural Context, Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2008.

KRAUSBECK, M., Konfrontative Zeugenbefragung - Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für das deutsche Strafverfahren, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

LANGER, Maximo, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, *Harvard International Law Journal* 45/1 (2004), pp. 1-64.

LEITE, Inês Ferreira, 'Arrependido': A colaboração do coarguido na Investigação criminal, in: AA.VV., 2.º Congresso de Investigação Criminal (org.: Maria Fernanda Palma et al.), Coimbra: Almedina, 2011, pp. 377-406.

LIPPKE, Richard L., *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

LUÍS, Carlos, et al., *Sacavém - A outra loiça*, Ramada: Câmara Municipal de Loures/Clive e Emma Gilbert/Associação dos Amigos da Loiça de Sacavém, 2019.

MAGGIO, Paola, Il verbale illustrativo della collaborazione giudiziale, in: AA.VV., Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia (org.: Alfredo Bargi), Torino: Giappichelli, 2013, pp. 632-649.

MATTA, P. Saragoça da, Delação premiada... O regresso da tortura!, in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (org.: José de Faria Costa et al.), vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra/Instituto Jurídico, 2017, pp. 525-586.

MENDES, Paulo de Sousa, O efeito-à-distância das proibições de prova, *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro* 26 (2013), pp. 40-50.

MENDONÇA, Andrey Borges de, Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade, in: AA.VV., *Colaboração premiada* (org.: Maria Thereza de Assis Moura, Pierpaolo Cruz Bottini), São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2017, pp. 53-104.

MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento - Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NAFTALIS, Benjamin A., 'Queen For a Day' Agreements and the Proper Scope of Permissible Waiver of the Federal Plea Statement Rules, *Colum. J. L. & Soc. Probs.* 37 (2004), pp. 1-10.

ORLANDI, Renzo, Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e conseguenti restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare, in: AA.VV. *Il Giusto Processo - Tra Contraddittorio e Diritto al Silenzio* (org.: Roberto Kostoris), Torino: Giappichelli, 2002, pp. 153-195.

PEREIRA, Frederico Valdez, *Delação premiada - Legitimidade e procedimento*, 4.^a ed., Curitiba: Juruá, 2019 (1.^a ed., 2013).

REALE JÚNIOR, Miguel, *Colaboração premiada: natureza, dilemas éticos e consequências*, in: *Direito, Cultura, Método - Leituras da obra de Judith Martins-Costa* (org.: Giovana Bebeti et al.), Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, pp. 69-85.

ROMERO, Eneas, *A colaboração premiada*, in: AA.VV., *Crime organizado - Análise da Lei 12.850/2013* (org.: Kai Ambos, Eneas Romero), Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, pp. 253-277.

ROSS, Jacqueline E., *The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice*, in: AA.VV., *World Plea Bargaining - Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial* (coord.: Stephen C. Thaman), Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2010, pp. 107-123.

ROTH, Jessica, *Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions*, *American Criminal L. Rev.* 53 (2016), pp. 737-797.

ROXIN, Claus, SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht - Ein Studienbuch*, 29.^a ed., München: Beck, 2017 (1.^a ed., 1949).

RUGA RIVA, Carlo, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milan: Giuffrè, 2002.

SAAD, Marta, Direito de defesa na Operação Lava Jato, in: AA.VV., *Corrupção – Ensaios sobre a Operação Lava Jato* (coord.: Kai Ambos, Marcos Zilli e Paulo de Sousa Mendes), Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 169-199.

SANTIAGO, Rodrigo, Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987, RPCC 1 (1994), pp. 27-62.

SARAIVA, Renata Machado, MARTINS, Luiza Farias, Retratação e rescisão dos acordos de colaboração premiada: apontamentos e preocupações, in: AA.VV., *Garantias penais – Estudos alusivos aos 20 anos de docência do Professor Alexandre Wunderlich* (org.: Fabiane da Rosa Cavalcanti, Luciano Feldens, Alberto Ruttke), Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, pp. 523-547.

SCHNABL, Robert, *Der O. J. Simpson-Prozeß – Das strafprozessuale Vorverfahren und dessen Auswirkungen in rechtsvergleichender Darstellung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* (coord.: Luís Greco), Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Stichworte zum Vierten Paradigma des Strafverfahrens*, in: AA.VV., *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung – Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018* (org.: Ulrich Stein, Luís Greco, Christian Jäger e Jürgen Wolter), Berlin: Duncker & Humblot, 2018, pp. 691-705.

SCOTT, Robert E., STUNTZ, William J., *Plea Bargaining as Contract*, Yale L. J. 101 (1992), pp. 1909-1968.

SEIÇA, António Alberto Medina de, *O conhecimento probatório de coarguido*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SILVA, Germano Marques da, *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal*, *Direito e Justiça* 8/2 (1994), pp. 27-34.

SOUSA E BRITO, José de, O inimigo no direito penal, *Lusíada - Direito - Lisboa* 4/5 (2007), pp. 79-85.

TURNER, Jenia Iontcheva, Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View, *American Journal of Comparative Law* 94 (2006), pp. 501-570.

WEICHBRODT, Korinna, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen - Zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

WOHLERS, Wolfgang, ALBRECHT, Anna Helena, § 170 Vorbereitung der öffentlichen Klage, in: AA.VV., SK-StGB - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung - Mit GVG und EMRK (org.: Jürgen Wolter), vol. III (§§ 137-197 StPO), 5.^a ed., Köln: Wolters Kluwer/Carl Heymans, 2016.

ZILLI, Marcos, Transplantes, traduções e Cavalos de Troia: O papel do juiz no acordo de colaboração premiada - Leituras à luz da Operação Lava Jato, in: AA.VV., *Corrupção - Ensaio sobre a Operação Lava Jato* (coord.: Kai Ambos, Marcos Zilli e Paulo de Sousa Mendes), Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 93-132.

CAPÍTULO 1

SEGURANÇA PÚBLICA

VITALINO CANAS



VITALINO CANAS

Doutor e mestre em ciências jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL/ULisboa). Foi professor nas Faculdades de Direito das Universidades de Macau e de Moçambique e deputado da Assembleia da República de Portugal. É professor da FDUL/ULisboa.

VITALINO CANAS

A Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988 consagram o direito à segurança, mas não o fazem de forma totalmente igual.

No seu artigo 27º, a Constituição portuguesa consagra o direito à segurança associado ao direito à liberdade, assumindo explicitamente que não há liberdade sem segurança, nem há segurança sem liberdade. A Constituição brasileira, por outro lado, alude a esse direito em dois preceitos: artigo 5º, proémio,¹ e artigo 6º.² Neste, qualifica expressamente o direito à segurança como direito social, o que não sucede em lugar algum na Constituição portuguesa.

Todavia, essa diferença de abordagens não determina uma diferenciação muito grande no que o direito à segurança implica em termos de vinculações para o Estado ou de prestações a que se está obrigado.

No caso português, sendo consagrado como direito de liberdade ou de defesa, no âmbito de direitos, liberdades e garantias, predomina a clássica vertente negativa, que obriga o Estado a abster-se de qualquer tipo de interferência ou de atentado à segurança dos cidadãos. Todavia, como na maioria dos direitos de liberdade, também há uma vertente positiva: o Estado é obrigado a criar condições ins-

1 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: (...)”.

2 Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

titucionais e materiais para que esse direito seja realmente usufruído pelos cidadãos, protegendo a segurança individual mormente por meio do asseguramento da segurança pública ou coletiva.

Em outras palavras: embora não esteja consagrado como direito social, diferentemente do que ocorre na Constituição brasileira, o direito à segurança na Constituição portuguesa é interpretado como tendo uma componente negativa – que exige uma abstenção do Estado, ou seja, que este não perturbe a segurança dos cidadãos –, mas também uma componente positiva. Esta segunda obriga a que o Estado crie e promova a organização, o funcionamento e o financiamento de um conjunto de instituições e procedimentos, bem como que assegure prestações de segurança pública que garantam que o direito à segurança seja satisfatoriamente fruído pelos cidadãos.

Desse ponto de vista, pode-se concluir que o direito à segurança comporta, afinal, uma dimensão positiva em ambas as Constituições.

A dimensão positiva postula um conjunto de atuações do Estado; quais são elas é objeto de debate na doutrina portuguesa.

Numa posição extrema, há quem entenda que o Estado deve fornecer a cada cidadão, individualmente considerado, prestações de segurança. Não partilho dessa interpretação. Entendo que o Estado deve promover um conjunto de atuações, ao nível de organização e dos procedimentos, que possuem uma dimensão essencialmente objetiva e que visam garantir a segurança pública ou coletiva e, por essa via, o usufruto por todos do direito à segurança. Essas obrigações refletem-se, principalmente, no nível de uma organização e um funcionamento eficazes das forças e dos serviços de segurança.

A Constituição brasileira, no artigo 144, estabelece um elenco taxativo de órgãos de segurança pública.

Já a Constituição portuguesa limita-se a estabelecer alguns princípios que enquadram a ação das forças e dos serviços de segurança. Dela não decorre uma lista de órgãos de segurança interna ou de segurança pública. É a lei de segurança interna de Portugal, de

2008,³ com alterações posteriores, que define quais são os serviços e as forças de segurança, bem como as normas fundamentais a que se subordinam. Assim, a diferença entre as duas Constituições reside em que a brasileira vai mais longe na rigidificação do dispositivo de segurança pública.

As duas Constituições aproximam-se ao absorverem o conceito clássico de segurança e ao serem pouco sensíveis aos novos contextos de insegurança ou de segurança. A Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988 foram desenhadas num ambiente de (in)segurança diferente do atual; logo, há alguns conceitos que tendem a ser ultrapassados pela realidade e por aspectos que, embora sejam, hoje, críticos e essenciais, não se beneficiam de cobertura constitucional.

Há, por um lado, um teimoso apego às dicotomias entre segurança interna e segurança externa, bem como entre segurança e defesa. Em contrapartida, há omissão sobre a coordenação entre os vários órgãos de polícia preventiva e de investigação, deficitária abordagem das atividades de inteligência, ausência de imposição de coordenação entre os sistemas de segurança e de inteligência, omissão sobre as questões relacionadas à partilha e ao acesso à informação, silêncio sobre as ameaças atuais e também um divórcio quase completo entre as forças e os serviços de segurança e as forças armadas.

Ora, hoje em dia, em boa parte do globo, muitas das mais graves ameaças ao Estado, à sua subsistência, à soberania (ou ao que resta dela...), assim como às comunidades no seu todo, não se enquadram nas especificações tradicionais. O terrorismo perpetrado por organizações criminosas internacionais, as guerras híbridas, os extremismos religiosos e outros, a interferência na democracia, o cibercrime, o branqueamento de capitais, a fraude fiscal, os vários tráficos, tudo isso configura uma criminalidade que, pela forma como se organiza, projeta e processa, é difícil de enquadrar nas dicotomias e na conceituação tradicional, segurança interna vs. segurança externa, segurança vs. defesa nacional. Logo, basear o regime e a organização do dispositivo de forças nessas dicotomias cria dificuldades e entropias no sistema que se traduzem em ineficiências na reação rápida a determinados eventos que a requerem.

3 Lei nº 53, de 29 de agosto de 2008.

Além disso, as Constituições não abordam o problema da coordenação entre os órgãos da polícia preventiva e investigativa, pois foram elaboradas na base do princípio de especialização. Ademais, o texto constitucional brasileiro também se baseia no princípio de federalismo.

Todavia, mesmo na ausência de enquadramento constitucional, regista-se alguma evolução no sentido de intensificar e aperfeiçoar o planeamento e a coordenação entre os vários serviços e as forças de segurança. Em Portugal, o secretário-geral da segurança interna tem visto acrescidos os seus poderes de articulação desses serviços e forças de segurança. O mesmo ocorre no sistema de informações da República Portuguesa.

Não sendo competente para fazer uma apreciação do que se passa ali, creio que é, pelo menos, possível dizer que também se detecta essa tendência no Brasil.

Desse modo, busca-se integrar os vários componentes do sistema, cumprindo a obrigação constitucional que decorre da vertente positiva do direito à segurança, quer se entenda este como direito de defesa ou como um direito social, da qual decorre que o Estado é obrigado a organizar-se para garantir o direito à segurança. Assim, creio que, independentemente da estrutura política do país, deve garantir-se uma coordenação entre as várias forças que têm responsabilidade de segurança. Não admira, e justifica-se que, do ponto de vista operacional, proliferem os gabinetes e as salas de crise ou de situação, centros operacionais comuns, comandos unificados e um conjunto de estruturas que garantem que, em um mesmo espaço físico ou organização, estejam representantes que possam reagir a situações sensíveis de segurança. Essa coordenação veio para ficar: não é, nem será no futuro, possível reagir às ameaças atuais de segurança sem isso.

Outro aspecto deficitário das Constituições é o que se traduz no silêncio absoluto que continua a existir em relação às questões da inteligência ou das informações de segurança. No caso português, isso também se deve a questões de natureza histórica, como a ditadura que perdurou até 1974 e que se servia de uma agressiva e odiada polícia política, que deixou uma lembrança traumática na população e nos políticos, fazendo com que os serviços secretos sejam vistos com alguma desconfiança por vários setores.

A Constituição, o juiz constitucional e organismos como a Comissão Nacional de Proteção de Dados portugueses refletem essa desconfiança, em termos preocupantes. Não apenas existem restrições constitucionais, por exemplo, a instrumentos elementares para a boa execução das tarefas mais básicas dos serviços de informações, como a interseção de comunicações, como mesmo o acesso a metadados por esses serviços está altamente condicionada.⁴ Essa desconfiança em relação aos serviços de inteligência não deveria persistir. Esses serviços são vitais para uma atuação eficaz contra os fenómenos mais gravosos ou violentos, como o terrorismo. Além disso, sem a existência de um serviço de inteligência que possa ser fiável parceiro de outros serviços de outros países, sabemos que Brasil e Portugal não existem em termos de troca ou partilha de informação.

Temos que ultrapassar a ideia de que os serviços de inteligência devem estar completamente separados dos serviços e das forças de segurança, assim como deve-se evitar a recíproca “contaminação”. Pelo contrário: deve haver uma estreita coordenação entre eles.

As questões relacionadas à partilha do acesso à informação merecem destaque. O paradigma clássico assenta no postulado de que a informação que cada um recolhe é sua e não deve ser partilhada com nenhuma outra entidade. Nesse sentido, cada um é proprietário da informação que obtém no exercício da missão. É uma atitude perniciosa e prejudicial ao interesse nacional. Precisamos superar esses constrangimentos clássicos para enfrentar as modernas ameaças à segurança.

4 Cfr. Lei Orgânica n° 4, de 25 de agosto de 2017.

Concluo notando que as Constituições e os dispositivos em geral foram apanhados de surpresa pelas ciberameaças às instituições políticas, às infraestruturas e às estruturas econômicas. Certamente não estão sozinhas. Organizações como a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) reconhecem, sem subterfúgios, que estão mal preparadas e que há entidades avessas ao funcionamento do Estado de Direito apetrechadas para aumentar essas ameaças. É tempo para que os nossos ordenamentos internos, a começar pela Constituição, atentem a esses problemas, com que temos de lidar e para os quais ainda não possuímos resposta cabal.

CAPÍTULO 2

REFORMA DO PROCESSO, JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E ARBITRAGEM

HELICIO HONDA

LUIS FELIPE SALOMÃO

MARCUS ABRAHAM

NUNO VILLA-LOBOS

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES



HELICIO HONDA

Possui especialização em direito empresarial pela Universidade Mackenzie e é graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Sócio-fundador do escritório Honda, Teixeira, Araujo, Rocha Advogados, diretor titular do Departamento Jurídico da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP), bem como vice-presidente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da Fiesp (CONJUR). Foi juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT) e presidente da 8ª Câmara efetiva do TIT.

HELICIO HONDA

O CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO NO BRASIL E NOVAS PERSPECTIVAS

O contencioso tributário no Brasil é, senão o mais elevado, um dos maiores do mundo. Dessa forma, o nível de comprometimento do patrimônio das empresas com provisões relacionadas a causas tributárias é igualmente elevado, comprometendo o ambiente de negócios e o livre curso do desenvolvimento econômico.

Considerando somente a dívida ativa da União, o contencioso está na ordem de R\$ 2.196 trilhões¹, o que equivale a US\$ 523 bilhões². Somando todos os débitos em discussão nas esferas administrativa e judicial e acrescentando os estados e municípios, o contencioso alcança cifras superiores a R\$ 4 trilhões.

O total de processos judiciais no Brasil é de 78 milhões. 31 milhões deles são execuções fiscais, o que equivale a 39% do total.³ A taxa de congestionamento de execuções fiscais é de 90%,⁴ isto é, em cada 100 processos em tramitação, apenas 10 foram baixados.

1 Relatório "PGFN em Números 2019", com dados de 2018: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf acessado em 05/12/2019.

2 Cotação do dólar americano a R\$ 4,20 em 04/12/2019.

3 Sumário Executivo do Relatório "Justiça em Números 2019", com dados de 2018: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> acessado em 05/12/2019.

4 Relatório Analítico Justiça em Números 2019, com dados de 2018: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf acessado em 05/12/2019.

Segundo o relatório analítico Justiça em Números 2019:

“O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%; a Justiça do Trabalho por 0,28%; e a Justiça Eleitoral, por apenas 0,01%.

Da mesma forma, o impacto desses processos nos acervos é mais significativo na Justiça Federal e Estadual. Na Justiça Federal, os processos de execução fiscal correspondem a 45% do seu acervo total (conhecimento e execução); na Justiça Estadual, a 42% na Justiça do Trabalho, a 2%; e na Justiça Eleitoral, a 2%. Esses percentuais têm se mantido estáveis ao longo da série histórica observada desde 2009.

A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (93%), seguida da Justiça Estadual (89%) e da Justiça do Trabalho (85%). A menor é a da Justiça Eleitoral (83%)...”⁵

Tais índices de execuções fiscais se mantêm ano após ano, com poucas variações. Ao mesmo tempo, a taxa de recuperação da dívida ativa da União em 2018 foi de 1,08%⁶, dentro de uma média histórica de 1%. No Estado de São Paulo, responsável pela maior parcela do Produto Interno Bruto – PIB do país, somente 1,5% dos débitos fiscais constituídos por autos de infração são efetivamente arrecadados⁷, como já pontuou este autor em outro artigo.

5 Relatório Analítico “Justiça em Números 2019”, p. 131, g.n.: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf acessado em 05/12/2019.

6 Com base nos dados do Relatório “PGFN em Números 2019”: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf acessado em 05/12/2019.

7 Conforme informou o Secretário da Fazenda Estadual em evento presidido por este autor, realizado na sede da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, no dia 18/06/2018.

1. ORIGENS GERAIS DA LITIGIOSIDADE TRIBUTÁRIA NO BRASIL

A elevada litigiosidade no Brasil se deve a uma série de fatores. O primeiro deles é a complexidade do sistema tributário brasileiro, em que os tributos são distribuídos no contexto de uma federação de três níveis: federal, estadual e municipal.

O principal efeito disso é que a tributação incidente sobre a produção e circulação de bens e serviços foi fragmentada entre União, Estados e Municípios, cabendo aos Estados, por injunções históricas, o imposto que mais arrecada recursos aos cofres públicos no Brasil – o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. Os demais tributos incidentes sobre essa mesma base de tributação são o IPI, o PIS e a COFINS⁸, que cabem à União e o ISS⁹, de competência dos Municípios.

Vale dizer que a complexidade não reside apenas na fragmentação da tributação do consumo, decorre também da carga tributária correspondente aos demais tributos. Os tributos aduaneiros, sobre rendimentos, propriedade territorial rural e operações financeiras são de competência da União, assim como outras contribuições sociais (FGTS, Sistema “S” etc.) e as contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE-combustíveis etc.) e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (contribuição sindical e anuidades de órgãos de fiscalização de profissões etc.)¹⁰.

Aos Municípios, cabem, além do ISS, os impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU e sobre as transmissões onerosas inter vivos de bens imóveis e de direitos a eles relativos – ITBI (antiga Sisa).

⁸ Imposto sobre Produtos Industrializados, contribuição ao Programa de Integração Social e Contribuição para financiamento da seguridade social.

⁹ Imposto sobre Serviços de qualquer natureza.

¹⁰ Cabem, ainda, à União, mesmo que não instituídos, o imposto sobre grandes fortunas, empréstimos compulsórios, impostos extraordinários em caso de guerra e impostos e contribuições residuais.

Por fim, os Estados arrecadam, além do ICMS, o imposto sobre veículos automotores - IPVA e o imposto sobre transmissões causa mortis e doações - ITCMD.

Não surpreende que o Brasil esteja na 184ª posição do relatório "Doing Business 2020" do Banco Mundial no quesito relativo ao pagamento de tributos, demandando das empresas 1.501 horas/ano para o cumprimento da legislação tributária, de maneira que a média dos países da OCDE é de 158 horas/ano, e dos países latino-americanos, 317 horas/ano¹¹.

Além de constituir apenas uma parcela da tributação sobre a produção e circulação de bens e serviços, o ICMS estadual apresenta fragilidades estruturais, pois a não-cumulatividade é incompleta¹² e, nas operações interestaduais, incide, em parte, na origem, contrariando o princípio do destino que deve nortear toda tributação sobre o consumo. O Brasil é considerado praticamente o único país em que o imposto sobre o valor agregado incide na origem (mesmo que parcialmente).

O PIS e a COFINS são não cumulativos apenas para uma pequena parcela de contribuintes, pessoas jurídicas que apuram o imposto sobre a renda com base no denominado regime do lucro real, equivalentes a cerca de 3% do total de pessoas jurídicas brasileiras. Ainda assim, a não-cumulatividade é bastante limitada, pois ao estabelecer as despesas que dão direito a crédito, a legislação não definiu critérios claros, gerando um monumental contencioso em torno dessa questão desde 2003, quando a não-cumulatividade foi instituída.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça¹³ veio a definir, em uniformização de jurisprudência, que os critérios da "essencialidade" e "relevância" da despesa orientarão o direito a crédito e que a verificação desses critérios ficará sujeita a avaliação caso a caso, em cada

¹¹ https://www.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/brazil#DB_tax acessado em 05/12/2019.

¹² Entre outros aspectos, não dão direito a crédito os bens de uso e consumo e, quanto aos bens do ativo permanente, o aproveitamento do crédito é diferido em 48 meses, cf. Lei complementar n° 87/96.

¹³ no julgamento do Recurso Especial n° 1.221.170, sob o regime de recursos repetitivos, previsto nos arts. 1.036 e ss. do Código de Processo Civil.

setor produtivo e até para cada empresa por meio de uma prova técnica. Ou seja, mesmo com a pacificação jurisprudencial, os conflitos perdurarão, agora em torno da comprovação da essencialidade e relevância de cada despesa em relação à qual o contribuinte se houve por bem se creditar.

O ISS municipal é cumulativo, não havendo direito a crédito, e, como regra geral, incide no município da sede do estabelecimento prestador do serviço tributado, ou seja, na origem, contrariando igualmente o princípio do destino.

O caráter cumulativo dos tributos sobre o consumo se agrava pela não devolução de créditos acumulados. O relatório “Doing Business 2020” do Banco Mundial reflete essa realidade ao atribuir nota 7,8 ao Brasil, de um total de 100, no quesito restituição de tributos sobre o valor agregado, sendo a média dos países da OCDE de 86,7 pontos, e dos países latino-americanos, 47,5 pontos¹⁴.

A fragmentação da tributação sobre a produção e circulação de bens e serviços é a origem de uma série de litígios tributários, sendo os mais relevantes os decorrentes da incidência recíproca dos tributos sobre o consumo, causando dupla ou tripla incidência sobre a mesma base econômica. Outra distorção dela decorrente é a separação da tributação de bens e de serviços, característica quase que exclusiva do sistema tributário brasileiro, sendo estes últimos menos taxados do que aqueles, ainda que nominalmente.

Dado o caráter nacional da tributação do consumo, a atribuição do ICMS aos Estados (entes subnacionais) é outra fonte de litígios, muitas vezes decorrentes da chamada “guerra fiscal”, em que algumas unidades federativas desoneram saídas interestaduais sem alterar o destaque do imposto incidente, de forma que os Estados destinatários são levados a assumir a dedução integral do crédito original, que muitas vezes se originam como medida reativa, a glosar os créditos provenientes de tais operações interestaduais em que não houve o efetivo recolhimento do tributo destacado no Estado de origem.

14 https://www.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/brazil#DB_tax acessado em 05/12/2019.

Os Estados cuja produção regional é majoritariamente destinada à exportação reclamam de ter que devolver aos contribuintes créditos de insumos provindos de outras unidades federativas, dada a imunidade das exportações, o que gera conflitos federativos e, para os contribuintes, o atrasamento e dificuldades na restituição dos créditos acumulados, que, invariavelmente, são represados pelos Estados por dificuldade de caixa.

O diferencial de alíquotas incidente nas operações interestaduais destinadas ao consumidor final, contribuinte ou não do imposto, e graças aos Estados destinatários, é outra marca da complexidade fiscal no Brasil, uma vez que as obrigações acessórias e as regras de recolhimento variam conforme o Estado destinatário e, em vez de o contribuinte realizar um único pagamento a ser dividido pelos Estados de origem e de destino, a legislação lhe atribui o ônus de apurar e proceder ao recolhimento partilhado.

Por fim, a substituição tributária progressiva (ou “para frente”) pela qual o contribuinte industrial ou importador recolhe o imposto devido na sua operação própria e é incumbido de antecipar todo o imposto devido pela cadeia de circulação, valendo-se de presunção da base de cálculo da futura operação ao consumidor final, é outro foco relevante de litígios, especialmente quanto à metodologia das pesquisas de preços realizadas para estabelecer a base de cálculo presumida.

Há ainda outro aspecto sobre a não uniformidade das regras: os entes tributantes têm concedido, ao longo do tempo, inúmeros regimes diferenciados de tributação para setores diversos, além dos já previstos na legislação, fazendo-o, muitas vezes, de forma ilegal.

Primeiramente, o sistema jurídico-tributário estabelece um regime simplificado e favorecido para micro e pequenas empresas que foi inflado em excesso, ao longo do tempo, e hoje alcança negócios com limite de faturamento acima de US\$ 1 milhão¹⁵, sendo que re-

15 O limite atual do Simples Nacional é de R\$ 4,8 milhões.

gimes semelhantes na experiência internacional chegam aproximadamente a US\$ 100 mil, podendo ser relativamente superiores ou inferiores a esse valor.

Além disso, vários setores da economia têm regimes de apuração diferenciados e gozam de benefícios fiscais como isenções, totais ou parciais, créditos presumidos, créditos outorgados, tributação monofásica, reduções de base de cálculo etc.

Na tributação da renda, além do Simples Nacional, as pessoas jurídicas com receita anual abaixo de R\$ 78 milhões (cerca de US\$ 20 milhões) podem optar por um regime diferenciado e mais simplificado de tributação pela presunção do lucro com base no montante da receita, o que faz com que apenas 3% do universo de pessoas jurídicas apurem e recolham o imposto sobre a renda com base no efetivo lucro auferido pela empresa.

Afora tais benefícios previstos em lei, reitera-se aqueles da “guerra fiscal” do ICMS, em que Estados diversos acabam por conceder, à sorrelfa, incentivos fiscais e regimes especiais de ICMS em violação à exigência constitucional de autorização prévia a ser deliberada e outorgada pelo conjunto dos Estados da federação¹⁶.

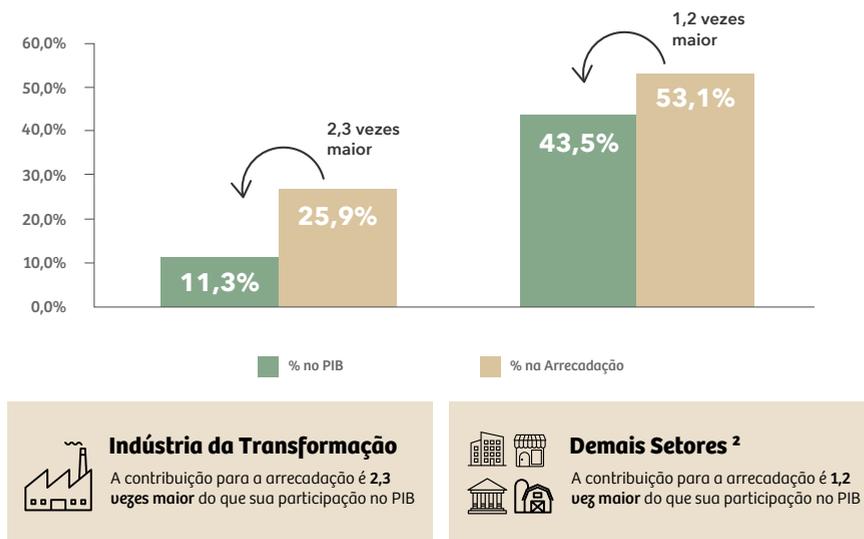
Acrescente-se a esse quadro que a folha de salários no Brasil é mais taxada do que na maioria dos países, ou seja, mais uma distorção do sistema tributário brasileiro. A média das contribuições para a seguridade social dos países da OCDE é de aproximadamente 22,9% da folha de salários; enquanto isso, no Brasil, a tributação da folha, englobando todas as incidências, é de 34,3% a 42,8%¹⁷.

¹⁶ Essa autorização somente pode ser concedida pela unanimidade dos Estados, conforme determina a Lei Complementar nº 24/75.

¹⁷ Conforme Apresentação de Bernard Appy no Instituto Fernando Henrique Cardoso, de abril de 2018: https://fundacaofhc.org.br/imagens/60/07/arq_16007.pdf, slides 34 e 35, acessado em 06/12/2019.

Por fim, há distorções também na distribuição da carga tributária pelos setores da economia, conforme o gráfico abaixo¹⁸:

Gráfico 1 - CONTRIBUIÇÃO SETORIAL PARA O PIB E PARA A ARRECAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL 2018¹



1) Tributos Federais administrados pela RFB e FGTS

2) Setores que respondem por mais de 5% da formação do PIB, sendo: Instituições Financeiras, Comércio, Agropecuária e Serviços.

Fonte: RFB, CEF, IBGE. Elaboração: Departamento de Economia, Competitividade e Tecnologia / FIESP

O gráfico mostra falta de isonomia entre os setores produtivos: a indústria de transformação, responsável por 11,3% do PIB (2018), arrecada 25,9% de todos os tributos federais, ou seja, 2,3 vezes maior que sua participação no PIB; enquanto os demais setores (comércio, agronegócios, serviços e instituições financeiras), que atendem por 43,5% do PIB, recolhem 53,1% dos tributos federais, o que corresponde a 1,2 vezes a sua participação no PIB.

¹⁸ Elaborado pelo Departamento de Economia, Competitividade e Tecnologia - Decomtec, da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP.

3. NOVAS PERSPECTIVAS

Diante de um quadro tão caótico, surgiram, nos últimos (poucos) anos, algumas iniciativas inéditas que poderão conduzir a uma nova etapa na relação Fisco-contribuinte, a par das discussões a respeito de uma Reforma Tributária necessária.

Em 2018, o Estado de São Paulo instituiu um programa de conformidade fiscal, denominado “Nos Conformes”, baseado numa classificação de risco fiscal dos contribuintes e num sistema de contrapartidas para aqueles classificados nas notas mais elevadas. O programa tem como objetivo principal declarado uma mudança de paradigma na relação entre Fisco e contribuinte, tendo como norte os princípios da boa-fé, da moralidade e da eficiência administrativa.

Tal iniciativa do Governo paulista busca estimular a conformidade tributária, através de uma abordagem menos punitiva, e focar na transparência e aplicação adequada da legislação tributária, para construir um ambiente de diálogo mais moderno e eficiente para as empresas que mantêm suas obrigações tributárias em dia. O objetivo é aprimorar a atividade de fiscalização, reduzir a litigiosidade, induzir a autorregularização e facilitar o atendimento ao contribuinte.

Após a fase experimental, de 17/10/2018 a 31/08/2019, o programa foi efetivamente implantado a partir de 01/09/2019, mediante a publicação do regulamento para classificação dos contribuintes conforme o grau de conformidade tributária.

Pelo programa, os contribuintes do ICMS são classificados conforme o seu grau de conformidade tributária, de acordo com os seguintes critérios:

- 1- Adimplemento: obrigações pecuniárias tributárias vencidas e não pagas relativas ao ICMS;
- 2- Cumprimento das obrigações acessórias: aderência entre escrituração ou declaração e os documentos fiscais emitidos e/ou recebidos pelo contribuinte;
- 3- Perfil dos fornecedores do contribuinte (não regulamentado).

A nota final do contribuinte resultará da combinação de cada um dos critérios acima referidos e corresponderá à média aritmética simples das notas atribuídas, sendo classificados nas categorias "A+", "A", "B", "C", "D" e "E" (contribuintes na situação cadastral não ativa).

Em função do perfil de risco de fornecedores do contribuinte e com base na sua respectiva classificação, o terceiro critério de classificação não foi regulamentado, de modo que, por enquanto, não será utilizado. Aliás, este é um dos poucos pontos a aprimorar do programa, na medida em que a projeção da nota dos fornecedores sobre a classificação do contribuinte não atende propriamente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois dá margem para que a situação jurídica de um determinado contribuinte seja impactada pelo comportamento dos demais, o que se agrava sobremaneira em mercados com poucos fornecedores; há casos, inclusive, em que há apenas um fornecedor de insumos. Se a nota destes últimos não for alta, a classificação do contribuinte ficará prejudicada, mesmo que ele apresente elevado grau de conformidade tributária.

No caso de insumos importados ou fornecedores de outros Estados, fica igualmente comprometido o sistema de classificação, ainda mais se adotado o critério previsto na Lei Complementar nº 1.320/2018 (art. 10) para fornecedores de outros Estados, de atribuição automática da nota "D" àqueles que se negarem a fornecer dados fiscais à Secretaria da Fazenda paulista.

Como se pode verificar, a exigência indiscriminada desse terceiro critério afetaria as decisões econômicas das empresas, desbordando da neutralidade que o sistema tributário deve manter em relação às atividades produtivas.

As contrapartidas para o contribuinte em situação regular são as seguintes, conforme a citada a Lei Complementar nº 1.320/2018:

Tabela 1

CLASSIFICAÇÃO	BENEFÍCIOS
"A+"	Transferência de crédito acumulado para empresa não interdependente, desde que gerado em período de competência posterior à publicação da LC 1.320/2018, respeitando o limite anual previsto no regulamento.
"A+" e "A"	Acesso ao procedimento de Análise Fiscal Prévia (AFP). Autorização para apropriação de crédito acumulado. Efetivação da restituição do imposto pago antecipadamente em razão de substituição tributária. Autorização para pagamento do ICMS relativo à substituição tributária, oriunda de outra unidade federada, cujo valor do imposto não tenha sido anteriormente retido, mediante compensação em conta gráfica, ou recolhimento por guia especial até o dia 15 do mês subsequente. Renovação de regimes especiais (Lei 6.374/89).
"A+", "A" e "B"	Autorização para pagamento do ICMS relativo à importação de mercadoria oriunda do exterior, mediante compensação em conta gráfica. Autorização para apropriação de até 50% do crédito acumulado.
"A+", "A", "B" e "C"	Inscrição de novos estabelecimentos do mesmo titular no cadastro de contribuintes.

Além dessas medidas, o programa "Nos Conformes" estabelece um tratamento fiscal mais rigoroso para o devedor contumaz, considerando quem que possua débitos relativos a 6 períodos de apuração, consecutivos ou alternados, num intervalo de 12 meses, ou débitos inscritos em dívida ativa de valor superior a 40 mil UFESPs¹⁹ correspondentes a 30% do patrimônio líquido ou 25% do valor das operações dos 12 meses anteriores.

¹⁹ Correspondente, em 2019, a R\$ 1.061.200,00 ou US\$ 252.666,00 (cotação de R\$ 4,20 de 04/12/2019).

Esse conjunto de medidas abre a possibilidade de novas escolhas, pois permite diferenciar o tratamento fiscal em relação aos contribuintes, facilitando o cumprimento das obrigações fiscais aos que obtiverem as melhores classificações e, de outro lado, enrijecendo a fiscalização dos que prejudicam o Fisco e o mercado, com práticas de concorrência tributária desleal.

A experiência internacional mostra que esse tratamento diferenciado alcança mais e melhores resultados tanto no ambiente de negócios, como na efetividade da arrecadação tributária.

Outras iniciativas similares estão sendo desenvolvidas pelo Fisco federal brasileiro: o programa Pró-Conformidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e o projeto de cadastro positivo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, ambos contemplando uma classificação por risco fiscal dos contribuintes e já submetidos à consulta pública, mas ainda não implementados.

Nos últimos anos, a PGFN passou a adotar internamente uma classificação de débitos de acordo com o grau de recuperabilidade, dentro de um regime diferenciado de cobrança do crédito tributário, o que já começou a apresentar resultados positivos, além de contribuir para a regulamentação da utilização do instituto do negócio jurídico processual, previsto no Código de Processo Civil brasileiro, para celebrar acordos em juízo com os contribuintes.

Está em discussão no Parlamento brasileiro um projeto de lei de autoria do Poder Executivo que introduz a figura do “devedor contumaz” em âmbito federal (PL 1.646/2019). No entanto, a conceituação proposta não é a mais adequada, pois define o devedor contumaz como aquele que apresenta débitos não garantidos ou suspensos, em valor superior a R\$ 15 milhões por um período de 12 meses.

Diferentemente do programa “Nos Conformes”, o problema desse conceito é que a contumácia pressupõe um comportamento reiterado do contribuinte de descumprimento da legislação tributária, sendo que simplesmente apresentar débitos em valor superior àquele montante pode acontecer mesmo para contribuintes que tenham

histórico de conformidade fiscal, bastando que a fiscalização lavre autuações com base em interpretação da legislação tributária diferente da utilizada pelo contribuinte para apurar os seus tributos.

Na realidade brasileira, dada a aludida complexidade do sistema tributário nacional, lembre-se que a ocorrência de interpretações divergentes entre Fisco e contribuintes é muito potencializada, sendo este um daqueles fatores que levam ao enorme contencioso fiscal, não seria incomum contribuintes sofrerem autuações fiscais que, isolada ou conjuntamente, viessem a alcançar o valor de R\$ 15 milhões²⁰ em decorrência de divergência na aplicação da lei, mesmo que estejam cumprindo regularmente as obrigações fiscais.

Nesse projeto de lei, não há previsão de tratamento favorecido aos bons contribuintes, isto é, aqueles que se empenham e cumprem a legislação tributária de maneira rigorosa, tendo sido apresentadas propostas de aperfeiçoamento nesse sentido, de modo a que os contribuintes em maior conformidade tenham facilitado o cumprimento da legislação e venham até a ser premiados de alguma forma pelo bom comportamento fiscal, com, por exemplo, a dispensa temporária de garantia do débito fiscal resultante de decisão administrativa deliberada por voto de qualidade.

Outro ponto de atenção no PL 1.646/2019 é a previsão de aplicação direta da consequência mais gravosa possível ao devedor contumaz, sem qualquer gradualidade, que é a cassação do cadastro fiscal, lhe impedindo de continuar a desenvolver suas atividades econômicas. No programa “Nos Conformes”, por outro lado, há uma série de providências passíveis de adoção pela autoridade fiscal sobre o devedor caracterizado como contumaz, conforme a necessidade, respeitando-se o princípio da manutenção da empresa, sendo este outro aprimoramento indispensável ao projeto federal.

Outra recente iniciativa de grande relevância é a introdução da transação em matéria tributária, no âmbito federal, por meio da Medida Provisória nº 899/2019. A norma prevê a transação de débitos

²⁰ Considerando inclusive que as multas tributárias, em geral, são altíssimas no Brasil. Na esfera federal, a multa aplicada no lançamento de ofício é de 75%, podendo chegar a 225%, acaso haja indícios de fraude.

inscritos em dívida ativa por adesão a proposta da PGFN ou por iniciativa das partes e, também, a transação no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica, em que as cortes judiciais ainda não tenham pacificado a questão.

A MP prevê descontos de juros e multas para débitos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, além de parcelamentos, flexibilização de garantias etc. Emendas foram apresentadas para aplicar o escopo da lei, de modo a contemplar também a mediação e a conciliação.

Paralelamente, entre outras iniciativas, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo está desenvolvendo a minuta de um projeto de lei de arbitragem em matéria tributária - um passo além no sistema tributário brasileiro, dado o mito da indisponibilidade do crédito tributário.

Historicamente, o Fisco brasileiro optou por uma via predominantemente repressiva na fiscalização e cobrança do crédito tributário. E todas essas iniciativas representam uma nova abordagem, possivelmente pela constatação de que, na prática, a repressão não apresentou bons resultados.

Tais novos mecanismos somados ao novo sistema de precedentes, instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, criam um novo panorama menos sacralizado, mais dinâmico e ágil no relacionamento entre Fisco e contribuinte e, ao mesmo tempo, mais estável - ou que se pretende mais estabilizado pelo respeito aos precedentes.

CONCLUSÃO

A transação, os programas de conformidade fiscal, a cobrança seletiva dos débitos tributários e o combate rigoroso ao devedor contumaz, assim bem caracterizado, são mudanças procedimentais recentes que trazem maior justiça na relação tributária, faltando, apenas, ampliar os instrumentos de resolução de conflitos, com a opção da arbitragem, ainda inexistente.

As novidades no cenário jurídico-tributário do Brasil parecem inaugurar uma nova etapa da relação Fisco-contribuinte.

Almeja-se que, com esse novo horizonte, abram-se novas vias ao desenvolvimento político-institucional do Estado brasileiro na sua relação com a sociedade num de seus pontos mais sensíveis, o das relações tributárias, por envolver a transferência obrigatória e legítima de parcela da riqueza produzida pela sociedade em prol do interesse público.



LUIS FELIPE SALOMÃO

Pós-graduado em direito comercial e graduado em direito, ambos pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). É ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e professor emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (EPM). Foi promotor de justiça do Estado de São Paulo, juiz de direito e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), além de presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ).

LUIS FELIPE
SALOMÃO

ACESSO À JUSTIÇA NA PÓS-MODERNIDADE E A ARBITRAGEM

No espetacular livro “Assim começa o mal”, que faz referência a Henrique VIII, de Shakespeare, o escritor espanhol Javier Marías relembra que as expressões assacadas a outra pessoa, a outra parte ou à parte adversa, no início de qualquer debate, geram consequentes reações adversas. Ele assinala: “como nos muda a reação adversa”.

Nos dias de hoje, no mundo todo, os cientistas sociais e os juristas reconhecem que há uma espécie de judicialização da vida – na verdade, das relações sociais, econômicas e políticas. É um processo iniciado no fim da Segunda Guerra e que ainda não terminou.

No Brasil, esse processo de judicialização aconteceu mais acentuadamente, basicamente por dois motivos: a) pela ausência de políticas públicas de soluções alternativas à jurisdição e b) pela existência de uma Constituição enunciativa – à exaustão – em direitos, canalizando para o Judiciário a efetivação desses direitos prometidos pela Carta de 1988.

Atualmente vivemos um momento de transição no Brasil, de mudança de mentalidade e de práticas por parte dos operadores do Direito, com a aprovação de um microsistema de soluções extrajudiciais de conflito. Foram editadas a Lei nº 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), a Lei nº 13.140/2015 (marco legal da Mediação) e a Lei nº

13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), com forte incentivo às soluções extrajudiciais de conflito, criando, também, um sistema de precedentes judiciais.

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), analisando-se o índice de conciliação judicial, notou-se que o percentual, na fase de conhecimento, é baixíssimo: apenas 17%, um dos percentuais mais baixos do mundo.

Em pesquisa recente (2019) organizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), sob minha coordenação científica e realizada pelos sociólogos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos, todos do Rio de Janeiro, foram ouvidos mais de quatro mil juízes, atualizando pesquisa anterior, de 20 anos atrás.

Questionados sobre os motivos que justificam o crescimento da litigiosidade, os magistrados responderam, em primeiro lugar, a existência da cultura do litígio; em seguida, citaram a ineficiência das agências reguladoras; em terceiro lugar, a amplificação da assistência judiciária gratuita. Somados, esses três itens são quase 80% das respostas.

Contando com uma das maiores taxas de litigiosidades do mundo, existem, hoje, no Brasil, de acordo com o CNJ, cerca de 80 milhões de casos em tramitação e, a cada ano, são iniciados mais 30 milhões de novos processos. A taxa de congestionamento é de mais de 70%.

A fim de debelar esse quase colapso, a pesquisa, em uma de suas questões, pediu que os magistrados escolhessem, dentre três alternativas, a que fosse considerada prioritária para o juiz de primeiro grau: em primeiro lugar, foi selecionada a racionalidade entre o trabalho da primeira e da segunda instâncias; em segundo lugar, a modernização, eficiência e racionalização do sistema judicial; e, em terceiro lugar, o estímulo aos meios alternativos de resolução de conflitos em âmbito judicial e extrajudicial.

Tratando de ações cíveis e de família, 70% dos juízes responderam ser favoráveis à conciliação ou à mediação prévia obrigatória, ou seja, antes do ingresso do litígio.

Além disso, quanto à ideia de aproximar a população dos serviços judiciários, majoritariamente os juízes consideram como prioridade a fase prévia e extrajudicial de conciliação.

A conclusão que se extrai dessa pesquisa em relação ao avanço das soluções extrajudiciais é a de que essa forma de resolução de conflitos cresce por uma evolução natural do processo civilizatório, trazendo racionalidade à jurisdição estatal.

No período da pós-modernidade, a tecnologia gera impactos diretos na vida em sociedade. Discute-se, no caso da obsolescência programada, por exemplo, quando há o desgaste programado das peças que devem ser substituídas, a ocorrência da responsabilidade civil do fabricante. Outro exemplo dessa nova era é a indenizatória por tempo perdido, nos casos de call center, fila de banco, demora para atendimentos de profissionais liberais ou serviços públicos, ou da fila para atendimento em hospitais, no caso da saúde. Ademais, estão em discussão no Superior Tribunal de Justiça (STJ), também como exemplos dos novos tempos, as questões do assédio em transporte coletivo e do superendividamento.

Em relação às novas tecnologias, estão ainda em análise na Corte a responsabilidade civil em rede social, o direito ao esquecimento e o rompimento de vínculo entre o nome e o resultado de busca nos provedores específicos.

É fácil perceber que logo se terá que deliberar sobre a responsabilidade civil por veículos não tripulados, ou as questões da personalidade jurídica para robô, algoritmo, transplante e barriga de aluguel.

Nesse cenário pós-moderno, em relação à composição de conflitos novos, vivemos experiências interessantes, como o dispute board ou os designs de demandas.

Na área do direito privado do STJ, o maior número de processos diz respeito a contratos bancários. Entendo que uma solução autorregulatória dos bancos diminuiria consideravelmente a sobrecarga para o Judiciário – por isso realizamos, recentemente, o seminário “Ombudsman

Bancário”, no próprio tribunal. Já há experiências bem-sucedidas de ombudsman bancário em outros países, como no Reino Unido, na Alemanha e em alguns países da Europa continental. O Tribunal ainda está discutindo temas relacionados aos Procons e às agências reguladoras, na busca por eficiência em suas atuações.

Estão sendo criados ou reforçados vários centros de mediação e arbitragem, com sucesso também na realização de programas na modalidade on-line.

Com a entrada em vigor da Lei da Mediação, criou-se a possibilidade de inserir cláusula de mediação nos contratos, tornando obrigatória essa etapa antes do ingresso em juízo.

Nas universidades, a conciliação, a mediação e arbitragem agora são disciplinas obrigatórias em todo o país, de acordo com a resolução CNE/CES 5/18, oriunda do parecer 635/18, homologado pela portaria 1.351/18 do MEC.

A reflexão faz-se necessária, no campo da política pública de soluções extrajudiciais relativas ao consumidor, por força do art. nº 4, inciso V, do CDC, em torno da obrigatoriedade das empresas para criação de sistema de solução de conflitos de consumo.

Na administração pública, foi editada a Lei nº 13.140/2015.

Já são um sucesso a mediação e a arbitragem nos Estados Unidos e na Itália, especialmente no campo tributário.

A mediação e a arbitragem no setor público vêm acompanhadas da reflexão sobre a preponderância do princípio do interesse público. Teoria já consagrada hoje em nosso país é separar o interesse público primário e secundário, deixando a Constituição Federal como ponto de encontro para definir as áreas compatíveis com a mediação e a arbitragem, quando o interesse público for secundário.

Encerro com uma reflexão do poeta imortal Pablo Neruda: “Você é livre para fazer suas escolhas, mas é prisioneiro das consequências”.



MARCUS ABRAHAM

Pós-doutor pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ) e pela Universidade de Lisboa (ULisboa), doutor em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em direito tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), possui MBA em direito empresarial pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e é graduado em administração e em direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). É desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e coordenador acadêmico da Fundação Getulio Vargas (FGV).

MARCUS ABRAHAM

O PROCESSO TRIBUTÁRIO, A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS DESAFIOS ÉTICOS

RESUMO

O objetivo deste artigo é realizar uma breve discussão sobre os impactos da tecnologia de inteligência artificial (IA) no mundo do Direito, mais especificamente sobre o tema da cobrança dos créditos tributários, tanto na vertente do processo judicial como da fiscalização tributária. Serão apresentados exemplos práticos de como a inteligência artificial tem sido aplicada em matéria jurídica e fiscal no Brasil, bem como reflexões sobre os desafios éticos do uso de tal tecnologia.

Palavras-chave: inteligência artificial; processo judicial e fiscalização tributária; parâmetros éticos

INTRODUÇÃO

A revolução da tecnologia da informação, da biotecnologia e da inteligência artificial já começa a alterar os paradigmas que conhecemos. O festejado autor Yuval Noah Harari, na sua recente obra “21 Lições para o Século 21”, afirma:

No século XXI, o desafio apresentado ao ser humano pela tecnologia da informação e pela biotecnologia é indubitavelmente muito maior do que o desafio que representaram, em época anterior, os motores a vapor, as ferrovias e a eletricidade. [...] Com a evolução da Inteligência Artificial, talvez cheguemos a um ponto em que as finanças não farão sentido nenhum para os humanos. Dá para imaginar um governo que aguarda humildemente um algoritmo aprovar o seu orçamento ou sua reforma fiscal? Enquanto isso, redes peer-to-peer de blockchain e criptomoedas, como a bitcoin, poderão renovar completamente o sistema monetário.¹

Basta lembrar que a Netflix e a AppleTV vêm devastando o mercado de locadoras de vídeo; que o Spotify, Tunes e a AppleMusic estão prejudicando sobremaneira as rádios FM; que o Google acabou com as boas e velhas enciclopédias; que o Airbnb está concorrendo fortemente com os hotéis; que o Whatsapp está prejudicando substancialmente as operadoras de telefonia fixa e móvel; que os smartphones vêm eliminando as câmeras fotográficas e respectivas revelações em papel; que o Uber está revolucionando o sistema de transportes urbanos e rivalizando com os táxis; que sites como Mercado Livre eliminaram os tradicionais classificados de jornal; que o armazenamento de dados em nuvem praticamente acabou com a necessidade de pen drives; que os aplicativos bancários estão extinguindo agências físicas; que as criptomoedas colocam em xeque o sistema bancário tradicional; e que assistentes virtuais como SIRI (Apple), Google Assistant (Google) e Alexa (Amazon) têm nos tornado dependentes de suas facilidades.

¹ HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o Século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 25 e 40.

Mas, apesar de tudo, não podemos nos olvidar de que estes aplicativos e a própria inteligência artificial existem para nos servir e não ao revés. Caso contrário, viveremos em um mundo em que o Waze decidirá para onde devemos ir, o Facebook escolherá nossos amigos e o Tinder com quem casar.

Diante de tal panorama, o objetivo desse artigo é realizar uma breve discussão sobre os impactos da tecnologia de inteligência artificial (IA) no mundo do Direito, mas especificamente sobre o tema da cobrança dos créditos tributários, tanto na vertente do processo judicial como da fiscalização tributária. Serão apresentados exemplos práticos de como a inteligência artificial tem sido aplicada em matéria jurídica e fiscal no Brasil, bem como reflexões sobre os desafios éticos do uso de tal tecnologia.

1. A MASSIFICAÇÃO DO PROCESSO TRIBUTÁRIO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

Nos mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal brasileira de 1988, nem o Poder Judiciário, nem nosso sistema processual foram capazes de absorver o avassalador volume de demandas judiciais ajuizadas como consequência da ampliação do acesso ao Judiciário. O congestionamento e a morosidade excessiva têm sido considerados hoje como as grandes deficiências do aparelho judicial brasileiro.

Nada mais injusto que ter o seu direito violado e ver o seu processo judicial estagnado em um oceano de litígios, sem esperança de um célere desfecho. E a nefasta consequência disso é o desrespeito aos princípios constitucionais da duração razoável do processo, da efetividade da prestação jurisdicional, da igualdade e da eficiência.

Neste cenário de litigiosidade de massa, o Direito Tributário se destaca como um dos principais responsáveis pelo grande volume de processos, decorrência da sempre presente tensão entre o poder estatal de tributar, de um lado, e o exercício dos direitos do contribuinte, de outro.

A forte presença do Direito Tributário nos processos judiciais que tramitam nos tribunais brasileiros se revela claramente, uma vez que o assunto corresponde, no Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF - Corte Constitucional), a 25% das Súmulas Vinculantes² emitidas e a 20% das repercussões gerais³, e, no Superior Tribunal de Justiça brasileiro⁴, a quase 30% dos recursos repetitivos⁵ julgados.

Entre algumas razões para este fenômeno, destacamos a alta carga fiscal e a complexidade do nosso sistema tributário. Em decorrência disso, surge um grave problema na seara processual: o elevado número de medidas judiciais de defesa do contribuinte em face da Fazenda Pública, e também o excessivo número de execuções fiscais que tramitam hoje e que se caracterizam pela baixa probabilidade de pagamento do crédito tributário pelo executado.

O Relatório “Justiça em Números 2018”⁶, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), indica que os processos de execução fiscal, medida judicial de cobrança de dívidas tributárias e não tributárias, são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário.

2 “Súmulas são, portanto, o resumo do entendimento de um Tribunal sobre um assunto específico de determinada matéria de sua competência, sobre a qual foram aplicadas decisões em um mesmo sentido, que servem de referencial a todo o universo jurídico nacional. As súmulas vinculantes, por sua vez, podem ser compreendidas como ‘o enunciado judicial com força de lei’. Tais súmulas, portanto, vinculam a decisão dos juízes de instâncias inferiores ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, obrigando-os a seguirem o entendimento daquele, uma vez que estão dotadas de força de lei por expressa disposição constitucional.” (ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vitor Pimentel. *Jurisprudência tributária vinculante - teoria e precedentes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 100).

3 Atualmente, para que um recurso extraordinário versando sobre matéria constitucional seja analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral, isto é, a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os meros interesses subjetivos da causa. Reconhecida a repercussão geral da matéria, a decisão dada pelo Plenário do STF, em razão desta repercussão geral do assunto, terá efeitos vinculantes para os outros tribunais brasileiros na mesma matéria.

4 O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a mais alta Corte para interpretação do direito federal brasileiro.

5 A sistemática de recursos repetitivos é aquela em que o STJ, sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, pode julgar um único recurso representativo da controvérsia como paradigma para uniformização do direito federal. Assim, a decisão paradigma do STJ será aplicada a todos os processos com a mesma questão.

6 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

O percentual de execuções fiscais chega a quase 40% do total das ações que tramitam, sem incluir outras ações judiciais de natureza tributária, com um tempo médio de tramitação de 10 anos, sendo que apenas cerca de 1/3 das execuções fiscais são bem-sucedidas, deixando a maior parte – 2/3 delas – sem qualquer tipo de pagamento.

Isso nos mostra claramente que o maior cliente do Poder Judiciário brasileiro, individualmente considerado, é o próprio Estado, que busca cobrar sua dívida ativa por meio da execução fiscal, sobretudo aquela de natureza tributária.

E o que esse cenário nos revela?

Primeiro, que o Estado brasileiro terá que repensar sua forma de cobrar seus créditos. Isso não apenas contribuirá com a redução do abarrotamento do Judiciário, auxiliando-o a cumprir o mandamento constitucional de prestar jurisdição de maneira célere, mas também propiciará maior racionalidade, economicidade e eficiência na arrecadação.

Segundo, que os seres humanos – juízes, procuradores, advogados, auditores e demais atores na cena processual fiscal – não dão mais conta do elevado número de processos tributários (judiciais e administrativos) em tramitação.

Por isso, é inevitável dizer que não há outro caminho que não contemple a Inteligência Artificial como sendo, no futuro próximo, protagonista nas relações entre Fisco e Contribuinte. A presença de “robôs” na área jurídica, ou seja, ferramentas dotadas de inteligência artificial programadas a partir de algoritmos inteligentes, já começa a despontar.

Quando falamos em algoritmos inteligentes, não estamos nos referindo ao modelo computacional tradicional de inputs-outputs existente desde a Segunda Guerra com o trabalho de Alan Turing, mas sim àqueles sistemas que são capazes de simular o raciocínio humano, o aprendizado e a nossa tomada de decisões.

Antes, os computadores compilavam e processavam; hoje, eles treinam e aprendem com a própria experiência.

A tecnologia da informação de agora, que une a biotecnologia e a inteligência artificial através de tecnologias como a Machine Learning e Natural Language Processing, é capaz de ir além do mero processamento de dados, conseguindo, de maneira autônoma, se autoajustar para resolver problemas novos, dentro de cenários imprevisíveis, a partir da seleção e compreensão de dados a serem coletados no Big Data.⁷

Na área jurídico-fiscal, já podemos identificar algumas possibilidades da inteligência artificial em nossos dias:

1º) advogados-robôs que auxiliam o cidadão na defesa dos seus direitos, assim como colaboram com outros advogados em suas tarefas jurídicas;

2º) mediadores-robôs que colaboram na intermediação em conciliações;

3º) juízes-robôs capazes de identificar e sugerir ao magistrado a melhor decisão para o caso concreto, ou mesmo, substituí-lo no julgamento do processo;

4º) auditores-robôs com competência para auxiliar e realizar o controle e a fiscalização das contas públicas e dos créditos tributários.

Uma das grandes possibilidades da inteligência artificial se dará na tomada de decisão pelo juiz-humano com o auxílio do juiz-robô, acelerando o julgamento dos milhares de processos judiciais que abarrotam os nossos tribunais.

7 "Originally, the term 'big data' simply referred to the very large amounts of data being produced in the digital age. These huge amounts of data, both structured and unstructured, include all the Web data generated by emails, websites, and social networking sites. Approximately 80 per cent of the world's data is unstructured in the form of text, photos, and images, and so it is not amenable to the traditional methods of structured data analysis. 'Big data' is now used to refer not just to the total amount of data generated and stored electronically, but also to specific datasets that are large in both size and complexity, with which new algorithmic techniques are required in order to extract useful information from them." (HOLMES, Dawn. Big data: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2017. Electronic edition).

A assistência ao magistrado por um algoritmo inteligente se dará não apenas para ler as peças processuais e elaborar relatórios, mas também para identificar a legislação e a jurisprudência aplicáveis ao caso concreto, oferecendo, também, um mapeamento de tendências de resultados em casos similares.

Inequivocamente, a computação cognitiva também poderá colaborar nas milhares de cobranças de créditos tributários que o sistema judicial brasileiro possui. Será capaz não apenas de intermediar uma solução amigável antes do ajuizamento da ação, como também de localizar o devedor e seus bens (inclusive por suas manifestações em redes sociais ou vínculos com concessionárias de serviços públicos).

A partir dessas tarefas iniciais, a ferramenta de inteligência artificial poderá sugerir à Fazenda Pública a medida de cobrança mais adequada diante das circunstâncias fáticas identificadas – seja uma mera notificação de cobrança, o protesto administrativo ou mesmo o ajuizamento de ação.

É razoável imaginar que a própria ação de execução poderá ser elaborada e proposta por um sistema robotizado, movimentado por um fluxo automatizado de algoritmos, sendo interligado com Correios, Banco Central, Detran, Registro de Imóveis, Receita Federal e cadastros de restrição ao crédito como Serasa, permitindo a efetivação de medidas necessárias para a recuperação do crédito fiscal.

Nos casos de avaliação de pedidos de parcelamento de créditos tributários e acompanhamento de ocorrência de prescrição, típicos entraves em execuções fiscais, o juiz-robô poderá dar maior celeridade ao processo e à sua conclusão.

Ou seja, podemos em breve vir a ter uma execução fiscal cobrada por procuradores-robôs e julgada por juizes-robôs, diminuindo o imenso volume de processos que hoje tramitam no Poder Judiciário brasileiro (ainda que sob supervisão atenta de seres humanos).

Passamos agora a elencar alguns exemplos práticos do uso efetivo da inteligência artificial no Direito.

1) no Supremo Tribunal Federal, o robô de inteligência artificial se chama Victor, em homenagem ao Ministro do STF Victor Nunes Leal, responsável no passado pela sistematização das Súmulas do STF, as quais historicamente criaram uma maior facilidade de aplicação das teses fixadas por aquela Corte.

Este robô analisa as petições de recursos extraordinários que chegam ao STF com o objetivo de identificar se tratam de temas que já foram decididos pela Corte no âmbito da repercussão geral, para fins de aplicação da solução ao caso concreto, com a devolução do processo ao Tribunal de origem ou a rejeição do recurso extraordinário.

A ideia é que, nos próximos anos, o sistema Victor seja implantado nos Tribunais locais, de modo a evitar que recursos subam ao STF desnecessariamente, sendo aplicada localmente a decisão dada em repercussão geral.⁸

2) no Superior Tribunal de Justiça (STJ) está sendo desenvolvido um sistema de inteligência artificial chamado de Sócrates, com o objetivo de produzir um exame automatizado do recurso e do acórdão recorrido, apresentando a legislação aplicável, uma lista de casos similares já julgados pelo tribunal e uma sugestão de decisão para facilitar a tomada de decisão pelo relator do processo.⁹

3) por meio da Portaria nº 25, de 19/02/2019, o Conselho Nacional de Justiça decidiu criar um laboratório de inovações tecnológicas e um centro de inteligência artificial.¹⁰

4) experiência recente implementada pela 12ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro usa a inteligência artificial para acionar o sistema de bloqueio de bens de devedores de tributos municipais.

8 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>>. Acesso em: 04/11/2020.

9 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opinio/artigo-inteligencia-artificial-no-judiciario-23577409>>. Acesso em: 04/11/2020.

10 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2829>>. Acesso em: 04/11/2020.

Enquanto que, pela forma tradicional, um servidor de vara judicial leva em média 30 minutos para acionar os sistemas BACENJUD (sistema eletrônico de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras), RENAJUD (canal de comunicação com o Detran para cumprir as ordens judiciais de restrição de veículos) e o INFOJUD (sistema que permite ao Judiciário acessar o cadastro de contribuintes na Receita Federal), a ferramenta de inteligência artificial implementou de uma só vez 6.600 ordens de bloqueios em execuções fiscais, obtendo a penhora integral em 1.512 processos e a penhora parcial em 1.157 processos.¹¹

5) outra iniciativa no Poder Judiciário vem do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o seu robô chamado Radar, ferramenta que tem a capacidade de identificar recursos com eficácia vinculante por tribunais superiores, ou mesmo questões já pacificadas no âmbito do TJ-MG, para fins de elaboração de proposta de decisão ou voto.¹²

6) por sua vez, o Tribunal de Justiça de Pernambuco desenvolveu um sistema de inteligência artificial batizado de ELIS, voltado aos processos executivos fiscais em Recife.

Em um projeto-piloto realizado em novembro de 2018, o sistema ELIS, em apenas 3 dias, avaliou 5.247 processos, e identificou que 4.447 poderiam continuar tramitando, 640 estavam prescritos, 160 continham erro no cadastro da dívida ativa, 16 foram distribuídos equivocadamente em razão da competência e 14 tinham dados divergentes.

Em 15 dias, o sistema ELIS é capaz de realizar a triagem de 80 mil processos, enquanto esta mesma quantidade de processos levaria em média 18 meses para ser feita por servidores do tribunal.¹³

11 Notícia disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753>>. Acesso em: 04/11/2020.

12 Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-realiza-primeiro-julgamento-virtual-de-recursos.htm#.XHb9_1F96Uk>; <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XHbzN1F96Uk>> Acesso em: 04/11/2020.

13 Disponível em: <<https://jc.ne10.uol.com.br/canal/politica/pernambuco/noticia/2018/11/20/tjpe-usara-inteligencia-artificial-para-agilizar-processos-de-execucao-fiscal-no-recife-362608.php>>. Acesso em: 04/11/2020.

7) o TCU possui a ALICE - acrônimo de Análise de Licitações e Editais. Trata-se de uma ferramenta automatizada que analisa editais de licitações e atas de pregão eletrônico, com objetivo preventivo de evitar possíveis irregularidades, a partir dos dados extraídos do Comprasnet, Portal de Compras do Governo Federal. Identificando algum caso suspeito, o robô envia e-mail para a secretaria responsável pela fiscalização com o alerta respectivo.

Mas a Alice não trabalha sozinha no TCU, tendo como parceiras a Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Índícios para o Auditor) e a Monica (Monitoramento Integrado de Controle de Aquisições).¹⁴

8) a Secretaria da Receita Federal do Brasil iniciou recentemente o uso de inteligência artificial para analisar processos administrativos tributários em primeira instância. Só em 2017 eram mais de 250 mil processos aguardando decisão nas delegacias especializadas da Receita Federal, cujos valores ultrapassavam os 100 bilhões de reais.

O robô da Receita se propõe a realizar a leitura dos autos administrativos, a identificação da defesa do contribuinte e, ao final, redigir um relatório acompanhado de uma proposta de minuta de decisão para o auditor fiscal.¹⁵

9) para fins de fiscalização de pessoa física viajante, noticia-se que a Receita Federal possui um sistema de inteligência artificial capaz de:

- i) identificar a relação de passageiros que aterrissam por voo;
- ii) comparar o peso da bagagem de cada um na ida com o peso de suas malas na volta;
- iii) e realizar o cruzamento de dados com os gastos de seu cartão de crédito e aquisição de papel moeda nas suas operações de câmbio.

¹⁴ Mais informações sobre ALICE podem ser conferidas em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>>. Acesso em: 04/11/2020.

¹⁵ Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5473359/receita-federal-usa-robos-para-elevar-arrecadacao>>. Acesso em: 04/11/2020.

Tudo isso auxiliado por um sistema de reconhecimento facial instalado no desembarque de aeroportos brasileiros.

Apresentados esses exemplos específicos nacionais, passemos agora a algumas breves reflexões sobre certos desafios éticos que se afiguram, cujas respostas ainda estão por serem construídas.

2. OS DESAFIOS ÉTICOS

A eficiência e a capacidade de realizar as tarefas que a inteligência artificial nos oferece precisa ser dotada de critérios sólidos e transparentes de justiça na tomada de decisões, sobretudo diante de dilemas morais ou dos chamados *hard cases*, que suscitam conflitos de normas e princípios em que a filosofia jurídica é um ferramental importante para aquele que decide.

No processo decisório, não será suficiente dotarmos os algoritmos da capacidade de acessar e processar todo o cabedal legislativo e jurisprudencial, e também conhecer os valores e princípios jurídicos constitucionalmente previstos.

Mais do que isso, será necessário capacitar os robôs para realizar raciocínios de ponderação e razoabilidade – tipicamente humanos – quando se depararem com um conflito normativo em um caso concreto.

A solução para as situações em que haja um conflito de regras é simples e prevista em nosso ordenamento por critérios como o cronológico, hierárquico ou da especialidade. Mas, para solucionar um caso que comporte um conflito entre princípios, deverão os algoritmos ser capazes de realizar a ponderação entre eles, isto é, à luz dos fatos concretos, será necessário impor “compressões” recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando encontrar um ponto ideal, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.

Assim, a solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema, não estando em jogo grandezas quantitativamente mensuráveis. Por isso, a ponderação de bens não pode ser controlada exclusivamente mediante o uso de critérios de lógica formal, uma vez que impera no caso a denominada “lógica do razoável”.

A razoabilidade permite a verificação da adequação dos meios empregados e dos fins pretendidos, a partir do conhecido teste do balanceamento. Neste caso, a inteligência artificial deverá verificar:

- i) se há relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado;
- ii) se a medida adotada é exigível ou necessária, ou se há meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; e,
- iii) se o que se ganha com a medida é de maior relevo do que aquilo que se perde.

Além disso, não se pode esquecer a importância da neutralidade, da transparência e da auditabilidade dos códigos-fonte do algoritmo, uma vez que são requisitos para garantir e controlar a legitimidade e o bom funcionamento dos algoritmos. Aqui estamos diante da chamada “moralidade algorítmica”, que deverá parametrizar os desenvolvedores da inteligência artificial.

Não se pode deixar de ressaltar a necessidade de que não possuam em suas operações lógicas e escolhas, ideologias ou preconceitos inadequados que decorrem da visão de mundo do programador do algoritmo (os chamados vieses cognitivos ou, em inglês, cognitive biases). Daí a necessidade da abertura dos seus códigos-fontes. Caso contrário, como um réu poderá se defender em uma decisão tomada por um juiz-robô, sem que tenha acesso ao seu *modus decidendi*? A opacidade nestas operações pode ser equiparada à violação ao *due process of law*.¹⁶

16 “Dessa forma, imprescindível que se reconheça a existência dos vieses algorítmicos, porquanto as máquinas muitas vezes se comportam de modo a refletir os valores humanos implícitos envolvidos na programação. Ao somar tal fator à opacidade dos algoritmos - indecifráveis para a maior parte da população -, verificam-se os riscos que tais mecanismos acarretam para o devido

Ademais, deve haver a reflexão sobre outro risco: certos dados não devem ser coletados do Big Data para servirem de base para análise algorítmica em algumas situações¹⁷, pois “a qualidade dos dados fornecidos aos sistemas de inteligência artificial também impactará os resultados, pois os dados são coletados da sociedade que é permeada por desigualdades, exclusões e discriminações.”¹⁸ Por exemplo, critérios étnicos não devem ser usados para a seleção de concessão de crédito, devendo ser criado um comando para que sequer haja coleta automática de dados dessa natureza para posterior análise com fins que não guardam nenhuma adequação com a etnia da pessoa.¹⁹

E, em casos em que os vieses dos algoritmos não ficam claros, existe um outro risco associado: por ser o trabalho de uma máquina, pode-se tender a crer que o resultado seria mais preciso e objetivo que aquele realizado por uma mente humana. Contudo, se o próprio robô estiver programado para reproduzir um determinado padrão de injustiça ou discriminação, o que se terá, na verdade, sob o manto e pretexto de uma “neutralidade científica”, será a perpetuação desta situação não ideal de coisas.

processo constitucional, por impossibilitar o exercício da garantia do contraditório e da ampla defesa, violando, também, o acesso à Justiça.” (NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Revista de Processo, vol. 285, nov. 2018).

17 “While big-data technology offers the ability to connect information and innovate new products and services for both profit and the greater social good, it is, like all technology, ethically neutral. That means it does not come with a built-in perspective on what is right or wrong or what is good or bad in using it. Big-data technology has no value framework. Individuals and corporations, however, do have value systems, and it is only by asking and seeking answers to ethical questions that we can ensure big data is used in a way that aligns with those values.” (DAVIS, Kord; PATTERSON, Doug. Ethics of Big Data. Sebastopol: O’Reilly, 2012. p. 8).

18 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. op. cit.

19 “Também é possível verificar vieses algorítmicos no sistema de concessão de crédito europeu e norte-americano, na medida em que diversas companhias utilizam modelos de IA para análise do risco do empréstimo. Muitos desses modelos utilizam até mesmo dados das redes sociais do solicitante para o cálculo do credit score, baseando-se, assim, nas conexões sociais do indivíduo. Dessa forma, o resultado vincula-se diretamente ao grupo social no qual o solicitante está inserido. Corroborando tal fato, um relatório de 2007, apresentado pela Federal Reserve ao Congresso dos Estados Unidos, apontou que negros e hispânicos têm um credit score significativamente inferior ao de brancos e asiáticos.” (Ibidem)

Por fim, outra reflexão que deve ser feita: com o processo automático de aprendizado dos robôs, nem sempre é possível saber de antemão qual será o caminho a ser por eles trilhados a partir da programação original. Partindo da construção original do programador, as novas conexões criadas pela própria inteligência artificial não são plenamente previsíveis, colocando-se a mesma discussão que, em filosofia, sempre foi atribuída ao tema da liberdade. E, assim como a liberdade humana, esta poderia se prestar a um mau uso ou uso lesivo.

Não à toa, o Parlamento Europeu, por sua Comissão de Assuntos Jurídicos, elaborou um relatório²⁰ sobre robótica e as preocupações éticas que ela suscita na área do Direito. Este relatório propõe um código de conduta para os engenheiros de robótica e um código para os comitês de ética em investigação quando analisam protocolos de robótica e licenças de modelos para criadores e utilizadores.

Na vertente dos programadores (engenheiros de robótica), o código diz que devem ser respeitados os seguintes princípios: 1. beneficência: os robôs criados devem atuar para promover interesses dos seres humanos; 2. não-maleficência: os robôs não podem causar danos a um ser humano; 3. autonomia: capacidade de tomar decisão informada e não coagida sobre as condições de interação com robôs; 4. justiça: distribuição equitativa dos benefícios da robótica, sobretudo o acesso a robôs de cuidados domésticos e de cuidados de saúde.

Além disso, as atividades de investigação robótica devem também se pautar pelos seguintes princípios: respeitar os direitos fundamentais; serem conduzidas de acordo com o princípio da precaução; garantia da transparência e respeito pelo legítimo direito de acesso às informações por todas as partes interessadas; responsabilização pelos impactos sociais, ambientais e para a saúde humana que a robótica possa ter nas gerações presentes ou futuras; respeitar o bem-estar físico, a segurança, a saúde e os direitos das pessoas; a reversibilidade, indicando ao robô quais as ações que são reversíveis e

20 PARLAMENTO EUROPEU. Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. Comissão dos Assuntos Jurídicos. Relatora: Mady Delvaux. 27/01/2017. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.pdf?redirect>. Acesso em: 04/11/2020.

como as reverter, caso seja possível; respeito ao direito à privacidade, de modo que as informações privadas sejam mantidas em segurança e utilizadas apenas de forma adequada; a maximização do benefício e a minimização do dano.

Voltando para a seara fiscal, é importante lembrar de que a eticidade dos atos da Administração Tributária é objeto constante de apreciação, sobretudo no que se refere à aplicação da boa-fé objetiva e do princípio da confiança legítima, buscando-se preservar a segurança jurídica em matéria tributária. Se o desafio que enfrentamos hoje é o da convivência com tantos sistemas de inteligência artificial no nosso dia a dia, certamente o desafio de amanhã será, para o direito tributário, buscar a certeza de que a inteligência artificial saiba respeitar, republicaneamente, os direitos fundamentais dos contribuintes.

CONCLUSÕES

Ao longo deste artigo, verificamos que a tecnologia da informação inundou nossas vidas quotidianas, alterando o modo como interagimos com a realidade que nos circunda. Uma de suas aplicações específicas ocorre no âmbito do Direito, em que as máquinas inteligentes conseguem auxiliar sobremaneira no cotidiano dos profissionais jurídicos, por meios cada vez mais complexos e sofisticados, como diversas vezes exemplificado ao longo do texto.

Também fizemos um breve diagnóstico daquele que é o maior gargalo do Poder Judiciário brasileiro: a cobrança dos créditos tributários por meio da ação de execução fiscal, indicando como a inteligência artificial pode auxiliar no futuro a sanar o problema.

Além disso, apresentamos, a modo inicial de reflexão – sem qualquer pretensão de oferecer respostas prontas e acabadas – algumas questões éticas colocadas pelo desenvolvimento destas novas tecnologias, tais como as questões da necessidade de replicação do pensamento humano baseado na ponderação de princípios, dos vieses cognitivos e suas possibilidades de perpetuação de injustiças, o tema da liberdade das máquinas learners e, por fim, a profunda preocu-

pação de regulamentação desse campo, ilustrada por relatório com diretrizes éticas (códigos de conduta) da Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu.

Como consideração final, recordemos o relato bíblico da Torre de Babel, em que os povos queriam construir uma torre tão alta que chegasse até o céu, representação não apenas da morada de Deus, Autor da Criação, mas do desejo do homem de a Ele se igualar. Hoje, vivemos um novíssimo dilema, posto entre um novo criador e uma nova criatura: podem as máquinas se igualar ao ser humano seu artífice? Ainda não o sabemos. Somente o tempo poderá nos responder quais serão os rumos deste “admirável mundo novo”.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vítor Pimentel. Jurisprudência tributária vinculante – teoria e precedentes. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

DAVIS, Kord; PATTERSON, Doug. Ethics of Big Data. Sebastopol: O'Reilly, 2012.

HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o Século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 25 e 40.

HOLMES, Dawn. Big data: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2017. Electronic edition.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Revista de Processo, vol. 285, nov. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. Comissão dos Assuntos Jurídicos. Relatora: Mady Delvaux. 27/01/2017. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.pdf?redirect>. Acesso em: 04/11/2020.



NUNO VILLA-LOBOS

Presidente do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Mestre em ciência política pelo Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE) e graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

NUNO VILLA-LOBOS

Este artigo tem como pano de fundo o panorama exigente, e também urgente, do passivo tributário no Brasil. Cenário de crise que, inevitavelmente, eleva a Reforma Tributária à condição de prioridade política.

Para se compreender bem a dimensão do fenómeno, bastará afirmar que, ao ritmo atual, seriam necessárias várias décadas só para resolver o estoque avassalador de processos fiscais parados na Justiça brasileira, sendo que, somadas as fases administrativa e judicial, o tempo médio de cada decisão ronda os 20 anos.

Esse estoque acumulado tem consequências devastadoras para a União, com uma taxa de recuperação de dívida ativa inferior a 1%.

Por conseguinte, torna-se imperioso para o Estado e para a própria economia acelerar o julgamento e a cobrança desses processos tributários. Para o Estado, essa situação estrangula a capacidade de arrecadação de receita tributária, o que impede o aumento do investimento em serviços públicos essenciais, como a saúde, a educação, a segurança e a própria justiça. No que tange à economia, o acesso à justiça é perspetivado, cada vez mais, como um espelho do desenvolvimento de cada país, representando um eixo estruturante da competitividade da economia e da atração do investimento estrangeiro. Essa dimensão económica inerente a uma boa administração da justiça é evidenciada, todos os anos, pelo Banco Mundial nos seus relatórios anuais Doing Business, que avaliam o ambiente regulatório que cada Estado oferece em matéria de negócios. Um dos pa-

râmetros centrais dessa análise do Banco Mundial, e que é hoje lida com atenção por muitos governos e investidores, é precisamente o da eficiência do sistema judicial. Neste contexto, parece ser prioritário melhorar a posição do do Brasil nesse ranking de competitividade, no qual surge atualmente classificado na posição nº 119.

Não obstante a importância da Justiça, quer nesta dimensão econômica, quer na visão mais ampla do Estado de Direito, na generalidade dos Estados, são de todos conhecidas as dificuldades neste domínio, seja pela lentidão apontada ao sistema judicial, seja pelos custos exagerados, a carência de meios, a falta de especialização – problemas que de alguma forma colocam a Justiça em contraciclo com as exigências atuais das sociedades globalizadas. Apesar disso, é justo reconhecer aqui um paradoxo: a litigância e a conflitualidade são características simultaneamente positivas e negativas nas sociedades modernas. Começam por ser positivas porque as pessoas se defendem do que consideram errado e injusto, e têm consciência dos seus direitos, mas, a certa altura, tornam-se negativas, pois o sistema colapsa, deixando de ter capacidade de resposta.

Perante essa tempestade perfeita, formada por milhões de processos em marcha lenta que ameaçam os recursos do Estado, a cidadania e a vida em comunidade, a interrogação que se coloca é a seguinte: em que medida pode a arbitragem tributária contribuir para ajudar a mudar esse estado de coisas? Ou, noutra formulação, em que medida pode o exemplo português existente desde 2011 ser agora uma fonte de inspiração para a Reforma Tributária brasileira?

Em Portugal, com uma escala proporcional à dimensão do país, também se verificou uma tempestade perfeita, cujos primeiros efeitos remontam ao início deste século. No entanto, entre 2003 e 2010, o problema esteve confinado à comunidade judiciária, perspetivando-se a celeridade como um fator impulsionador da atividade judiciária, no contexto constitucional da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva para cidadãos e empresas, o que pressupõe uma decisão em prazo razoável. Dito de outra forma: não há justiça se ela não acontece em tempo útil.

Contudo, a entrada em força do problema na agenda política acontece apenas em 2011: o programa de ajuda financeira externa ao Estado português, provocado pela situação-limite das finanças públicas nacionais, introduziu um fator disruptivo na perceção pública do problema da Justiça Tributária.

○ enfoque deslocou-se, então, do plano das garantias dos contribuintes – sem dúvida importante – para uma nova dimensão.

○ Estado estava em pré-falência; as famílias e as empresas portuguesas, em grandes dificuldades.

A Justiça Tributária não podia continuar sentada em cima de milhões de euros que eram fundamentais para o país funcionar e andar para a frente. A Justiça Tributária ficou, de repente, em foco devido à prioridade atribuída ao valor dos processos pendentes, o qual ascendia aos sete mil milhões de euros, ou seja, cerca de 5% do valor do PIB português.

Na altura, um valor próximo ao que se gastava em saúde pública ao longo de um ano inteiro.

Assim, o Memorando assinado com a célebre troika de credores internacionais previu medidas para o setor da Justiça Tributária sob a (nova) ótica do objetivo de arrecadação dos montantes a aguardar por resolução judicial e da melhoria da fotografia estatística dos processos pendentes, aspectos não negligenciáveis.

Apesar de, em Portugal, o contexto financeiro ter sido o fator impulsionador da criação da arbitragem tributária, a sua implementação foi minuciosa e cuidadosa em vários níveis:

- No debate académico, fundamental para a arbitrabilidade objetiva do crédito tributário;
- No paradigma arbitral – só a legalidade do ato de liquidação de impostos (lançamento) é objeto da arbitragem, não se aplicando a cobranças na fase judicial, intervindo no âmbito, portanto, de obrigações ex lege, com aplicação estrita do direito constituído, com proibição expressa do recurso à equidade;

- Na escolha da instituição arbitral;
- Nos requisitos, garantias de transparência e de seleção e de designação dos árbitros;
- Na moderação dos custos envolvidos;
- Na transparência e na publicidade dos arestos arbitrais;
- Na notificação das decisões arbitrais ao Ministério Público.

Resumindo: o problema, apesar de urgente, foi tratado com toda a minúcia e sabedoria. Qual o balanço ao seu funcionamento efetivo?

A introdução da arbitragem fiscal em Portugal visou contribuir para a redução do estoque de processos nos tribunais tributários e para imprimir celeridade à resolução de conflitos tributários.

Mas oito anos após a data da sua implementação verifica-se que esse estoque permanece essencialmente na mesma.

Seriam necessários três anos ininterruptos só para resolver todos esses 50 mil processos.

Para o balanço do impacto da arbitragem, importa distinguir duas realidades: a que está para trás, ou seja, o estoque de processos que já existia nos tribunais quando a arbitragem apareceu em 2011, e a dos novos processos.

Em relação aos processos antigos, o problema em Portugal permanece real; por isso mesmo, o legislador português aprovou, muito recentemente, um conjunto de medidas extraordinárias, visando reduzir, o mais depressa possível, esse estoque de processos.

Uma dessas medidas para a recuperação das pendências foi justamente - a par da criação de equipas de juízes para a recuperação de processos atrasados entrados até o ano de 2012 - a possibilidade

de os contribuintes poderem transitar para o CAAD os processos que tiverem dado entrada nos tribunais do Estado até o ano de 2016 e que ainda não tenham tido decisão.

Essa possibilidade esteve aberta até o final de 2019 e representou o reconhecimento político da utilidade e do valor da arbitragem tributária portuguesa.

Ora, esse reconhecimento da utilidade e do valor da arbitragem tributária portuguesa visa a tão somente transpor, para o âmbito do estoque de processos, os méritos e as vantagens que a arbitragem vem já provando com assinalável sucesso em relação aos novos processos entrados anualmente.

Pois, efetivamente, em relação aos novos processos e no âmbito da competência material concorrencial entre os tribunais do Estado e o CAAD, assiste-se a uma tendência crescente no sentido de a arbitragem tributária absorver ou captar um percentual cada vez maior de processos, representando, no último ano, já cerca de 25% dos novos processos entrados.

Esse número excede as melhores expectativas e representa uma vantagem para os cidadãos, para o Estado e a jusante para o funcionamento dos tribunais do Estado.

É uma vantagem para os cidadãos porque dispõem de uma alternativa célere, credível e especializada, com um custo idêntico ao dos tribunais do Estado para a parte vencida, sendo a parte vencedora reembolsada do montante despendido.

No que tange ao Estado, ou seja, para todos nós, é pelo montante astronómico de juros indemnizatórios que assim se podem anualmente poupar ao erário público, em razão da celeridade da decisão.

Os próprios tribunais do Estado também acabam por se beneficiar da arbitragem, na medida em que cada novo processo entrado no CAAD representa menos um nos tribunais tributários, num total já superior aos 5.100 processos, dos quais cerca de 4.300 já se encontram concluídos, num prazo médio de decisão de quatro meses e meio.

Ainda a nível quantitativo, o impacto da arbitragem é cada vez maior, tendo em conta a trajetória de crescimento verificada em todos os anos no que diz respeito ao valor económico em disputa, tendo havido, no último ano, um aumento de 12% em relação a 2018. Os dados já disponíveis do CAAD de 2019 confirmam essa tendência de crescimento, quer quanto ao número de processos entrados, quer quanto ao valor económico envolvido.

Gráfico 1 - ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA (DISTRIBUIÇÃO DOS PEDIDOS POR INTERVALO DE VALOR)

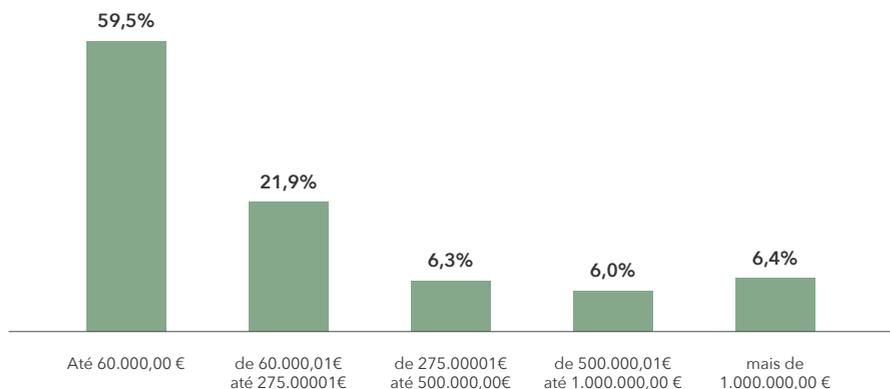


Tabela 1 - ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO) VALOR DA CAUSA/AÇÃO 30.000,01 €

	TAXA DE JUSTIÇA/ ARBITRAGEM	VALOR A PAGAR PELA PARTE VENCIDA	
TRIBUNAIS DO ESTADO	612,00 €	1.836,00 €	CORRESPONDE A 3X A TAXA DE JUSTIÇA (INCLUINDO CUSTAS DE PARTE)
CAAD	150,00 €	150,00 €	8,17% DAS CUSTAS NO CAAD EM RELAÇÃO AS CUSTAS NOS TRIBUNAIS DO ESTADO

Tabela 2 – ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA (VALOR DA CAUSA/AÇÃO 60.000,00 €)

	TAXA DE JUSTIÇA/ ARBITRAGEM	VALOR A PAGAR PELA PARTE VENCIDA	
TRIBUNAIS DO ESTADO	714,00 €	2.142,00 €	CORRESPONDE A 3X A TAXA DE JUSTIÇA (INCLUINDO CUSTAS DE PARTE)
CAAD	2.142,00 €	2.142,00 €	

Tabela 3 – ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA (CONTA CORRETE 2019)

	NÚMERO		VALOR	
PROCESSOS FINDOS	626		288.739.045,01 €	
	SP		AT	
VALOR ECONÔMICO	51,8%	149.549.100,48 €	48,2%	139.189.944,53 €

Tabela 4 – ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (DECISÕES COM RECURSO)

TOTAL DE DECISÕES ARBITRAIS	550	
DECISÕES COM RECURSO	62	11,3%

Gráfico 2 – ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (SENTIDO DAS DECISÕES DE RECURSO)

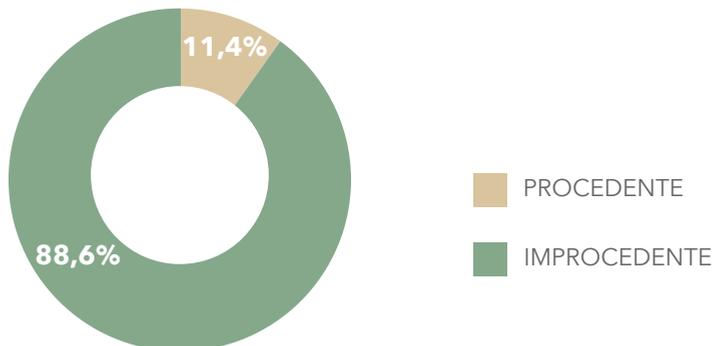
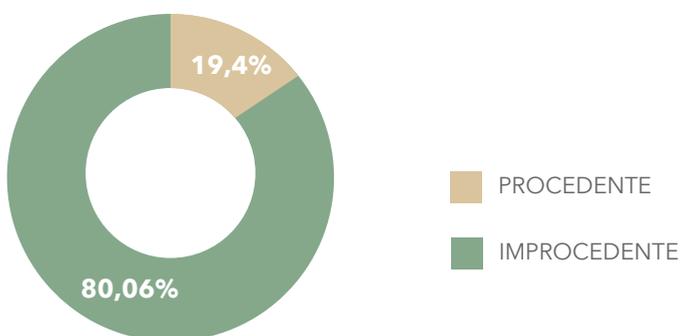


Tabela 5 - ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA (DECISÕES COM RECURSO)

TOTAL DE DECISÕES ARBITRAIS	4.312	
DECISÕES COM RECURSO	537	12,5%

Gráfico 3 - ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA (SENTIDO DAS DECISÕES DE RECURSO E IMPUGNAÇÕES TC, STA E TCA SUL)



E será que o reconhecimento das vantagens da arbitragem implica um desinvestimento nos tribunais do Estado? Nada mais errado.

O CAAD foi o primeiro Centro de Arbitragem apoiado pelo Ministério da Justiça a prescindir de financiamento público, e a arbitragem tributária permite ao Estado poupar anualmente uma fortuna em juros indemnizatórios, pagando de custas exatamente o mesmo que nos tribunais tributários.

Por último, a propalada privatização da resolução de litígios fiscais representará a falência do sistema? Novamente, nada mais errado; vejamos o porquê.

O Conselho Deontológico é público, órgão responsável pela designação dos árbitros. O Conselho de Representantes é público, sendo composto pela Direção Geral de Política da Justiça do

Ministério da Justiça. O acesso à lista de árbitros é público. Tal como são públicas as decisões. Bom, só uma coisa não é pública: o financiamento, e ainda bem.

Aliás, o CAAD até tem vindo a internalizar o custo dos processos entrados com apoio judiciário. Para futuro, a questão que se coloca em Portugal é a seguinte: se os tribunais do Estado recuperarem o atraso com esse novo plano extraordinário em curso e passarem a oferecer uma resposta rápida, será que o CAAD não deixará de ter razão de ser?

O CAAD nasceu como resposta a um contexto específico - a morosidade dos tribunais, os milhares de processos em marcha lenta, os juízes sem mãos a medir, os juízes confrontados com um trabalho impossível: reduzir essa montanha de processos que ameaça a cidadania e a nossa vida em comunidade.

Contudo, sendo esse o contexto específico que justificou a criação do CAAD, o nosso papel pode assumir no futuro, na verdade, outro alcance igualmente útil.

Não estamos amarrados a esse contexto histórico concreto. Se, por qualquer razão, o trabalho que fazemos hoje deixasse porventura de ser necessário, o que seria realmente uma magnífica notícia para todos, então o nosso caminho seria outro, igualmente complementar e útil: o caminho dos tribunais arbitrais setoriais especializados em determinados temas.

Temos pensado seriamente neste assunto. O grau de exigência de determinados processos exige cada vez mais um conhecimento aprofundado dessa área. Do mesmo modo que um piloto precisa de muitas horas de voo ou um cirurgião, de muitas horas de bloco operativo a fazer aquela cirurgia específica, pois só assim se tornam realmente fiáveis, também alguns processos ganham muito em serem julgados por alguém que conheça, em detalhe, o sector em causa e tenha essa experiência, digamos, quotidiana. Ora, isso pode exigir mais especialização.

A justiça arbitral, no contexto do CAAD, é uma resposta possível a esse desafio das economias modernas.

Os países também se tornam mais ou menos competitivos por terem a capacidade de oferecer uma justiça mais adaptada a certas circunstâncias.

No Brasil, o tema da arbitragem tributária está a fazer o seu caminho na velocidade certa, gerando um crescente interesse no meio acadêmico.



MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES

Doutor pela Université Toulouse 1 Capitole (UT Capitole). Professor visitante da Université Paris 2 Panthéon-Assas (U-Paris2), Max Schmidheiny professor da Saint Gallen University (Suíça), professor visitante (Fundação Getulio Vargas – FGV) na Harvard Law School e professor coordenador do Núcleo de Direito de Empresa e Arbitragem da Escola de Direito/Rio da FGV. É membro fundador da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC) e vice-presidente da Comissão de Arbitragem da OAB Federal. Atua como árbitro, parecerista e advogado. Foi promotor de justiça de massas falidas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ).

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES

ARBITRAGEM E INSOLVÊNCIA¹

INTRODUÇÃO

Ao nos referirmos à arbitragem, instituto hoje já consagrado no universo jurídico brasileiro, é possível mencionar alguns números brasileiros. O Brasil oferece boa celeridade jurídica nos processos arbitrais, o que já é reconhecido internacionalmente. O prazo de duração médio é de um ano e nove meses, sendo certo que o valor médio das disputas é de R\$ 75 milhões.

A arbitragem no Brasil é comumente utilizada por grandes players empresariais, agentes econômicos que se encontram envolvidos, por vezes, em questões jurídicas de grande complexidade e com altos valores, demandando soluções realmente eficazes, céleres e dotadas de elevado grau de tecnicidade. O assunto adquire especial relevância na medida em que as controvérsias de cunho empresarial representam a maior parte das questões levadas à arbitragem².

¹ Palestra proferida no VII Fórum Jurídico de Lisboa, entre 22 e 24 de abril de 2019, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Fundação Getúlio Vargas.

² De acordo com estudo conduzido pela professora Selma Lemes, em 2017, essas questões representaram o percentual de 42,58% dos casos submetidos à CAM-CCBC. Na CAM-BOVESPA, as questões societárias estavam presentes em 89,47% dos casos, e na CAM-CIESP/FIESP, os contratos empresariais foram discutidos em 57,14% das arbitragens instauradas naquele ano. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em 2 de janeiro de 2020.

Assim, na escolha do tema para o presente painel, resolvi enfrentar um ponto de extrema relevância, com reflexo nacional e internacional, que é a correlação entre a arbitragem e a insolvência. Para tanto, desenvolverei a explanação com foco na arbitragem e insolvência nacional e, posteriormente, a sua correlação no plano internacional.

Conforme a previsão da lei 9.307/96, para ser instaurada, a arbitragem depende de consentimento expresso de partes capazes. A voluntariedade expressa à submissão ao procedimento arbitral é, neste sentido, condição sine qua non à instauração do procedimento e a capacidade de ser parte em uma arbitragem é o que se denomina arbitrabilidade subjetiva. Relativamente à inserção e validade de uma cláusula arbitral em casos de insolvência, que é o assunto em voga não só no Brasil como no mundo, a seguinte questão se coloca: a cláusula arbitral produzirá efeitos em caso de insolvência de uma das partes? No curso da insolvência, pode ser convencionada a arbitragem?

Diversos aspectos envolvidos nos procedimentos de insolvência, de um lado, e da arbitragem, de outro, levantam questionamentos quanto a um eventual conflito entre as normas de insolvência e aquelas dispostas na lei de arbitragem.

Notadamente quanto à arbitrabilidade subjetiva, as limitações de capacidade pelas quais passam os empresários em crise suscitam, por vezes, a dúvida sobre a possibilidade de submissão de eventuais conflitos nos quais estejam envolvidos à resolução pelas vias arbitrais. Neste sentido, a arbitrabilidade subjetiva dos devedores é posta em discussão. De outro modo, indaga-se: pode-se ou não levar as questões envolvidas na insolvência à resolução pela arbitragem?

1. INSOLVÊNCIA

O sistema de insolvência empresarial prioriza a preservação da empresa, sempre que possível, conforme se depreende do art. 47 da lei 11.101/2005. O princípio da preservação da empresa conduz à tentativa de continuidade das atividades empresariais e ao consequente soerguimento do empresário, por meio da recuperação judicial, visando a aprovação de um plano de reestruturação pelos credores. Em outros casos, todavia, verifica-se que a superação da crise econômico-financeira é realmente inviável, demandando, portanto, para a estabilidade do ambiente econômico, a eliminação do empresário do mercado, por meio da decretação de sua falência, com a liquidação forçada de seu patrimônio e consequente pagamento dos credores, na maior medida em que se faça possível. Assim, evita-se a propagação dos danos causados à coletividade como decorrência da quebra da confiança no crédito.

A) Falência

Na falência, um dos principais efeitos da sentença que a decreta é o afastamento do devedor da administração de seus bens, como determina o art. 103³ da lei 11.101/2005. A partir de então, o Administrador Judicial torna-se responsável não apenas pela administração do patrimônio da massa falida, mas também por representá-la em juízo, como determinam os arts. 22, III, "n" ⁴ e 76, parágrafo único, do referido diploma⁵.

Além disso, forma-se o denominado juízo universal da falência, uma vez que o juízo perante o qual se desenvolve o processo falimentar passa a ser competente para processar e julgar todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, como dita o art. 76 da lei

³ Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

⁴ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: (...) III - na falência: (...) n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;

⁵ Art. 76. (...) Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

11.101/2005. Por esta razão, o art. 6º do referido diploma determina a suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor, excetuando dessa regra, contudo, as ações em que se demanda quantia ilíquida, as quais deverão ter prosseguimento no juízo em que são processadas (art. 6º, §1º).

A perda de capacidade decorrente da decretação da falência leva ao questionamento sobre a arbitrabilidade subjetiva do devedor: seria possível, após a falência do devedor insolvente, dar início a uma arbitragem fundada em compromisso arbitral firmado anteriormente à falência, considerando o disposto no art. 1º da lei 9.307/96? Mais que isso, seria possível dar continuidade a uma arbitragem já iniciada, considerando o disposto no art. 6º da lei 11.101/2005 e a formação do juízo universal da falência?

A resposta para ambas as perguntas é positiva.

O artigo 117⁶ da lei determina que, via de regra, os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, e permite que o Administrador Judicial avalie a possibilidade de cumprimento daqueles que ainda estiverem em curso, de forma que o princípio da maximização do ativo do devedor seja observado e o Comitê de Credores seja ouvido. Esta regra, entretanto, não se aplica à convenção de arbitragem, eis que é considerada autônoma com relação ao contrato em que está inserida, como determina o art. 8º da lei 9.307/96⁷.

Desta forma, por se tratar de cláusula autônoma com relação ao contrato em que está inserida, consubstanciando um ato jurídico perfeito e acabado, o Administrador Judicial não pode recusar o seu cumprimento e sequer precisa de autorização judicial ou do Comitê de Credores para dar início a um novo procedimento arbitral ou dar continuidade a um já iniciado. Há, no Brasil, um importante enunciado da segunda jornada de direito comercial, realizada pelo Conselho

6 Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

7 Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

da Justiça Federal, que deixa claro que a convenção de arbitragem será respeitada, com o seguinte teor:

Enunciado n° 75: *Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, §1º, da Lei 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.*

Em um conhecido processo do Rio de Janeiro, envolvendo o Banco Morada, uma relevante questão foi suscitada, referente à ausência de recurso da massa falida para arcar com os custos do procedimento arbitral. Pode-se recorrer, nestes casos, à declaração de inconstitucionalidade? A resposta é logicamente negativa. O judiciário brasileiro é muito firme neste sentido, como já foi cancelado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da constitucionalidade da lei de arbitragem⁸. A única solução será buscar um terceiro investidor, não sendo possível o ingresso na justiça estatal, ignorando-se a cláusula arbitral. Recorre-se ao conhecido third legal funding para obtenção de fundos. O financiamento da arbitragem por terceiros é um mecanismo simples, em que um terceiro, que não faz parte da causa, dispõe-se a arcar com as despesas da disputa, auferindo, ao final, uma parcela do resultado econômico eventualmente obtido pelo demandante.

Desta maneira, verifica-se que a inexistência de recursos financeiros, por si só, não é justificativa hábil para afastar a convenção de arbitragem validamente estipulada pelas partes.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido, em julgado da relatoria do ministro Raul Araújo, estipulando-se que a cláusula compromissória, na falência, será respeitada. No julgado⁹, afirmou-se que a existência da cláusula não impede nem a

8 SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206)

9 Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n° 1.733.685-SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do Julgamento: 06.11.2018. DJE: 12.11.2018.

deflagração do processo falimentar. Isto porque o título executivo já estava constituído. Se o título executivo já estava constituído mesmo havendo cláusula arbitral, a falência pode ser deflagrada.

Para ilustrar bem a questão, cabe também mencionar o famoso caso Jackson Empreendimentos Ltda. contra Diagrama Construtora Ltda¹⁰, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a validade da decisão proferida por Tribunal Arbitral em que se discutia crédito a ser habilitado em falência.

Em outro caso emblemático envolvendo a sociedade Interclínicas Plano de Saúde S.A¹¹, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que tendo sido validamente firmada, a eficácia da cláusula compromissória não é afetada pela decretação da liquidação extrajudicial¹², em raciocínio também aplicável à hipótese de falência.

Por fim, cabe pontuar que a implementação de futuros contratos contendo compromisso arbitral, bem como a instauração de nova arbitragem, depende da iniciativa do Administrador Judicial, na qualidade de representante legal da massa falida. Nesta hipótese, nos parece de bom alvitre a obtenção de autorização judicial, em obediência aos princípios da transparência e boa-fé, eis que se estará, de uma forma ou outra, onerando a massa falida.

10 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9044554-23.2007.8.26.0000. Relator: Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do Julgamento: 25/06/2008. Data do Registro: 30.09.2008.

11 Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 14.295-SP, Min. Nancy Andrighi, 21.8.08.

12 Na ocasião, restou decidido que: "O primeiro aspecto a ser ressaltado é que a cláusula compromissória foi firmada pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial da INTERCLÍNICAS, oportunidade em que esta detinha capacidade plena para contratar, tendo então optado por sujeitar à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis, concernentes à transferência de sua carteira de clientes. Assim, no ato de celebração do compromisso arbitral estavam presentes tanto o seu requisito subjetivo, (...) consistente na capacidade civil para contratar, quanto seu requisito objetivo, (...) correspondente à disponibilidade do direito patrimonial. Não há, pois, dúvida alguma acerca da validade da cláusula compromissória na espécie". (grifamos).

B) Recuperação Judicial

A recuperação judicial é fundada no pilar de que a empresa é um dos mais importantes agentes do crescimento econômico e do desenvolvimento social, sendo merecedora, portanto, de especial proteção legal nos casos de crises econômico-financeiras de caráter transitório, de maneira a se conferir uma segunda chance (second chance theory, tão propalada no direito europeu) ao empresário honesto, possibilitando-lhe a desejada reestruturação e, conseqüentemente, a proteção ao interesse transindividual¹³ que desborda de suas atividades.

Deste modo, no decorrer do procedimento recuperatório, o devedor é mantido na condução de suas atividades¹⁴, cabendo ao juízo recuperatório, com o auxílio do administrador judicial, a mera fiscalização de suas atividades. Diversamente, portanto, do que ocorre na falência, não há impactos na capacidade legal do devedor ao longo do procedimento recuperatório, que permanece inalterada. Neste cenário, os contratos firmados pelo devedor anteriormente ao pedido de recuperação judicial permanecem válidos, devendo ser regularmente cumpridos, à exceção apenas dos casos de alienação ou oneração de bens do seu ativo permanente, que demandam prévia autorização judicial¹⁵.

Esta é a linha de raciocínio que conduz ao entendimento pela validade das convenções arbitrais nos casos de recuperação judicial. Permanecendo inalterada a capacidade do devedor e válidos os contratos por este anteriormente firmados, não há dúvidas quanto à validade de eventual cláusula compromissória nestes inserida, motivo pelo qual também não se vislumbra óbice à elaboração de novos contratos contendo compromisso arbitral.

¹³ É o denominado tríplex interesse transindividual societário, que exsurge da conjugação dos interesses denotados no capital, no trabalho e na coletividade. GUIMARÃES, Márcio Souza. O Controle Difuso das Sociedades Anônimas pelo Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 22.

¹⁴ Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob a fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles.

¹⁵ Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

Desta forma, tem-se um enunciado¹⁶ da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, coordenada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, ao se afirmar que o processamento da recuperação e da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da arbitragem:

Enunciado nº 6: *O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende*¹⁷.

Entretanto, há outra questão um tanto controvertida: no próprio plano de recuperação judicial poderia haver a inserção da cláusula de arbitragem? Para todas as matérias que forem disponíveis parecem-nos que sim. Mas o tema não é pacífico. O professor Carlos Alberto Carmona¹⁸ entende não ser possível a inserção no plano de recuperação judicial de cláusula arbitral. Do outro lado, temos Renato Grion, Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade e Silva, corrente à qual me filio, admitindo tal possibilidade, tendo em vista que no plano haverá questões de direitos patrimoniais disponíveis, atinentes ao crédito, em consonância com o artigo 1º da lei 9.307/96.

A solução pela via arbitral acarretará considerável benefício ao processo de recuperação das empresas, uma vez que a complexidade das disputas e interesses envolvidos são fatores que atrasam sobremaneira ou, por vezes, dificultam o bom desenvolvimento da reestruturação.

Exemplifica-se a questão com um caso em que se adotou mecanismo alternativo de resolução de conflitos: a mediação. Trata-se de um caso de muito êxito, o da recuperação judicial da "Oi"¹⁹, onde se

16 Enunciado de nossa autoria.

17 No mesmo sentido, cite-se o voto proferido pelo Ministro Marco Buzzi, quando do julgamento do Conflito de Competência nº 157.099, pela segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, em que restou consignado que o processamento da recuperação judicial não tem o condão de impossibilitar o devido trâmite do processo arbitral e este, portanto, poderá prosseguir, observados seus limites materiais (CC 157.099, Rel. Ministro Marco Buzzi. Relator para Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgado em 10.10.2018. DJe: 30.10.2018).

18 CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 54.

19 Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca

alcançou uma mediação extraordinária, muito eficaz. No início do procedimento, devido ao imenso número de credores envolvidos, não havia sequer local próprio à realização da assembleia-geral de credores; nem mesmo no estádio do Maracanã cabia tanta gente. Criou-se, assim, um núcleo de mediação e conciliação, possibilitando aos credores interessados o recebimento de valores de até R\$ 50.000,00, abdicando-se de participar do processo de recuperação judicial. A medida, extremamente eficiente, gerou a realização de aproximadamente trinta e cinco mil acordos em um processo que contava com aproximadamente cinquenta e cinco mil credores, segundo dados divulgados nos autos da recuperação judicial²⁰.

2. PANORAMA INTERNACIONAL

No panorama internacional, a legislação de alguns países (a), bem como alguns casos (b) demonstram o tratamento do tema da arbitrabilidade subjetiva em sede de insolvência.

A) Legislação

A convenção de Nova York de 1958, que institui a lei modelo da UNCITRAL, já em seu artigo II.1 dispõe que cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um

da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

20 Cabe mencionar que, em relação ao plano de recuperação, previu-se um aumento do capital social de oito bilhões de reais, com a injeção de quatro bilhões em dinheiro e os outros quatro bilhões em troca de crédito por ações. Surgiu, assim, o questionamento: a deliberação no plano de recuperação sobre o aumento de capital é suficiente sob o ponto de vista do direito societário ou é necessário levar-se tal deliberação à assembleia-geral de acionistas, no seio da companhia? Esta questão foi instaurada numa câmara de arbitragem, com posterior conflito de competência com a vara empresarial, sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em prol da arbitragem. O ministro Luis Felipe Salomão ficou vencido, havendo outros votos também vencidos, no sentido de que a questão não era de direito societário, mas sim de recuperação judicial. Neste caso, não se trata de cláusula de arbitragem inserida no estatuto da companhia, mas sim de deliberação do aumento de capital em cláusula do plano de recuperação, como medida para o alcance do soerguimento pretendido. Ao se consultar a lei 11.101 de 2005, instrumento de estudo prévio obrigatório, encontra-se, dentre as possibilidades de recuperação previstas no artigo 50 da lei, o aumento do capital social. Os acionistas da companhia, ao optarem pelo pedido de recuperação judicial, autorizam a submissão desta aos ditames do regime de insolvência previsto nos dispositivos da lei. Portanto, me parece que a questão deveria ter encontrado este entendimento no âmbito judicial. Contudo, não se sabe o desfecho final da discussão aventada, em virtude da realização de acordo entre as partes, ocasionando o encerramento de todo o litígio.

relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem, confirmando a validade da cláusula compromissória. Da mesma forma, o Federal Arbitration Act, em sua Section 2, confirma a validade, irrevogabilidade e exequibilidade da cláusula arbitral²¹. Nos Estados Unidos, portanto, não se tem maiores questionamentos quanto à matéria.

No âmbito europeu, o novo regulamento de insolvência transnacional, Regulamento nº 848 de 2015, cuja vigência iniciou-se em 2017 e agora está sendo realmente submetido aos novos casos, prevê o considerando 73 e o artigo 18, afirmando que a lei de cada Estado-Membro regerá a arbitrabilidade subjetiva nos casos de insolvência²².

Em Portugal, o artigo 87 do CIRE, Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, prevê que no âmbito interno, se houver insolvência, a arbitragem será suspensa. Parece-nos ser uma regra um tanto perigosa, gerando instabilidade e insegurança jurídica, uma vez que a opção válida das partes pela solução arbitral – que, naturalmente, foi precificada junto à elaboração do contrato – poderá ser automaticamente afastada nos casos de insolvência.

Na Lei concursal espanhola, recentemente modificada, encontra-se previsão ainda mais instável, ao determinar, em seu artigo 52, que o início do procedimento de insolvência, por si só, não afeta as convenções de arbitragem firmadas pelo devedor; todavia, o juízo da insolvência poderá suspender os seus efeitos caso entenda que ditos pactos configurem um prejuízo para a tramitação do processo de

21 Section 2. Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate. A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

22 Nesse sentido, o “Considerando” nº 73 determina que: “A lei aplicável aos efeitos do processo de insolvência em relação a uma ação ou a um processo de arbitragem pendente que tenha por objeto um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor deverá ser a lei do Estado-Membro em que a referida ação se encontra pendente ou a da sede da arbitragem. Todavia, esta regra não deverá afetar as regras nacionais aplicáveis ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais”. Da mesma forma, seu art. 18 dispõe que: “Os efeitos do processo de insolvência sobre uma ação judicial ou sobre um processo de arbitragem pendente relativamente a um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor regem-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que a referida ação se encontra pendente ou em que o Tribunal arbitral tem a sua sede”.

insolvência²³. Neste caso, incumbirá ao juiz analisar se há ou não prejuízo para o andamento do processo. É uma cláusula extremamente aberta, ao nosso sentir.

Na França, o artigo L622-21²⁴ do Code de Commerce trata da questão atinente à interrupção das ações movidas contra o devedor para pagamento da dívida, tendo sido discutido em relevante caso posto à resolução pela Corte de Cassação Francesa, conforme se ilustrará a seguir.

B) Casos

Cabe, portanto, ainda que sucintamente, ilustrarmos o panorama com dois casos relevantes sobre a temática.

Na França, temos o caso **Jean X. contra International Company for Commercial Exchanges**, grupo empresarial produtor de açúcar. Na hipótese, a sociedade empresária Jean X., em processo de insolvência empresarial, foi condenada pelo Tribunal Arbitral ao pagamento de determinada quantia, tendo a parte vencedora intentado execução da sentença arbitral no juízo estatal, tendo sido por este aceite, sem o devido respeito ao concurso de credores. A Corte de Cassação (o “Superior Tribunal de Justiça Francês”), disse não ser possível, por evidente violação a preceito de ordem pública (par conditio creditorum).

Caso diverso, envolvendo o tema ora em discussão, é o **Vivendi X Elektrim**. A Elektrim, companhia polonesa, figurava em duas arbitragens em curso contra a Vivendi: uma na Suíça, na ICC de Genebra, e outra na Inglaterra, na LCIA (London Court of International Arbitration). Durante o curso destes procedimentos, a Elektrim teve a sua fa-

23 La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

24 I.- Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent II.- Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. III.- Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus.

lência decretada na Polônia, o que gerou consequências diversas em cada uma das arbitragens. Na Suíça, o Tribunal Arbitral suspendeu a arbitragem, em decisão posteriormente confirmada pela Suprema Corte Federal daquele país, aduzindo que a arbitrabilidade subjetiva deveria ser verificada de acordo com a lei polonesa, que retirava do devedor sua plena capacidade legal após a falência. Na Inglaterra, por outro lado, o Tribunal Arbitral decidiu que os efeitos da insolvência em uma arbitragem em curso eram definidos pela *lex arbitri*, que autorizava a continuidade do procedimento naquele caso, nos termos da lei inglesa.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, demonstra-se a relevância das discussões em torno do instituto da arbitragem em sede de insolvência. O surgimento de uma crise econômico-financeira não denota, necessariamente, a prática de fraudes ou irresponsabilidades por parte do empresário, mas apenas a concretização de um evento com grau de probabilidade presente a todos que se dedicam à empresa.

Assim, a despeito das controvérsias acima expostas, envolvendo a temática da arbitrabilidade subjetiva, a arbitragem vem sendo crescentemente reconhecida, no plano nacional e internacional, como mais um mecanismo legal apto a conferir o auxílio e adequado tratamento às complexas questões envolvendo a insolvência empresarial. O respeito à cláusula de arbitragem, diante da insolvência, é matéria consolidada no Brasil, imprimindo segurança jurídica e previsibilidade para as partes. Tais preceitos nas relações contratuais em que se prevê cláusulas compromissórias de arbitragem consubstanciam matéria de extrema relevância para os agentes econômicos diante da crise da empresa - motivo pelo qual os legisladores, julgadores e demais operadores do direito devem, no mundo todo, cada vez mais, direcionar suas atenções, fazendo com que a decisão pelo país-sede da arbitragem seja negociada, ponderada e racional para as partes.

CAPÍTULO 3

CUSTOS PÚBLICOS E PRIVADOS EM SEGURANÇA NO BRASIL

MURILO PORTUGAL



MURILO PORTUGAL FILHO

Mestre em economia pela Universidade de Manchester e graduado em direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Foi diretor-geral adjunto do Fundo Monetário Internacional (FMI), secretário-executivo do Ministério da Fazenda e presidente da Federação Brasileira de Bancos (Febraban).

MURILO PORTUGAL FILHO

A ideia de que é possível estimar os custos do crime e de que o criminoso pondera custos e benefícios ao tomar a decisão de delinquir foram, inicialmente, apresentadas por juristas e filósofos utilitaristas dos séculos XVIII e XIX, como o italiano Cesare de Beccaria e o inglês Jeremy Bentham.

Beccaria analisou o crime como um fenômeno social no qual o indivíduo faz um cálculo racional, sendo que o papel das leis e das penas é desestimular os delitos. A pena deve ser um instrumento de desestímulo a novos crimes e não uma vingança pelo ato criminoso. Por isso, a lei penal deve ser sempre escrita, publicada, e anterior ao crime, e as penas devem ser rápidas e proporcionais à ofensa.

Bentham, grande difusor do utilitarismo, deu forma ao princípio de utilidade ou o “princípio da maior felicidade agregada do maior número de pessoas” como o padrão em relação ao qual as leis e as ações da justiça deveriam ser avaliadas.

Baseando-se nessas origens clássicas, a moderna teoria econômica do crime e da punição foi retomada na Universidade de Chicago nas décadas de 1960 e 1970, com os trabalhos do Prof. Gary Becker, que ganhou o prêmio Nobel de Economia em 1992 em razão de sua teoria econômica do delito. O crime resulta da maximização de sua utilidade esperada, sendo considerados nessa decisão tanto os ganhos potenciais da atividade criminosa quanto o custo e a proba-

bilidade da punição. A eficiência da justiça criminal, a severidade das penas e a maior probabilidade de ser flagrado e punido desestimulam a prática criminosa.

O crime afeta a vida econômica e social de diversas formas, gerando custos, ineficiências e incertezas. As pessoas mudam o seu comportamento, seja para evitar, seja para participar da atividade criminosa. O crime gera gastos pelos governos para prevenir, punir e combater a criminalidade, e pelas empresas e famílias para evitar o crime e/ou se proteger contra seus efeitos, impondo pesados custos de oportunidade para toda a sociedade.

Estimar o custo da criminalidade tornou-se um campo de estudo da análise econômica empírica. Trata-se de uma tarefa complexa porque o crime não é um serviço negociado no livre mercado e, portanto, não tem um preço que provenha de acordo voluntário entre os participantes do mercado.

Alguns custos associados ao crime são tangíveis e tem uma expressão monetária e contábil, podendo ser estimados de forma relativamente fácil, como, por exemplo, os custos com a compra de alarmes e equipamentos antirroubo, com a manutenção da polícia e do sistema de justiça e de um bem que foi roubado. Outros custos são intangíveis e de difícil estimação, como por exemplo, o sofrimento pessoal, o trauma ou a perda de qualidade de vida, decorrentes de um crime.

O crime gera custos individuais para suas vítimas e custos sociais para toda a sociedade. Normalmente, os custos sociais incluem os custos individuais arcados pelas vítimas de crimes. Mas nem todo custo individual representa, necessariamente, um custo social.

As transferências lícitas entre particulares não são usualmente consideradas um custo social, porque o que um indivíduo perde com a transferência, o outro ganha, não havendo alteração no bem-estar social. Por exemplo, os pagamentos de prêmios de seguros contra roubos de automóveis são transferências lícitas entre os proprietários de veículos e as companhias de seguro. Embora o prêmio configure

um custo individual para o dono do veículo, não representa um custo social, porque há um ganho equivalente de receita pela seguradora. Entretanto, as despesas das seguradoras para gerir esse tipo de seguro (as despesas com pessoal, instalações, equipamentos) constituem um custo de oportunidade para a sociedade porque, na ausência do crime, estes recursos poderiam ser aplicados produtivamente em outras atividades econômicas. O custo de oportunidade é o valor de um recurso no seu uso alternativo mais valioso.

Embora o crime tenha uma utilidade para o criminoso, é consenso entre os estudiosos do tema que a utilidade do crime para o criminoso não integra a função de bem-estar social e, portanto, deve ser desconsiderada. Assim, no caso de um bem roubado, por exemplo, embora haja também uma transferência do bem entre particulares, com o bem continuando sendo utilizado por outro indivíduo, como se trata de uma transferência forçada e ilícita, a perda do carro deve ser computada como um custo do crime.

Há perdas que não podem ser estimadas economicamente. Por exemplo, o valor da perda de uma vida humana é incomensurável, impossível de medir seja para a pessoa que perdeu a vida, seja para sua família e seus amigos. É possível, porém, fazer um cálculo econômico aproximado do custo estatístico da perda de uma vida para a sociedade em termos de perda da capacidade produtiva que decorre da redução da força de trabalho.

O crime também gera externalidades, um conceito introduzido pelo economista inglês Arthur Pigou na década de 1930, que se refere aos efeitos negativos (ou positivos) de uma ação que não são capturados pelo sistema de preços e, por isso, não são também considerados pelos diretamente envolvidos na ação; como exemplos, podemos mencionar o desencorajamento ao investimento em um país ou cidade de elevada criminalidade, a desvalorização de propriedades situadas em bairros de alta criminalidade, a mudança de hábitos pessoais em razão do crime, como evitar sair à noite.

Embora o economista austríaco Ludwig von Mises tenha avaliado que calcular o custo do crime seria impossível porque a informação relevante não existiria, os economistas têm feito progressos nas estimativas dos custos do crime, apesar de todas as complexidades existentes, algumas das quais já mencionadas.

Foram desenvolvidas três metodologias principais para estimar os custos do crime. A primeira e mais simples é a **agregação de baixo para cima dos diversos custos incorridos em decorrência do crime**. A principal vantagem desse método é que cada componente de custo do crime é estimado separadamente, sendo todos depois agregados para se chegar a um custo total.

A segunda metodologia, a **valoração contingente**, se baseia em pesquisas nas quais são feitas perguntas para, com base nas preferências declaradas pelos respondentes, se estimar os custos de bens ou serviços que não são transacionados nos mercados e que, portanto, não tem um preço. Por exemplo, pesquisas em que se questiona quanto o respondente estaria disposto a pagar para reduzir em 1% o seu risco de ser assaltado. Nessa metodologia, todos os custos do crime de assalto, sejam custos tangíveis ou intangíveis, são calculados em conjunto a partir das respostas dadas. Essa metodologia representa uma maneira direta de avaliar as preferências dos indivíduos em relação à segurança. Sua principal desvantagem é que, por ser uma pesquisa em que o respondente não tem que efetivamente pagar nada, mas apenas dar uma resposta hipotética, a resposta pode ser arbitrária, com o respondente se engajando num comportamento estratégico, ou ignorando suas restrições orçamentárias.

A terceira metodologia, conhecida como **preços hedônicos**, é uma técnica econométrica para estimar o valor de bens ou serviços não transacionados no mercado, através da decomposição do valor de cada um dos atributos ou características de um bem ou serviço transacionado em mercado, cada um dos componentes do preço, um dos quais é o valor do atributo que não dispõe de um valor direto de mercado. Este método usa preferências reveladas nos preços de transações efetivamente realizadas no mercado, ao invés de preferências meramente declaradas pelo respondente (caso anterior, da va-

loração contingente). Por exemplo, os diferenciais de salários pagos em profissões arriscadas são utilizados para estimar a aceitação pelo indivíduo de um determinado aumento de risco à saúde ou à vida; os diferenciais de preços de casas similares em diferentes vizinhanças, uma segura e outra perigosa, são utilizados para estimar o custo da segurança. Uma das limitações dessa técnica é assumir que o indivíduo tem perfeita informação sobre os riscos envolvidos em cada tipo de emprego, produto ou vizinhança.

Os Estados Unidos são o país mais avançado na estimativa dos custos do crime, uma atividade que começou no país em 1901. Desde então, diversas comissões presidenciais estimaram os custos do crime para diversas décadas passadas. A Tabela 1 apresenta o custo médio calculado em oito estudos abrangendo um período de 25 anos para crimes, exceto homicídio. No caso de crimes de homicídios são considerados valores médios estimados a partir de custos calculados pela justiça criminal, com um valor médio de US\$ 5,6 milhões por homicídio, bem como estimativas de 31 estudos sobre o valor estatístico de uma vida nos Estados Unidos.

Os custos medianos destes estudos são multiplicados pela incidência de cada um desses crimes reportados nos Relatórios Uniformes de Crime dos Estados Unidos para gerar o custo total em 2012 a preços de 2010.

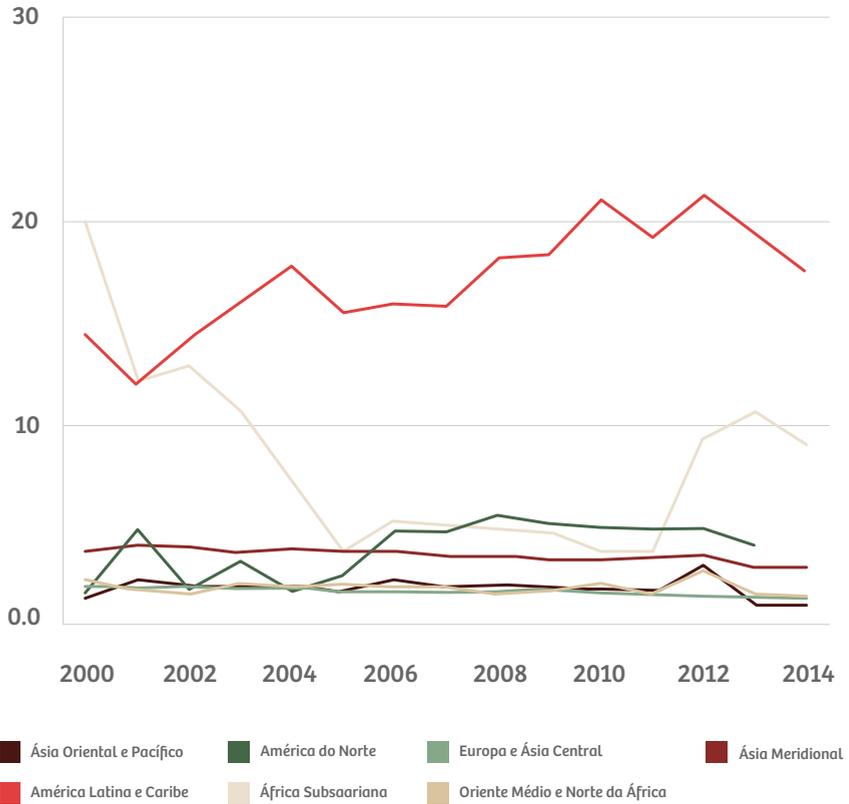
Segundo estes dados, o custo do crime nos Estados Unidos em 2012 alcançou quase US\$ 207 bilhões. Quando uma estimativa é feita para os crimes não reportados e estes valores são incluídos, o custo do crime nos Estados Unidos sobe para US\$ 310 bilhões em 2012 a preços de 2010, o que representou 2% do PIB do país.

Tabela 1 - CUSTOS AGREGADOS DO CRIME NOS EUA - 2012

CRIME	INCIDÊNCIA	CUSTO (US\$)	TOTAL (US\$ BILHÕES)	% DO TOTAL
ASSASSINATO	14.287	5.600.000	80,1	38,7
ESTUPRO	84.376	157.500	13,3	6,4
ROUBO	354.522	40.950	14,5	7,0
ASSALTO	760.739	89.250	67,9	32,8
INVASÃO DE PROPRIEDADE	2.103.787	5.431	11,4	5,5
FURTO	6.150.598	2.086	12,8	6,2
ROUBO DE VEÍCULOS	721.053	9.341	6,7	3,3
TOTAL	10.189.362		206,7	100,0

O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) estimou os custos econômicos do crime para países da América Latina e Caribe. Por abranger países mais similares ao Brasil, este estudo apresenta um contexto comparativo internacional mais próximo ao nosso. Segundo o estudo, no período entre 2000 e 2014, a América Latina e o Caribe foram a região geográfica mais violenta do mundo, com uma taxa média de homicídios dolosos na casa de 20 pessoas por 100 mil habitantes (Gráfico 1).

Gráfico 1 - HOMICÍDIOS DOLOSOS POR REGIÃO 2000-2014

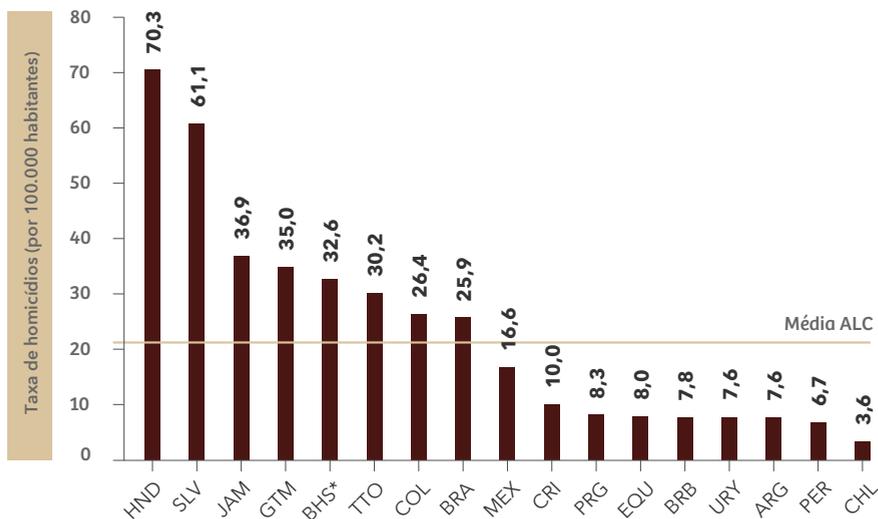


Fonte: Banco Interamericano de Desenvolvimento

Infelizmente, o Brasil encontrava-se entre as piores posições nesse ranking da criminalidade regional, com uma taxa de homicídios de 25,9 pessoas por 100 mil habitantes em 2014 (Gráfico 2).

Segundo o Escritório das Nações Unidas para o Combate a Drogas e Crime (UNODC), o Brasil encontra-se entre os 10% dos países com taxas de homicídio mais elevadas do mundo, com taxas de homicídio semelhantes às de Ruanda e da República Democrática do Congo. Embora seja responsável por cerca de 3% da população mundial, o Brasil concentra 14% dos homicídios do mundo.

Gráfico 2 - HOMICÍDIOS DOLOSOS POR PAÍSES NA AMÉRICA LATINA E CARIBE | 2014

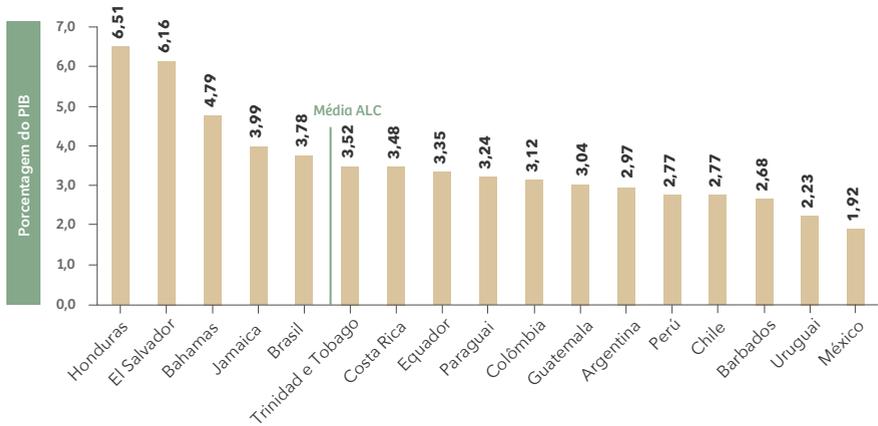


Fonte: Banco Interamericano de Desenvolvimento

Os custos da criminalidade na América Latina e no Caribe em 2014 alcançaram 3,55% do PIB da região, aí incluídos os custos diretos como despesas públicas e privadas com segurança e punição, os danos e perdas, e os custos indiretos em termos de mudanças comportamentais, distorções na alocação de recursos e custos de oportunidade (Gráfico 3).

Esse cenário gera um elevado custo social da violência e do crime no país, tanto em termos de custos públicos e privados da segurança, como em termos de perda de produção potencial. Na avaliação do BID, o custo da criminalidade no Brasil situava-se, em 2014, em 3,78% do PIB, o 5º maior da região.

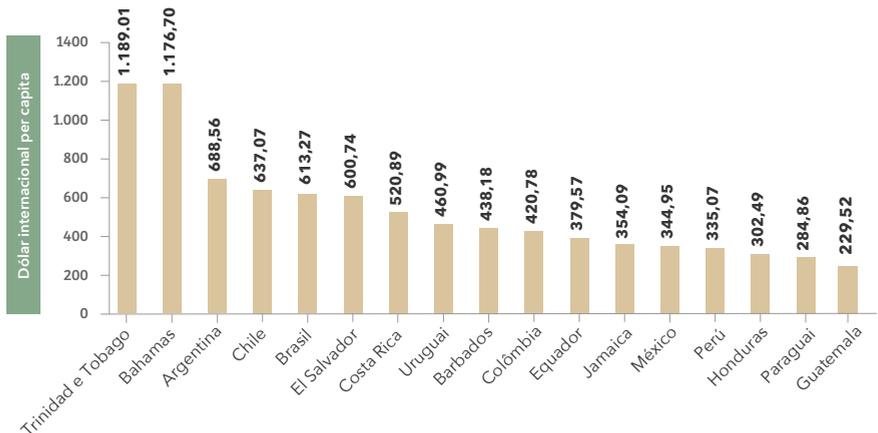
Gráfico 3 - CUSTOS DA CRIMINALIDADE NA AMÉRICA LATINA E CARIBE | 2014 (% DO PIB)



Fonte: Banco Interamericano de Desenvolvimento

Segundo o BID, em termos nominais os custos da criminalidade no Brasil ultrapassaram US\$ 120 bilhões em 2014, ou US\$ 613,27 por habitante, representando também o 5º maior custo per capita da região (Gráfico 4).

Gráfico 4 - CUSTOS PER CAPITA DA CRIMINALIDADE NA AMÉRICA LATINA E CARIBE - 2014 US\$ PER CAPITA



Fonte: Banco Interamericano de Desenvolvimento

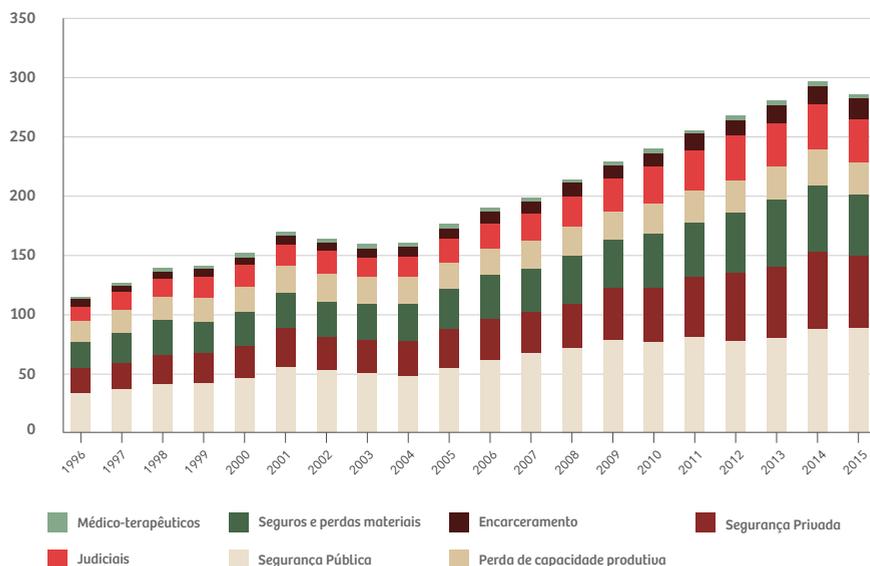
Um estudo publicado em 2018 pela Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência da República do Brasil apresenta uma análise detalhada dos custos do crime no Brasil. Neste estudo usou-se, principalmente, a metodologia de agregação de custos de baixo para cima referida anteriormente.

Este trabalho classificou os custos da criminalidade em sete grandes categorias: Gastos com a Segurança Pública, Gastos com a Segurança Privada, Gastos com Seguros, Custos Judiciais, Custos do Encarceramento, Custos Médico Hospitalares e Perda de Capacidade Produtiva. Destas sete categorias, as cinco primeiras referem-se ao custo contábil apurado com cada uma destas atividades, enquanto a 6ª categoria representa uma mescla de custos contábeis e custos de oportunidade e a 7ª categoria indica um custo de oportunidade.

O estudo não inclui os efeitos indiretos resultantes de distorções alocativas do capital físico e humano, os chamados custos de oportunidade, nem o valor das perdas intangíveis como a dor, o sofrimento das vítimas e parentes e as perdas de qualidade de vida.

São apresentados os custos analisados tanto em termos monetários como em proporção do PIB e abrange um período mais longo (1996 a 2015) do que o estudo do BID. Os custos com a criminalidade em 2015 alcançaram R\$ 285 bilhões de reais a preços de 2017, apresentando uma taxa de crescimento real anual desde 1996 da ordem de 4,5% ao ano (Gráfico 5).

Gráfico 5 - CUSTOS ECONÔMICOS DA CRIMINALIDADE NO BRASIL - EM R\$ BILHÕES DE 2017



Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 - Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Como proporção do PIB, os custos com a criminalidade variaram ao redor de 4% do PIB por ano, tendo alcançado 4,38% do PIB em 2015.

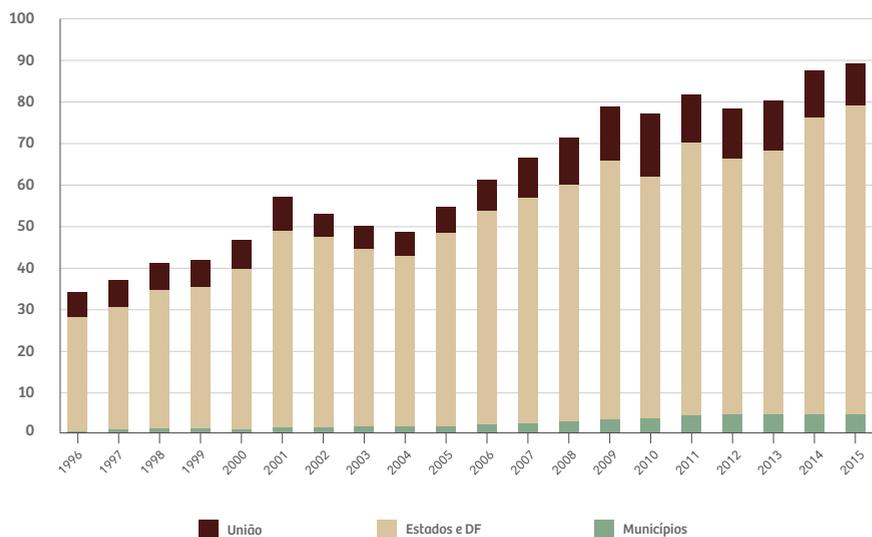
Como sabemos, a distribuição da criminalidade no Brasil é bastante desigual geograficamente. A taxa de homicídios em São Paulo, da ordem de 10 pessoas por 100 mil habitantes, é similar à existente em países como a Argentina, Uruguai e Estados Unidos. Já as taxas de homicídio em Salvador, Fortaleza e São Luís são similares às de países bastante violentos da América Latina e Caribe.

Os gastos com segurança pública compõem o principal componente dos custos da criminalidade apurados nesse estudo, tendo alcançado R\$ 90 bilhões em 2015 a preços de 2017, o que representa um crescimento anual real médio de 5,6% ao ano desde 1996, ano em que esses custos somavam R\$ 32 bilhões a preços de 2017. Como percentual do PIB, estes gastos variaram entre 1,2% e 1,4% do PIB no período, sendo de 1,35% do PIB em 2015.

Como é sabido, o maior custo de segurança pública no Brasil recai sobre os estados e envolvem os gastos com a Polícia Militar, Polícia Civil e Corpo de Bombeiros.

A participação da União variou nessas duas décadas entre 10% e 19% do total e compõe-se principalmente dos gastos com a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Nacional, Força Nacional de Segurança e Fundos Nacionais. A participação dos municípios, embora pequena, dobrou proporcionalmente nessas duas décadas, saindo de 3% para 6% dos gastos com segurança pública, principalmente em razão da criação de guardas municipais nas principais cidades.

Gráfico 6 - GASTOS COM SEGURANÇA PÚBLICA - EM R\$ BILHÕES DE 2017



Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 - Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Os gastos privados com segurança são o 2º principal componente dos custos da criminalidade no Brasil, e um dos que mais tem crescido. Estes gastos triplicaram em termos reais entre 1996 e 2015, saltando de R\$ 20 bilhões em 1996 para R\$ 60 bilhões em 2015 a preços de 2017, como indicado na Gráfico 6.

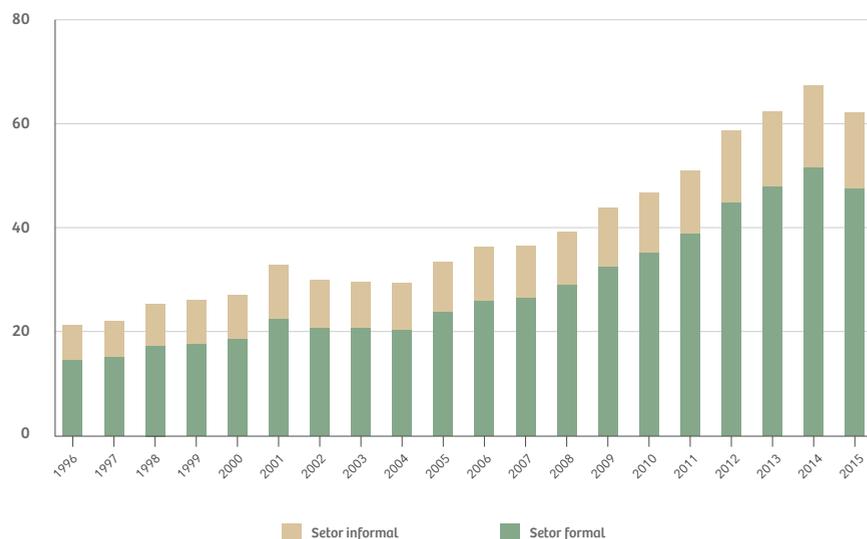
O forte aumento dos gastos privados com segurança é um indicativo de que o Estado, no Brasil, não está cumprindo adequadamente uma de suas funções mais básicas, qual seja, a de garantir a vida, a incolumidade e o patrimônio das pessoas, transferindo o que é um dever do Estado para o setor privado, para as empresas e as famílias.

É importante salientar que, diferentemente dos gastos com a segurança pública, que ficaram constantes no período como proporção do PIB, os gastos privados com segurança cresceram mais rápido do que o PIB, saindo de 0,67% do PIB em 1996 para 0,94% do PIB em 2015. O número total de trabalhadores em segurança privada cresceu 142% entre 1996 e 2015, alcançando 1,65 milhão de vigilantes em 2015, dos quais 906 mil com emprego formal.

Cabe destacar também que os dispêndios privados com segurança estão certamente subestimados, já que os gastos levantados se referem apenas aos salários de vigilantes privados, sem incluir outros custos com segurança como aqueles com vigilância eletrônica, blindagens, equipamentos, transporte de valores e outros.

O forte crescimento e o elevado nível dos gastos privados com segurança são, como já mencionado, uma forte indicação da ineficiência da atuação do Estado nessa área. Refletem, também, a preocupação do setor privado com o tema, assim como determinações legais que obrigam a iniciativa privada a dispender em itens de segurança de uma forma desordenada e ineficiente e, algumas vezes, refletindo interesses comerciais dos prestadores desses serviços.

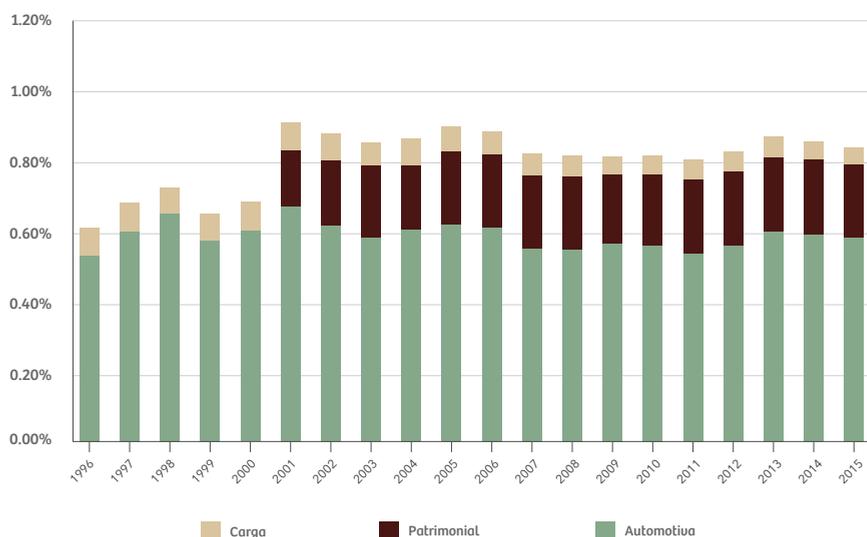
Gráfico 7 - GASTOS COM SEGURANÇA PRIVADA - EM R\$ BILHÕES DE 2017



Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 – Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

O terceiro maior componente dos custos da criminalidade no Brasil corresponde às despesas com prêmios de seguros para cobrir perdas e danos decorrentes do furto e roubo de automóveis, do patrimônio e de cargas. Esses custos mais do que dobraram, crescendo de R\$ 21 bilhões em 1996 para R\$ 51 bilhões em 2015 a preços de 2017, alcançando cerca de 0,8% do PIB (Gráfico 8). Os 0,8% do PIB de gastos com prêmios de seguros somam-se aos 0,94% do PIB com segurança privada, representando um pesado fardo para o setor privado, de 1,74% do PIB.

Gráfico 8 - GASTOS COM SEGUROS ANTI FURTO - % DO PIB



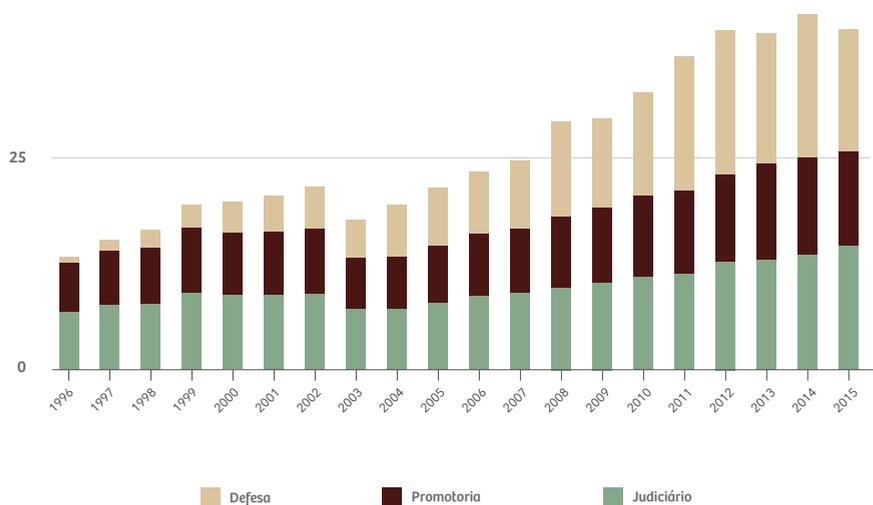
Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 - Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Os custos judiciais da criminalidade referem-se aos custos de funcionamento do Judiciário, do Ministério Público e dos advogados de defesa, todos encarregados apenas de ações penais. Os custos do Judiciário foram calculados com base em dados dos Tribunais de Justiça e do Ministério do Planejamento, abarcando apenas os custos referentes a juízes que atuam na área penal. Estes custos elevaram-se 116% em termos reais, saindo de R\$ 5,6 bilhões em 1996 para R\$ 13,7 bilhões em 2015, a preços de 2017, refletindo o aumento de 21 vezes no número de processos penais e o forte aumento real dos salários dos juízes.

Os gastos do Ministério Público penal foram calculados da mesma forma, tendo aumentado 93% em termos reais no período, alcançando R\$ 10,5 bilhões em 2015.

Os dispêndios da advocacia penal foram calculados com base na tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil multiplicados pelo número de processos penais, corrigidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC).

Gráfico 9 - CUSTOS JUDICIAIS COM A CRIMINALIDADE - EM R\$ BILHÕES DE 2017

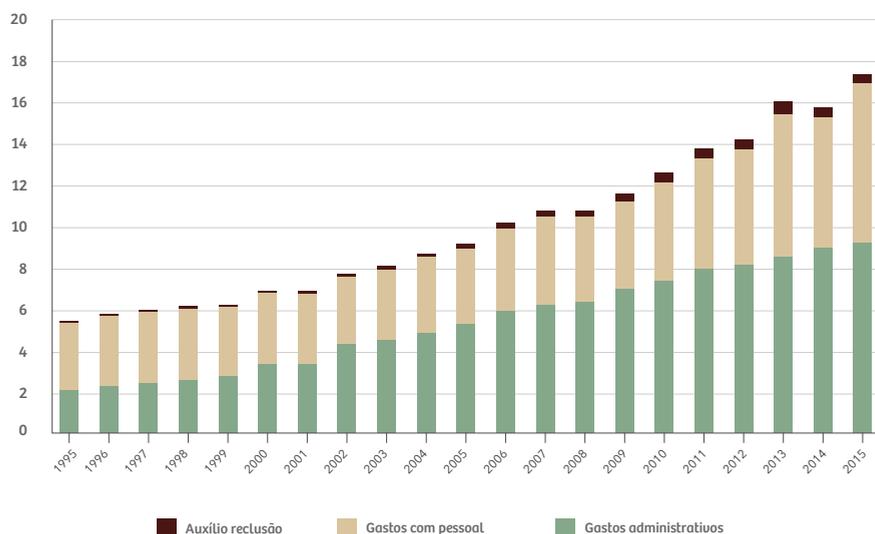


Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 - Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Outro grande componente dos custos do crime refere-se aos custos do encarceramento, que tiveram um crescimento real de 6% ao ano no período, passando de R\$ 6 bilhões em 1996 para R\$ 17 bilhões em 2015 (Gráfico 10). Estes custos compõem-se de despesas administrativas, gastos de pessoal e auxílio reclusão. Embora os custos com o auxílio reclusão tenham sido objeto de debate recente, os dois principais fatores de crescimento destes custos foram o aumento de 318% no número de presos e a elevação de 141% real dos salários do funcionalismo público estadual nesse período.

Parte do aumento dos custos de encarceramento decorreu do crescimento de quatro vezes da população carcerária no país em função do aumento do número de crimes. O Brasil contava, em 2015, com uma população carcerária de 726 mil criminosos, com o Estado de São Paulo concentrando 33% da população carcerária.

Gráfico 10 - CUSTOS DO ENCARCERAMENTO - EM R\$ BILHÕES DE 2017

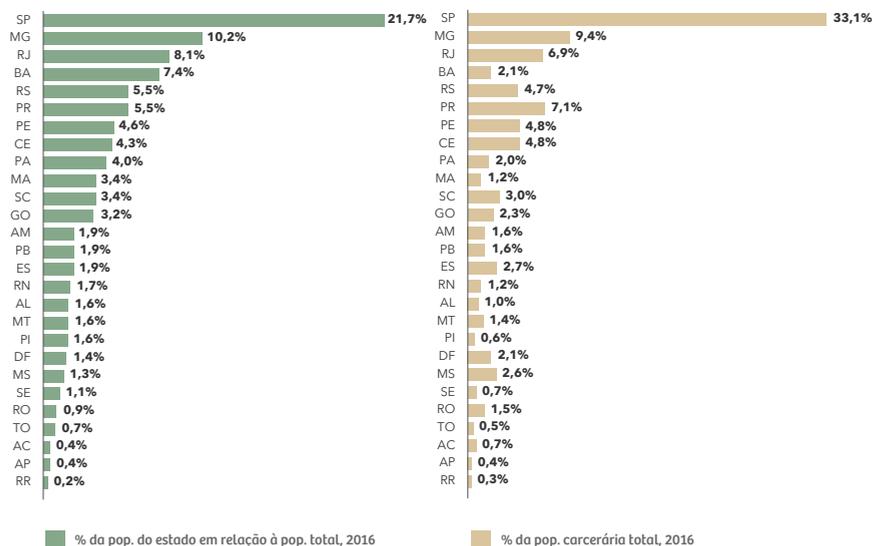


Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 - Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Há um debate no Brasil sobre a redução do encarceramento. O aumento do encarceramento reflete o aumento do crime. A redução do encarceramento certamente é muito desejável, mas essa redução deve ser preferencialmente uma consequência da redução do número de crimes e não uma mudança na forma de punição do crime.

O percentual da população carcerária de São Paulo é de 33% do total, 11 pontos percentuais maior do que o percentual da população paulista na população brasileira. Por outro lado, a Bahia, que tem 7,4% da população brasileira, tem apenas 2,1% da população carcerária (Gráfico 11). Se por um lado o estado de São Paulo tem a mais elevada taxa de encarceramento do país, por outro lado, tem também a mais baixa taxa de homicídio, sugerindo, assim, a existência uma correlação entre ambas as realidades.

Gráfico 11 - POPULAÇÃO TOTAL E CARCERÁRIA POR ESTADOS DA FEDERAÇÃO



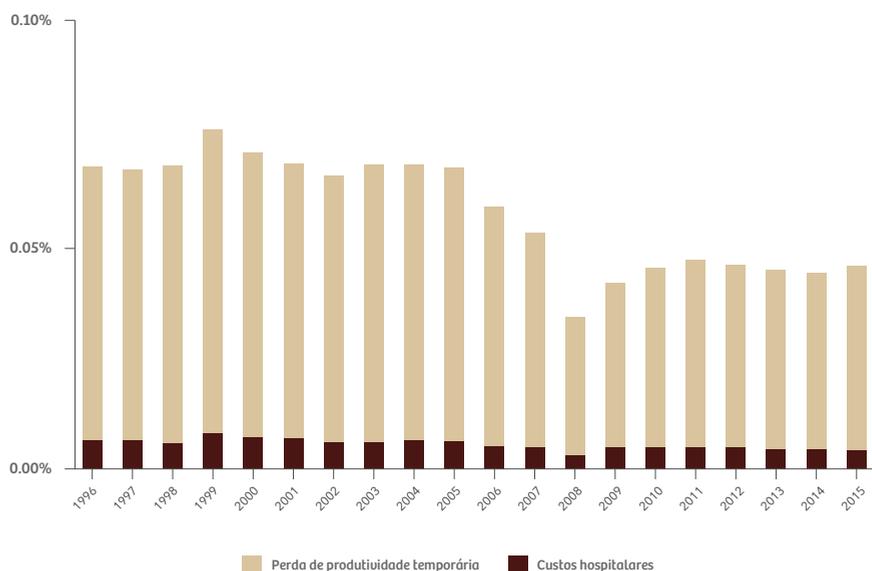
Fonte: IBGE e Ministério da Justiça. Elaboração Febraban.

Os custos médicos na pesquisa foram calculados em dois componentes: a perda temporária de capacidade produtiva, que é um custo de oportunidade, e os custos hospitalares e terapêuticos associados à recuperação, que é um custo apurado de forma contábil.

Os custos hospitalares foram obtidos do sistema de saúde para os casos de atendimento que correspondiam a tratamentos referentes a agressões, segundo o Código Internacional de Doenças. Estes custos representam uma parcela relativamente pequena, da ordem de 0,05% do PIB, alcançando R\$ 300 milhões em 2015. As internações por agressões cresceram de 37 mil para 58 mil por ano entre 1996 e 2015.

A parte mais significativa é a perda temporária de produtividade em razão do afastamento do trabalho.

Gráfico 12 - CUSTOS MÉDICOS DA CRIMINALIDADE - % DO PIB

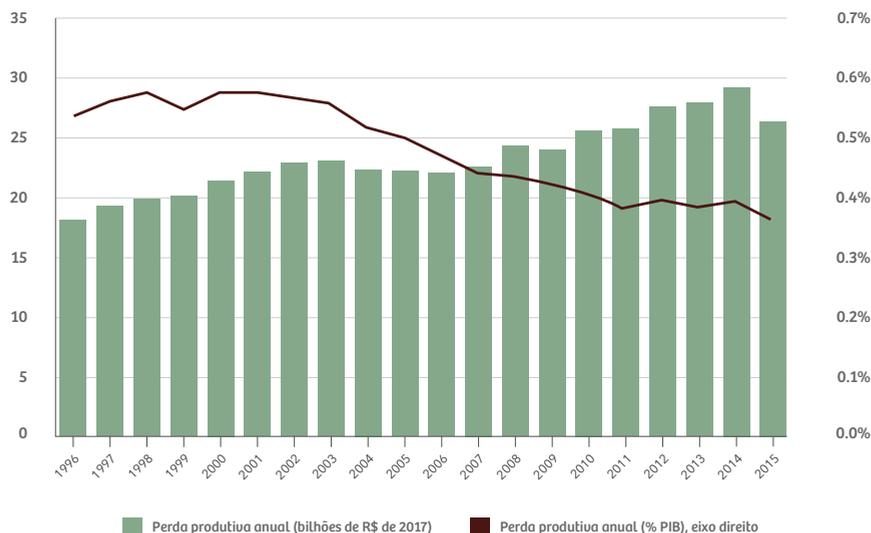


Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 - Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Além da perda intangível que uma vida humana significa, um homicídio representa, também, uma perda potencial permanente de capacidade produtiva do país pela redução da força de trabalho em razão da morte prematura. Essa perda de capacidade produtiva tem consequência em todos os anos futuros e é maior quanto mais jovem for a vítima. Cerca de 70% das vítimas de homicídio no Brasil tem até 34 anos. O valor presente da perda de capacidade produtiva de uma pessoa morta entre 13 e 25 anos de idade foi estimado na pesquisa em R\$ 550 mil a preços de 2017, enquanto o valor presente da perda de capacidade produtiva de uma pessoa de 50 anos foi estimado em R\$ 200 mil.

Segundo o estudo, em 2015, o Brasil perdeu cerca de R\$ 26 bilhões, mais de 0,5% do PIB em termos de capacidade produtiva de pessoas assassinadas (Gráfico 13). A perda acumulada no período de 1996 a 2015 foi de R\$ 450 bilhões a preços de 2017.

Gráfico 13 - VALOR DA PERDA AGREGADA DE CAPACIDADE PRODUTIVA POR HOMICÍDIOS NO BRASIL - EM R\$ BILHÕES DE 2017 E EM% DO PIB



Fonte: Relatório de Conjuntura nº 4, junho de 2018 - Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Vamos agora analisar de forma um pouco mais detalhada os custos do setor bancário com segurança. Estes custos alcançam, em média, R\$ 9 bilhões por ano com vigilantes e outros itens de segurança, o que representa 18% do total deste tipo de despesa na economia brasileira. Além disso, os bancos gastam cerca de R\$ 10 bilhões por ano com transporte de valores.

A segurança física da rede de agências e instalações com movimentação de numerário é uma prioridade dos bancos em razão da preocupação do setor e de seus dirigentes com a vida e a integridade física dos clientes e trabalhadores bancários. Os gastos com segurança física são, várias vezes, maiores do que as perdas monetárias decorrentes de assaltos e explosões de ATMs.

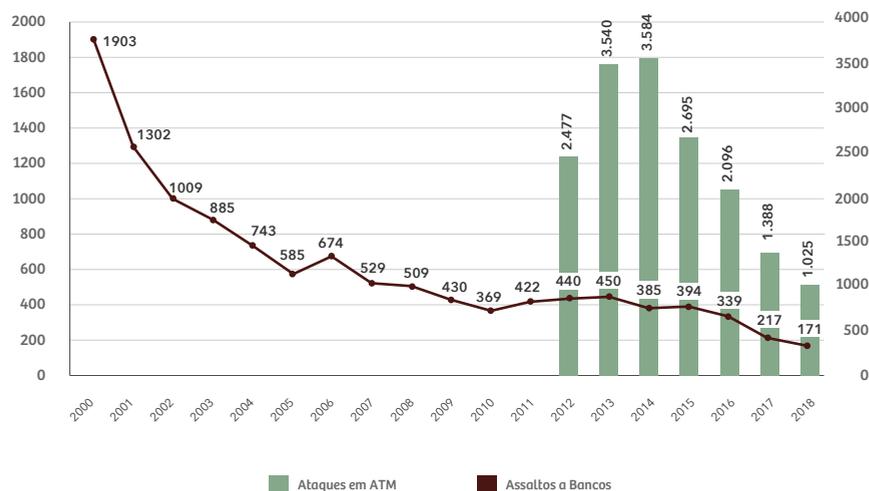
Há uma lei federal n.º 7.102 de 1983 estabelece os requisitos mínimos para a segurança bancária. Cada uma das quase 22 mil agências bancárias que existem no país, antes de começar a funcionar, precisa apresentar um plano de segurança à Polícia Federal, que autoriza a abertura da agência e fiscaliza o cumprimento desta lei. Este plano de segurança inclui o número de vigilantes armados e os equipamentos de segurança. Os bancos contratam cerca de 66 mil vigilantes, comparado com um efetivo de 86 mil homens da Polícia Militar de São Paulo.

As agências bancárias em geral possuem muito mais componentes de segurança do que os exigidos pela lei federal. Estes componentes incluem câmeras internas e externas, porta giratória ou de eclusa, cofres com abertura programada por temporizador, biombo que separa a área dos caixas da fila para impedir que as pessoas que estão aguardando vejam a transação que está sendo feita por quem é atendido naquele momento, sirene de alto impacto, e outros equipamentos.

Os grandes bancos de varejo possuem centrais de monitoramento que funcionam 24 horas por dia, sete dias por semana, para acompanhar as imagens de dezenas de milhares de câmeras de segurança. Estas centrais possuem sofisticados sistemas de análise de imagem por algoritmos para identificar aquelas que possam corresponder a assaltos, já que o olho humano não seria capaz de acompanhar dezenas de milhares de câmeras. Uma vez identificada e checada uma imagem de assalto, o fato é imediatamente comunicado às autoridades policiais. Recentemente, a Febraban realizou um investimento de R\$ 3 milhões para implantar um moderno sistema de compartilhamento de imagens das centrais de monitoramento dos bancos com as autoridades de segurança pública, para atender e gerir pedidos de imagens off-line por autoridades policiais e judiciais.

Todo este esforço para dificultar o crime e aumentar a segurança das instalações bancárias tem gerado resultados. Saímos de 1.903 assaltos a agências bancárias no ano 2000 para 171 assaltos em 2018, como indicado no Gráfico 14.

Gráfico 14 - NÚMERO DE ASSALTOS A BANCOS E EXPLOSÕES DE ATMS



Fonte: Elaboração Febraban.

Infelizmente, como muitos assaltantes continuaram soltos e com acesso a armas, um novo tipo de crime passou a ocorrer a partir de 2010: a explosão de caixas eletrônicas, normalmente à noite ou em dias da semana em que não há atendimento bancário.

Novamente, o setor investiu pesadamente em equipamentos instalados nos ATMs, como o entintamento que mancha as cédulas num caso de explosão, sensores sísmicos e de temperatura, gerador de neblina para dificultar a visibilidade, dentre outros equipamentos. A explosão de caixas eletrônicas é um crime perpetrado com elevado nível de violência, com vários bandidos pesadamente armados, características que fazem desse crime um tipo de delito que apenas as autoridades públicas podem coibir. As explosões de caixas eletrônicas, que haviam chegado a 3.500 por ano em 2013 e 2014, caíram para cerca de 1.000 em 2018.

Quando um tipo de crime fica mais difícil, os bandidos migram para outros crimes. Os crimes atuais ligados à atividade financeira são o "novo cangaço", no qual pequenas cidades são inteiramente toma-

das por um grande número de bandidos pesadamente armados que prendem a força policial da localidade e assaltam todas as agências do lugar, e o assalto a carros fortes que transportam valores.

Há um tema muito importante para o qual é necessário o apoio do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, que é a profusão de leis estaduais e municipais sobre segurança bancária.

Além da lei federal mencionada anteriormente, de um decreto presidencial que a regulamenta, e de diversas portarias da Polícia Federal que a operacionalizam, existem, no Brasil, 239 leis estaduais e 629 leis municipais versando sobre segurança bancária. Além destas já em vigor, existem 154 projetos de lei em tramitação sobre esse assunto, sendo 52 em Assembleias Legislativas estaduais e 102 nas Câmaras de Vereadores de cidades com mais de 200 mil habitantes, que são as cidades onde o setor bancário realiza um monitoramento diário a um custo extremamente elevado. Se considerarmos cidades menores, há um número muito maior de projetos em tramitação.

Algumas dessas leis são aprovadas em razão da comoção pública gerada por algum assalto, mas sem qualquer análise técnica sobre a eficácia das medidas propostas. A maioria, porém, responde a lobbies dos fabricantes dos produtos e serviços de segurança que querem ampliar o mercado com a compra forçada pelos bancos.

Muitas dessas leis de governos subnacionais são ineficazes, impraticáveis ou danosas à segurança das agências. Os bancos são frequentemente multados e têm que entrar na Justiça para tentar anular estas leis. Em vários municípios existem leis determinando que os bancos usem vidros blindados nas portas de entrada, fachada e janelas das agências. Este tipo de medida não agrega nada à segurança e pode, ao contrário, criar sérios problemas de segurança.

O vidro blindado seria muito útil num tipo de crime que nunca ocorreu, que é o bandido atirar do lado de fora para entrar na agência. Depois que o bandido consegue entrar armado na agência, burlando a porta de segurança, o vidro blindado vai protegê-lo de atiradores de elite da polícia. Caso haja um incêndio acidental na

agência, como o vidro não consegue ser quebrado facilmente e a porta giratória trava a cada pessoa, há o risco de várias pessoas morrerem queimadas. Se houver uma explosão acidental interna, a explosão vira uma implosão, colocando em risco as pessoas que estão dentro da agência. Apesar destas observações e considerações de natureza eminentemente técnicas, existem atualmente em vigor 117 leis estaduais e municipais determinando a blindagem dos vidros das fachadas dos bancos.

Há, ainda, algumas leis municipais, como o PL n.º 25 deste ano do município de Campinas, que obriga os bancos a instalarem nas agências máquinas de escaneamento corporal, a exemplo do que existe em aeroportos, em substituição às portas de segurança, uma exigência excessivamente custosa e impraticável. Existem quatro outros projetos de leis municipais determinando a instalação de body scan em agências bancárias.

Um projeto de Fortaleza, a exemplo do que acontece em várias outras cidades, obriga a presença de vigilante 24 horas nos caixas eletrônicos, uma disposição inútil e perigosa. O melhor que pode acontecer é os numerosos bandidos pesadamente armados que assaltam caixas eletrônicos a noite roubarem a arma e o colete à prova de balas do vigilante. O pior é também matar o vigilante. Sobre esse mesmo assunto, há 57 projetos de lei tramitando em Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

Atualmente, muitos explosivos usados para explosão de ATMs são guardados em paióis de pedreiras, sem segurança maior do que um cadeado na porta. Quando os explosivos são transportados, o único requisito de segurança exigido é uma placa no caminhão com os dizeres TRANSPORTE DE EXPLOSIVOS, com o propósito de alertar os transeuntes para o risco de explosão, mas que alerta também os bandidos para assaltar o caminhão.

Um projeto de Minas Gerais obriga a colocação de telefone de emergência junto a caixas eletrônicos com ligação direta aos serviços 24 horas dos bancos. É uma medida que desconhece que os bancos já monitoram 24/7 com câmeras estas áreas, comunicando imediatamente à polícia qualquer atitude suspeita.

Essa legislação subnacional disfuncional e ineficaz sobre segurança bancária representa um elevado custo para o sistema, que acaba sendo repassado aos clientes através dos spreads bancários, que são objeto de grande reclamação e debate no Brasil. São leis que agregam pouco ou nada em termos de segurança, servindo principalmente a lobbies de fornecedores de bens e serviços, que encarecem o custo do crédito.

A Constituição Federal dispõe que prover segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos. A proliferação de leis estaduais e municipais transforma em dever legal o que a Constituição diz ser uma responsabilidade, que os bancos já demonstram cumprir. Uma indústria com atuação nacional como o setor bancário precisa de padronização e eficiência em suas operações, o que é impossível com legislações subnacionais que determinam, sem qualquer análise prévia de custo-benefício, a adoção de diferentes medidas de eficácia duvidosa.

Há uma proposta de emenda constitucional em tramitação no Senado, a PEC n.º 08-18, de autoria do Senador Davi Alcolumbre e outros senadores, que estabelece ser competência privativa da União, a ser incluída no art. n.º 22 da Constituição, a função de legislar sobre assuntos atinentes às instituições bancárias autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Essa PEC aguarda o parecer do relator na CCJ.

Outra legislação que ajudaria nesse assunto é a aprovação do PL n.º 6-2010, de autoria do Senado, já aprovado na Câmara que requer a manifestação prévia da Polícia Federal sobre a eficácia de equipamentos de segurança para agências bancárias e estabelece que a segurança das dependências bancárias em que há movimentação de numerário e presença de público é matéria de interesse nacional.

Uma definição legal nesse sentido em lei específica ajudaria na discussão judicial de muitas dessas leis nas quais os municípios alegam estarem legislando em assunto de interesse local.

REFERÊNCIAS

Beccaria, C. *Dos Delitos e das Penas*, Editora Atena, São Paulo.

Becker, S. Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, em G.S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press, 1976.

Bentham, J., *The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, New York.

BID, Banco Interamericano de Desenvolvimento, *Os custos do crime e da violência: novas evidências e constatações na América Latina e Caribe*, Laura Jaitman (ed.).

Chalfin, A., *Economic Costs of Crime*, em *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, Wesley G. Jennings, John Wiley & Sons.

Ministério da Justiça e Segurança Pública, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, DEPEN*, junho 2016.

Presidência da República, Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos, *Custos Econômicos da Criminalidade no Brasil*, em *Relatório de Conjuntura n. 4*, junho 2018.

CAPÍTULO 4

O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

JOSÉ ROBERTO AFONSO



JOSÉ ROBERTO AFONSO

Doutor em desenvolvimento econômico pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), mestre em economia da indústria e da tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e graduação em ciências econômicas pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Professor da pós-graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e investigador do Centro de Administração e Políticas Públicas da Universidade de Lisboa (CAPP/ULisboa). Foi superintendente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social (BNDES) e assessor técnico especial do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Nacional Constituinte.

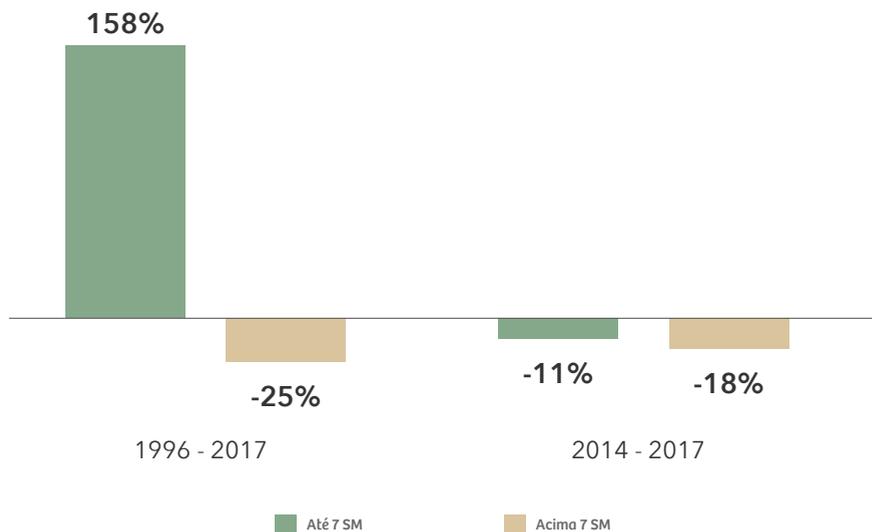
JOSÉ ROBERTO
AFONSO

FINANCIAMENTO DA (IN)SEGURIDADE SOCIAL NA ERA DO TRABALHO 4.0

Segundo o dicionário, “previdência” significa prevenir ou buscar evitar previamente transtornos, enquanto “providência” trata de dispor previamente dos meios necessários para obter um fim, evitar um mal e/ou remediar uma necessidade. Mesmo com a reforma recém-aprovada, parece que a previdência no Brasil precisará continuar a depender da providência divina.

Antes de tudo, vale mencionar que um fato grave para a sustentabilidade do regime geral de previdência é o drástico encolhimento do montante de contribuintes (e da correspondente base salarial) com salário acima do teto de contribuição, uma vez que seus empregadores contribuía sobre o total da folha salarial. Se, em 2017, havia 132% a mais de empregados do que em 1996, isso decorreu exclusivamente do aumento de 158% entre os que ganhavam até sete salários mínimos, tendo o número de empregados acima desse salário registrado queda de um quarto (vide gráfico). Esse descompasso foi particularmente acelerado na recessão, pois, em apenas três anos (2014-2017), enquanto caiu em 11% o grupo de assalariados abaixo do teto, a retração foi de 18% para aqueles acima do teto e de entre 20% e 24% para aqueles com acima de 15 salários.

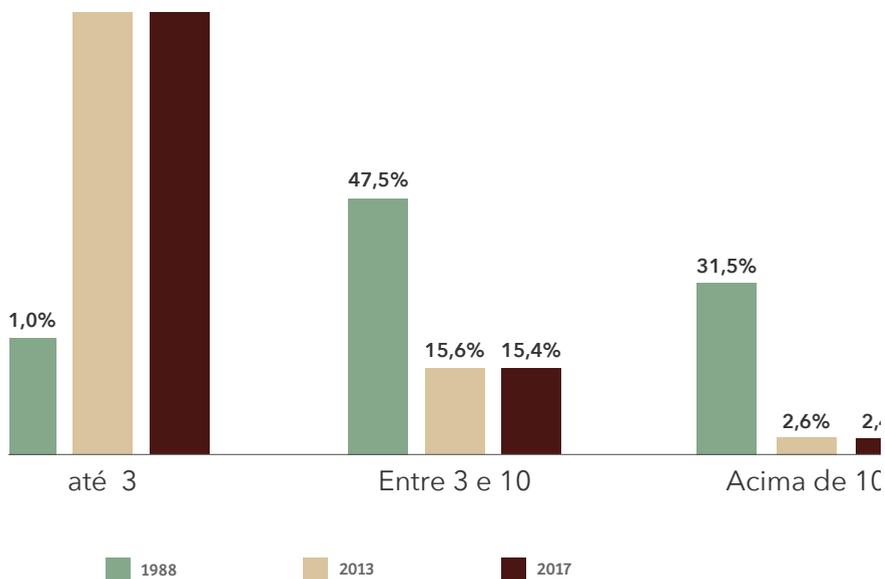
Gráfico 1 - VARIACÃO DA QUANTIDADE DE CONTRIBUINTES EMPREGADOS (ATÉ 7 SALÁRIOS MÍNIMOS X ACIMA DE 7 SALÁRIOS MÍNIMOS).



Fonte: Dataprev e AEPS 2017. Elaboração: FGV.

O debate atual da Reforma da Previdência tem omitido que tal movimento quebrou um dos princípios básicos do regime brasileiro – o da subsidiariedade cruzada – na medida em que empregadores que pagam salários maiores passaram a financiar cada vez menos aqueles com menores benefícios. Uma análise da composição de contribuintes empregados por faixa de valor no pós-constituente mostra o quão devastadora foi essa mudança trabalhista e social. A participação relativa dos que recebem até três pisos previdenciários quase quadruplicou, enquanto aqueles com renda superior a 10 pisos experimentaram uma queda drástica – de 31,5% dos contribuintes para 2,4% do total, entre 1988 e 2017 (vide gráfico).

Gráfico 2 - CONTRIBUINTE EMPREGADOS POR FAIXA DE VALOR (EM PISOS PREVIDENCIÁRIOS - 1988 X 2013 X 2017).



Fonte: Dataprev e AEPS 2017. Elaboração: FGV.

Se a evolução das contribuições aqui citadas respeita a fatos já ocorridos, o cenário futuro é ainda mais preocupante para a previdência brasileira. Tem sido ignorada no Brasil a radical transformação estrutural das relações de trabalho, que começou até mais cedo no país do que em muitos outros e que afetará diretamente o futuro – tanto na capacidade do poder público de oferecer proteção aos trabalhadores contra sinistros e velhice quanto de custear esse sistema, inclusive dos trabalhadores passados que se tornaram assistidos ou aposentados. No exterior, discute-se há muito tempo o futuro do trabalho, a ser alterado pela automação e pela economia compartilhada.¹ Até os organismos multilaterais já alertam para a inevitável mudança no contrato ou pacto social.²

¹ O futuro do trabalho tem sido objeto de atenção recorrente da OCDE (ver <https://goo.gl/8gMQXF>) e do Fórum Econômico Mundial (por exemplo, ver: <https://goo.gl/dJ3JtH>), ou de artigos como os de James Manyika, da McKinsey (ver em: <https://goo.gl/gE64up>) e de Carl Frey e Michael Osborne (<https://goo.gl/TbdMZ9>), dentre outros.

² Esse foi o tema central da edição de dezembro de 2018 da revista do FMI e Banco Mundial, *Finance & Development*, vol. 55, n. 4. Disponível em: <<https://bit.ly/2PavVLN>>.

Trabalho não será mais necessariamente sinônimo de emprego. Sem este, sem carteira assinada, sem empregador contínuo, cada vez mais trabalhadores perderão o acesso ao regime geral de previdência social. Não seria um desafio caso se poupasse e para o futuro, mas, mundo afora, não se faz isso de forma suficiente ou adequada, e o brasileiro aparece em pesquisas como aquele que menos poupa para a velhice. Está traçado um grave e preocupante cenário de insegurança social, que atrai crescente atenção no exterior, mas segue ignorado no (raro ou raso) debate político e econômico do Brasil – como se ignorar o problema fosse o atalho mais curto para equacioná-lo.

Antes de tudo, é preciso ter presente que a revolução digital não se limita aos aspectos tecnológicos. Dentre muitas outras mudanças econômicas e sociais, o mercado laboral já experimenta transformações que impactam o financiamento da seguridade social e do governo como um todo, porque, desde a primeira metade do século passado, aquele custeio se sustentou em contribuições sobre a folha salarial – um dos três pilares que sustentam a arrecadação tributária mundial, que definitivamente foi abalado.

É um cenário que vai muito além da destruição de empregos formais pela automação e robôs. Não só se espera ter menos trabalho, mas também que este nem sempre corresponda a emprego. Surgiram novas formas de se trabalhar, mais flexíveis e acessíveis, sem horário e sem local fixo, contratados geralmente por tarefas, sem que necessariamente se firme um contrato formal de emprego.

A tecnologia digital promoveu mudanças perceptíveis na dinâmica laboral: novas oportunidades profissionais surgiram em conjunto com a eficiência, a racionalização, a criação de valor e a maximização do lucro (EUROPEAN COMMISSION, 2018, p. 6). Por outro lado, essa mesma economia digital acarretou na redução na contratação de trabalhadores jovens e submetidos a funções tradicionais (WORLD BANK, 2019, p. 20).

Muitas atribuições antes comumente designadas a seres humanos estão sendo transferidas a robôs, em especial aqueles configurados com inteligência artificial, aponta o Banco Mundial. De fato, a quantidade de utilização de robôs no mundo está aumentando em uma velocidade

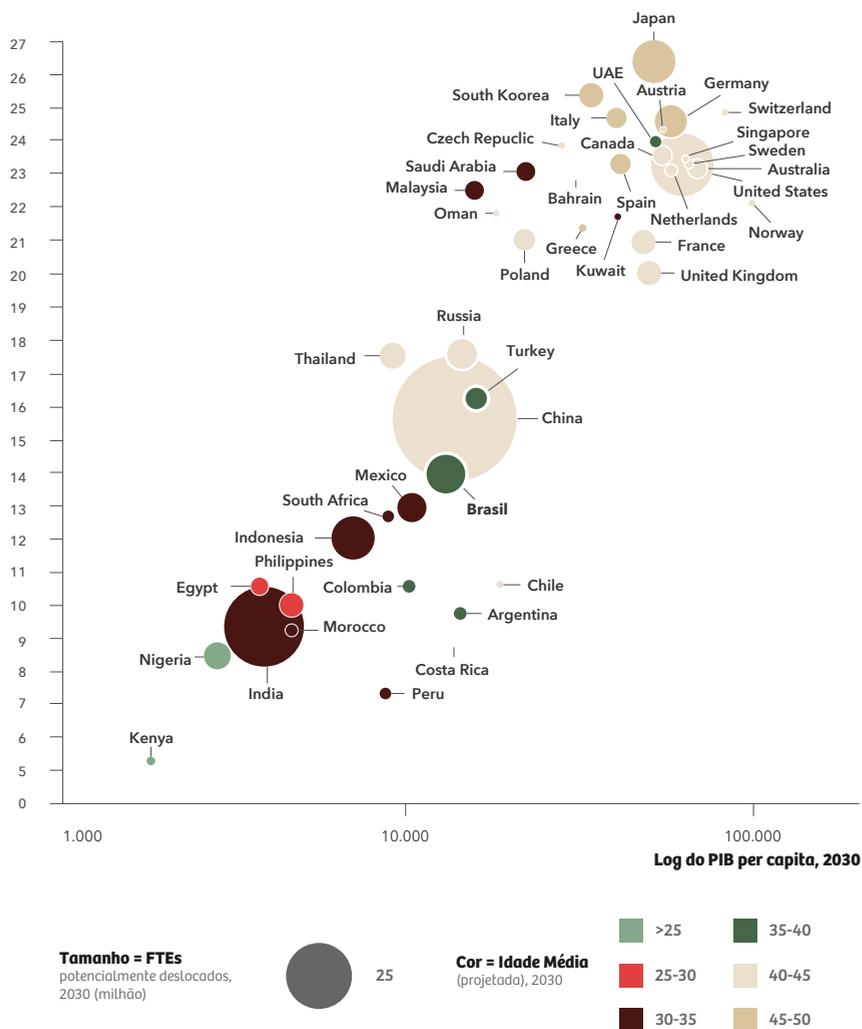
surpreendente: até 2019, 1,4 milhão de novos robôs industriais estarão operando, convertendo em um total de 2,6 milhões em âmbito mundial; até 2025, tarefas desempenhadas por máquinas aumentarão de 29% para 50% (WORLD ECONOMIC FORUM, 2018, p. viii). Significa que a robótica está substituindo o labor do trabalhador comum. Por outro lado, na China, por exemplo, a JD Finance, plataforma comercial líder do país, embora tenha extinguido a contratação de trabalhadores para ocuparem funções de empréstimos tradicionais, criou três mil contratações de gerenciamento de riscos ou de análise de dados para a melhoria de algoritmos para empréstimos digitalizados (WORLD BANK, 2019, p. 20).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2018, p. 32) observou uma maior adesão dos trabalhadores às plataformas on-line nos últimos anos. Uma pesquisa on-line (PESOLE, et al., 2018) envolvendo 15 países-membros da União Europeia aponta que 8% dos profissionais ativos trabalham em plataformas da web ao menos uma vez ao mês e 2% adotam plataformas como principal meio de obter renda.

Assim, natural que a Comissão Europeia (2018, p. 19) também afirme que a tecnologia e a globalização, em conjunto, estão transformando a natureza e a finalidade laboral, pois o tradicional, que antes era o trabalho realizado por um ser humano em tempo integral e remunerado a longo prazo, transformou-se em trabalho humano flexível, muitas vezes sem período de tempo definido, periódico e em plataformas on-line.

Nas estatísticas do Fórum Econômico Mundial (2016), 42% dos trabalhadores brasileiros serão atingidos por essas mudanças. Até 2020, serão 2,1 milhões de vagas criadas, principalmente em áreas de computação, matemática, arquitetura e engenharia, contra 7,1 milhões de empregos que desaparecerão do mundo em decorrência de redundância, automação e desintermediação.

Gráfico 3 - PERCENTUAL DE ATIVIDADES DE TRABALHOS ATUAIS DESTACADAS PELA AUTOMAÇÃO, 2016-30, CENÁRIO DE ADOÇÃO DE PONTO MÉDIO.



Fonte: McKinsey (2017). Disponível em: <<https://mck.co/2sTNKGL>>.

A dimensão das atividades laborais que tendem a ser mais expostas à automação (ver previsão de 2016 a 2030 no Gráfico 1) demonstra que o sistema de seguro tradicional, baseado na uniformidade e na estabilidade, não consegue acobertar efetivamente os trabalhos autônomos,

trabalhos de salário informal (sem contratos escritos ou proteções) e trabalhos de baixa produtividade, que são a regra em países em desenvolvimento. Ainda há a questão da desigualdade de gênero que acomete mulheres tanto no ingresso no mercado laboral quanto no fornecimento do seguro social, assim como a dificuldade na contratação dos agricultores migrantes da industrialização da agricultura para os ambientes urbanos (WORLD BANK GROUP, 2019).

Com novas tecnologias, oportunidades de trabalho, maior qualificação técnica, tarefas tenderão a ser desempenhadas na forma de projetos descontínuos, ao invés de atividades contínuas de empregos. Os trabalhadores, cada vez mais, irão firmar contratos para empreitadas específicas no lugar da assinatura da carteira profissional.

Mesmo com tantas transformações ocorrendo de forma tão rápida ao redor do mundo, as políticas atuais de seguridade social ainda estão associadas a contratos de emprego estável (IMF, 2018, p. 11). Os ajustes na política de proteção social devem ser, portanto, devidamente realizados para efetivar a justiça distributiva.

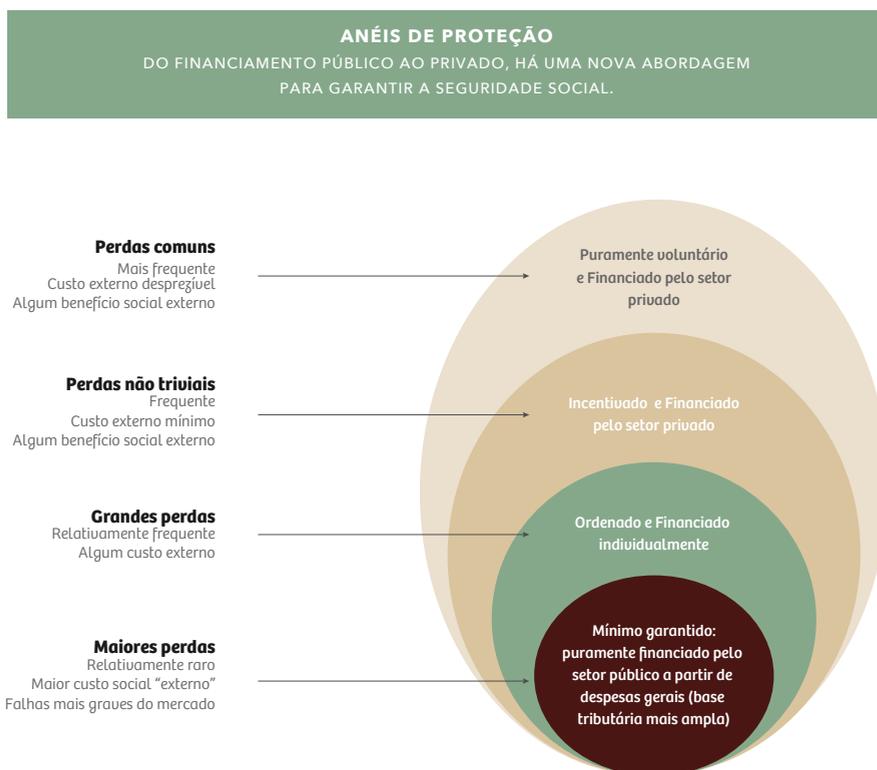
Em realidade, a tecnologia digital não é o cerne da mudança no mercado de trabalho. Segundo a Comissão Europeia (2018, p. 7), existe o problema de muitas pessoas não conseguirem encontrar emprego ou ganhar satisfatoriamente para desfrutar de uma vida digna, e isso se dá por políticas públicas e instituições que facilitam a precariedade das condições de trabalho. Tradicionalmente, o desenvolvimento econômico está a par da formalização, refletindo no sistema de proteção social e regulamentação trabalhista, e o trabalho acobertado atualmente é o tradicional, cujos programas de seguro social e regulamentos garantem um salário mínimo ou pagamento adiantado. Com as mudanças tecnológicas e, conseqüentemente, a natureza do trabalho, o padrão de exigência do trabalhador modifica o comportamento dos empregadores, que passam a exigir benefícios do Estado (IMF, 2018, p. 11).

Além dos organismos multilaterais já citados, o Fórum Econômico Mundial, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e a Comissão Europeia, recentemente, discutiram ou se preocuparam como as transformações laborais estão por impactar a seguridade social.

Eles convergiram que administrações públicas terão de mudar rápida e profundamente as suas políticas sociais e econômicas para serem condizentes com a nova realidade trazida e construída pela era digital.

O FMI (2018) sugere que a taxa de cobertura considere anéis de proteção (ver Gráfico 2). Para tanto, será necessário um novo contrato social. É natural a assunção de que é necessário repensar as escolhas passadas, pois elas não são mais condizentes com o cenário atual, tampouco o futuro. Apenas uma reformulação das políticas de financiamento social seria capaz de garantir segurança em uma economia globalizada e em célere desenvolvimento (SHAFIK, 2018).

Gráfico 4 - NOVA PROTEÇÃO SOCIAL: TAXA DE COBERTURA (RUTKOWSKI, 2018).



Fonte: Rutkowski (2018). Disponível em: <<https://bit.ly/2QvV447>>.

Quando observados os dados empíricos, nota-se que são alarmantes. O Diretor Sênior do Banco Mundial (IMF, 2018, p. 12) apontou que uma parcela significativa, de 80% de força de trabalho, não é coberta pela seguridade social, em escala mundial – felizmente, nesse quesito, ao menos hoje, a situação brasileira é bem diferente (porém não deve se manter).

Para contornar o problema, a OCDE (2018, p. 24 et seq.) sugere a vinculação de direitos a trabalhadores autônomos em vez de relações de trabalho específicas, ou fazer o oposto e desvincular os benefícios das contribuições. Ao individualizar a seguridade social, foca-se o seguro para trabalhadores individuais, e não por relação de contrato empregatício. No registro constariam todas as contribuições para a previdência realizadas pelos próprios trabalhadores, empregadores ou o próprio Estado de ofício.

Alternativa muito popular, inclusive defendida pelo FMI (2018, p. 12), passa pela oferta de um programa de rendimento mínimo, que redistribua dinheiro a famílias, cujos benefícios diminuam gradativamente conforme a renda aumente. Também poderia haver instituição de renda básica universal, com transferências monetárias incondicionais para todos, independentemente de renda. Uma solução intermediária, prossegue o FMI, seria o imposto de renda negativo, que forneceria recursos para pessoas abaixo de certo nível de renda, com um limiar relativamente alto e a retirada gradual dos benefícios. Considerando que essa modalidade de imposto deve constar no ciclo de declaração, ele tenderia a ser pago anualmente.

Outra sugestão feita é a possibilidade de uma menor garantia de rendimento mínimo suplementado por outros programas, a exemplo de abonos universais para crianças, bem como pensões sociais. O seu custo dependerá do tipo de benefício, escala de cobertura e do gráfico de distribuição de renda.

A OCDE (2018, p. 24 et seq.) e o Banco Mundial (2019, p. 106) são enfáticos quanto a tornar a seguridade social mais universal. Somente ao impulsionar que as finanças públicas acompanhem a revolução digital, reconhecendo a automação do trabalho e a adesão dos profissionais

aos trabalhos independentes e fluidos, será possível repensar formas outras de proteção que não mediante a carteira assinada. Em tese, seria muito fácil, para o Brasil, caminhar nessa direção por seu desenho institucional, mas, na prática, a realidade é outra.

Quando promulgou a Constituição em outubro de 1988, o Brasil fez uma reforma ousada de ampliar e universalizar a seguridade social e diversificar suas fontes de financiamento. O princípio geral parece que nunca foi colocado na prática, nem mesmo como políticas sociais de governos. No custeio, a emenda constitucional voltou a vincular a contribuição sobre salários exclusivamente ao custeio dos benefícios previdenciários. A desvinculação das receitas redirecionou o arrecadado com demais contribuições sociais para custeio dos servidores inativos e depois qualquer dotação fiscal, inclusive serviço da dívida.

Nem com o recente debate nacional da reforma previdenciária se tentou resgatar o conceito mais amplo da seguridade social, inovação da Assembleia Constituinte. Sequer foi tentado colocar no debate tão polêmico uma visão estratégica e harmônica das diferentes ações públicas que compreendem a seguridade social, tendo monopolizado toda a atenção ao acesso e ao pagamento de benefícios. Quanto mais rápido se adiantar o futuro e crescer o contingente de sem-emprego e sem-previdência, mais inevitável será debater e promover uma nova reforma, só que agora da seguridade social no país.

Se o Brasil já tem, hoje, mais trabalhadores independentes do que com carteira assinada, isto é, se os desprotegidos já superam aqueles plena e adequadamente cobertos pela previdência, o mundo do trabalho na era digital tornará ainda mais complexo repensar o padrão de financiamento e de organização da seguridade social. Em termos individuais e privados, os mais ricos e até mesmo a nova classe média precisarão buscar proteção poupando para a velhice. No Brasil, no entanto, em que pese pouparem muito comparado à renda domiciliar, proporcionalmente pouco o fazem aplicando no longo prazo. Já o poder público precisará alargar e vincular a reforma previdenciária à tributária. A Constituinte de 1988 já inovou ao acrescer faturamento, lucro e loterias ao lado de salários para financiar a seguridade social como um todo, mas isso se revelou insuficiente pelo deslocamento das tendências de pressão de gasto da previdência vis-à-vis o desempenho da tributação da base salário.

Mais do que nunca, é preciso estudar e debater sem preconceitos – o que se começa conhecendo mais informações e estatísticas. Não se manterá a previdência do futuro apenas apostando na providência divina, mesmo achando que Deus é brasileiro.

REFERÊNCIAS

EC – EUROPEAN COMMISSION. Future of Work, Future of Society. European Group on Ethics in Science and New Technologies. Opinion No. 30. Brussels, 19 December 2018.

IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND. Reimagining social protection: new systems that do not rely on standard employment contracts are needed. Washington, DC: World Bank, 2018.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The Future of Social Protection: What Works for Non-Standard Workers?. OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-future-of-social-protection_97892264306943-en#page1. Acesso em 12/05/2019.

PESOLE, A. et. al. Platform workers in Europe. Publications Office of the European Union, 2018.

SHAFIK, N.. A New Social Contract. FINANCE & DEVELOPMENT – IMF & London School of Economics – LSE. Dezembro 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2PavVLN>.

WEF – World Economic Forum. The Future of Jobs Report 2018: Centre for the New Economy and Society. Switzerland: World Economic Forum, 2018.

WORLD BANK. World Development Report 2019: The Changing Nature of Work. Washington, DC: World Bank, 2019.

CAPÍTULO 5

ATIVISMO NA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

ELIVAL DA SILVA RAMOS



PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Doutor em direito, Estado e constituição pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em direitos humanos pela Universidade de Essex e graduado em direito pela UnB. Subprocurador-geral da República e professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Há diversos modos de se encarar o fenômeno do ativismo judicial. Um deles recomenda que se reflita sobre o que a expressão designa, até para que se possa discernir quando o fenômeno se configura e como deve ser enfrentado.

É comum apontar que a expressão tem as suas origens nos Estados Unidos. Teria sido cunhada por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., num artigo para leigos, numa revista de variedades, *Fortune*, edição de 1947, entre propagandas de whisky e loção pós-barba, sem intenções acadêmicas ou de crítica especializada. O autor se concentrava em descrever as antipatias que os juízes da Suprema Corte dedicavam-se mutuamente. Schlesinger identificava dois grupos entre os juízes: os campeões da auto-contenção e os ativistas judiciais. As expressões não eram acompanhadas de maior reflexão metodológica que lhes revelassem um significado academicamente depurado.

A expressão, de toda sorte, pela sua apenas aparente nitidez, ganhou público, inclusive juristas, encantando também políticos e jornalistas mundo afora. Contam-se na casa das dezenas de milhares os artigos em revistas especializadas americanas e, em proporção menor, brasileiras, que se valem dessa locução que, sem embargo, nunca superou sua viscosidade denotativa inicial.

As concepções díspares e desarticuladas do fenômeno levam doutrinadores americanos a negar tanto seriedade como utilidade às palavras conjugadas na revista popular de 1947. Fala-se que os que pretendem entender a discussão veem-se, inclementemente,

desamparados do ponto de vista metodológico, numa “babel desconexa”.¹ Daí, o conselho para que se evite o emprego da expressão ativismo judicial, desdenhada por ser “irremissivelmente banal”, “pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda”.²

Como quer que seja, o fato é que a expressão ganhou adesão geral e vem sendo utilizada tanto em ambientes leigos como especializados, raramente com cuidado de precisão linguística, servindo, ademais, tanto para louvar como para lastimar decisões, sobretudo no campo da jurisdição constitucional.

Registra-se que o ativismo judicial não se apresenta com coloração ideológica firme. Tanto se cogita de ativismo conservador como liberal, de direita ou de esquerda.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência iniciada com o caso *Lochner*, de 1905, é vista como exemplo característico de ativismo conservador, em que a Suprema Corte impôs aos Poderes Legislativo e Judiciário a sua visão de que a Constituição americana assumira o modelo político-econômico do *laissez-faire*.³

O ativismo ganhou feitiço liberal quando a Suprema Corte se lançou à pauta dos direitos civis durante as presidências de Warren (1953-1969) e de Burger (1969-1973).

Voltou a ser conservadora quando a Corte arbitrou as eleições de 2000 entre Bush e Gore.

Em todas essas fases, os descontentes, de esquerda ou de direita, usavam o termo “ativista” para criticar as decisões havidas.

1 Bradley Canon. “Judicial Activism”. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983, p. 239.

2 Craig Green. “An intellectual history of judicial activism”. *Emory Law Journey*, vol. 58, 2009, p. 198.

3 Esse momento, que durou até 1937 (caso *West Coast Hotel v. Parish*), assustou o observador francês, Édouard Lambert, que o descreveu com linhas estarrecidas, no livro “*Le Gouvernement des Juges*”, de 1921, influente para que se assentasse franca repulsa da doutrina e dos órgãos políticos franceses ao controle jurisdicional das leis.

Se o “ativismo judicial” não tem filiação ideológica no plano da tradicional oposição entre esquerda e direita, não menos verdade é que costuma ser verbalizado em tom de desaprovação crítica.⁴

No Brasil, Elival da Silva Ramos atribui-lhe o predicado de “insidioso descaminho”, dizendo-o expressão da “descaracterização da função típica do Judiciário, como incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.⁵

Já o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, defendeu o ativismo judicial que afirmou ser exercido na Corte por imposição implacável “da necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República”. Mostra-se persuadido de que “o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo”.⁶

O que parece ser uma radical contraposição de juízos, no campo valorativo do fenômeno do ativismo judicial, não o é, na realidade. O que se flagra aqui é, antes, uma ilustração eloquente dos múltiplos usos da expressão nos discursos públicos.

Em ambas as manifestações, à primeira vista discordantes, nota-se uma característica comum. Nenhuma delas defende que o Judiciário possa desprezar a Constituição, à guisa de fazer justiça. O Ministro Celso de Mello defende, entretanto, que os instrumentos criados pela Constituição sejam utilizados para suprir omissões inconstitucionais, vendo nisso função que a Constituição de 1988 tornou própria do Judiciário. Se assim é, decisões dessa ordem não seriam intrusivas nas funções típicas dos poderes políticos. Não expressariam, portanto, conduta censurável. A divergência está é na leitura do que seria inerente ao poder de decisão da Suprema Corte.

4 Dworkin, por exemplo, repudia o ativismo, que entende inconciliável com a sua concepção de direito como integridade, na medida em que traduziria um “pragmatismo virulento”, um meio de o juiz “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Ronald Dworkin. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

5 Elival da Silva Ramos. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

6 *Anuário da Justiça de 2010. Consultor Jurídico*, 2010, p. 77.

Daqui parece ser possível extrair um aspecto chave para a compreensão consequente do que seja “ativismo judicial”. Na sua versão mais comum de significado crítico negativo, subjaz-lhe a censura de desbordamento dos limites de competência do Judiciário.

Se se pretende criticar o ativismo no plano interno de uma ordem constitucional, porém, deve-se levar em conta o desenho de separação de poderes que essa ordem particular desenvolveu. Não parece produtivo, nesse plano mais positivo da análise, tomar como parâmetro crítico uma visão abstrata e a-histórica da separação dos Poderes, muito menos uma perspectiva de relacionamento entre poderes tecida em outra latitude geográfica ou em outra dimensão cronológica.

A separação dos Poderes que conduzirá a uma análise crítica de interesse prático do fenômeno do ativismo há de ser aquela ideada pelo constituinte.

O constituinte brasileiro de 1988 certamente não se esforçou por reproduzir, com fidelidade servil, o modelo que Locke ou Montesquieu tinham em seus espíritos quando dissertaram a respeito. As atribuições de competência ao Judiciário Nacional são únicas na História Republicana Brasileira, e não pretendem ser o espelho de algum equacionamento concebido em dado modelo concreto de algum outro país.

Assim, se a própria existência do controle jurisdicional de constitucionalidade é sentida nos EUA, em si mesma, como uma expressão antiga de ativismo – já que a Constituição de lá não prevê expressamente o mecanismo, nem tampouco declara a Suprema Corte guardiã da Carta –, no Brasil, o exercício do controle, em si mesmo, integra textualmente o domínio das atribuições constitucionais próprias do STF.

Não se pode deixar de levar em conta, ainda, o caráter dirigente imprimido à ordem constitucional brasileira, referta de princípios e valores que demandam complementação e concretização legislativa e administrativa. Uma Constituição com essas características dá ensejo a frequentes instâncias de judicialização da política – que, em si mesma, não coincide com o fenômeno do ativismo judicial, mas pode torná-lo mais convidativo e aparentemente justificável.

O importante a reter é que essa materialização da Constituição somada, ainda, à expressa competência conferida à jurisdição constitucional para resolver omissões inconstitucionais, lança o tribunal em campo que tradicionalmente era restrito à atuação dos Poderes dotados de legitimidade democrática-representativa.

Importa ter presente que essa arquitetura particular de pontes e barreiras entre Poderes é direito positivo e segui-la não pode ser visto como acinte à separação de Poderes, como fixada constitucionalmente. Não é dado, em consequência, enxergar no desempenho dessas novas tarefas confiadas ao Judiciário fenômeno a ser escarmentado com a designação negativa de “ativismo judicial”.

A pecha de “ativismo judicial” sobra, então, para os casos em que as instâncias políticas deliberaram, a partir de uma interpretação/concretização razoável da Constituição e, mesmo assim, esbarram numa censura judicial.

Sabe-se que da interpretação/aplicação das normas constitucionais podem resultar, conforme as circunstâncias, soluções discursivamente necessárias, discursivamente impossíveis ou discursivamente possíveis.

Cabe à jurisdição constitucional criticar as deliberações dos poderes políticos, especialmente as do legislador, quando se evidencia certo o dever de agir ou de não agir e as instâncias políticas assumem o comportamento oposto.

Naqueles casos, contudo, em que a Constituição permite interpretação que acolhe razoavelmente a deliberação dos órgãos políticos, o princípio formal da democracia representativa impõe-se como limite à ação corretiva da jurisdição constitucional. Nessas ocasiões, há que se admitir o que Alexy denomina de “margem de ação epistêmica” em favor do legislador, “reconhecendo-lhe a competência para determinar dentro de um certo contorno o que está ordenado e proibido e o que é facultado, de acordo com os direitos fundamentais”.⁷

⁷ A propósito, Paulo G. Gonet Branco. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 183.

Decerto que essas balizas teóricas, traçadas para estremar o ativismo da atuação funcionalmente adequada do juiz constitucional, não formam um algoritmo infalível para a crítica precisa de toda e qualquer decisão judicial. Descobrir quando uma solução é, efetivamente, apenas possível, e não necessária ou terminantemente proibida, envolve polêmicas não menos complexas no plano argumentativo. Ao menos, porém, a compreensão mais precisa das realidades jurídicas envolvidas no assunto auxilia a desmitificar certas narrativas epidérmicas ou mesmo enganadas sobre o ativismo judicial. Precisar-lhe sempre mais os contornos contribui para que críticas e elogios à atuação específica da jurisdição constitucional sejam mais consistentes e produtivos.

REFERÊNCIAS

EC – EUROPEAN COMMISSION. Future of Work, Future of Society. European Group on Ethics in Science and New Technologies. Opinion No. 30. Brussels, 19 December 2018.

IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND. Reimagining social protection: new systems that do not rely on standard employment contracts are needed. Washington, DC: World Bank, 2018.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The Future of Social Protection: What Works for Non-Standard Workers?. OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-future-of-social-protection_9789264306943-en#page1. Acesso em 12/05/2019.

PESOLE, A. et. al. Platform workers in Europe. Publications Office of the European Union, 2018.

SHAFIK, N.. A New Social Contract. FINANCE & DEVELOPMENT – IMF & London School of Economics – LSE. Dezembro 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2PavVLN>.

WEF – World Economic Forum. The Future of Jobs Report 2018: Centre for the New Economy and Society. Switzerland: World Economic Forum, 2018.

WORLD BANK. World Development Report 2019: The Changing Nature of Work. Washington, DC: World Bank, 2019.



ELIVAL DA SILVA RAMOS

Doutor, mestre e graduado em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi procurador e procurador-geral do Estado de São Paulo. Professor titular do Departamento de direito do Estado da Faculdade de Direito da USP e livre-docente na mesma instituição, além de ser membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

ELIVAL DA SILVA
RAMOS

1. O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Em termos genéricos, o ativismo judicial pode ser conceituado como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional.

Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional, não significa isso, por certo, que decisões ativistas necessariamente ampliem, de modo juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo. Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas. Destarte, a norma de decisão concretizada pelo juiz poderá desbordar do direito aplicado de múltiplas formas, como, por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta. No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculiza-

ção do exercício da discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.

Não se discute que o fenômeno do ativismo pode ocorrer na aplicação de normas de qualquer setor do ordenamento. Entretanto, há que se reconhecer a singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional, algo que está diretamente relacionado às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito¹; o caráter monogênico de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil²; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de

1 No primeiro caso, as normas subalternas precedem às constitucionais, sendo, pois, revogadas com o seu advento, ao passo que, no segundo, são posteriores às normas-parâmetro e, desse modo, inquinadas do vício de inconstitucionalidade. Discorri sobre o tema na obra *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67-73. A Constituição portuguesa de 1976 enquadra a hipótese de revogação de ato normativo pela Constituição no conceito de inconstitucionalidade (cf. art. 282, n. 2), o que se reflete no plano doutrinário, aludindo os constitucionalistas lusos à categoria da "inconstitucionalidade superveniente" (em contraposição a inconstitucionalidade originária): veja-se, dentre outros, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1996, t. 2, p. 285-90 e 340.

2 Conforme ensina Norberto Bobbio em seu *Dicionário de política*, escrito em coautoria com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, 5. ed., trad. Carmen C. Varrialle & outros, Coord. trad. João Ferreira, Rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais, Brasília: UNB, São Paulo: IMESP, 2000, v. 2, p. 1.206-11, "a expressão Sociedade civil teve, no curso do pensamento político dos últimos séculos, vários significados sucessivos". O mais comum deles na linguagem política atual, do qual ora estou me valendo, é de inspiração marxista e foi assim expressado por Bobbio: "Na contraposição Sociedade civil-Estado, entende-se por Sociedade civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo com mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político."

atos e omissões legislativas (sistema europeu ou kelseniano de controle concentrado), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense de controle difuso).

Diante disso, não se deve restringir qualquer abordagem que se faça do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, todas as situações de aplicação da Constituição por esses órgãos não de ser avaliadas. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativos-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder, ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado.

Se por meio do exercício ativista se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro Poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica *mutação inconstitucional*³, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte⁴, haverá a interferência indevida na função corres-

3 Anna Cândida da Cunha Ferraz conceitua a mutação constitucional como a “alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas” (veja-se Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9). A citada constitucionalista dedica todo um capítulo de sua vanguardeira monografia às mutações inconstitucionais, dentre as quais arrola os casos de interpretação judicial contrária à Constituição (ob. cit., p. 245).

4 Por função constituinte deve-se entender a atividade de atualização do texto constitucional, deferida ao denominado (impropriamente que seja) Poder Constituinte de reforma. André Ramos Tavares, em sua obra Teoria da Justiça Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217-52, cuida do assunto ao abordar a função interpretativa e de enunciação constitucional dos Tribunais Constitucionais.

pondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). É de se ressaltar, portanto, que o ativismo judicial, em sede de controle de constitucionalidade, pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída⁵.

Por se tratar de um fenômeno e não de um instituto, quer a análise de práticas concretas de ativismo judicial, quer o exame de suas causas, há de ser feito tomando como referência um determinado sistema jurídico.

Na espécie, tendo em vista as finalidades deste colóquio, limitar-me-ei, na sequência, a discutir alguns dos mais expressivos vetores causais do ativismo judicial que tem, insistentemente, frequentado os julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro nos últimos 15 (quinze) anos.

5 Rubio LLorente, no artigo *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 22:49-51, jan./abr. 1988, observa que, “ao ter como objeto de sua decisão não o enunciado da lei, mas as normas jurídicas nele contidas (...) os Tribunais Constitucionais europeus estão criando um Direito que se aparta radicalmente do nosso modelo até agora”. De fato, “se a anulação do enunciado legal, em sua totalidade ou em parte (...) não significa outra coisa que a atuação, junto ao legislador positivo, de um legislador negativo (...), a invalidação de normas que as regras habituais de interpretação e integração permitem deduzir de disposições legais cuja validade, sem embargo, se mantém, estabelece uma dissociação total entre as leis e os conteúdos normativos efetivamente vigentes”, com o que “nosso Direito se converte de maneira crescente em um ‘direito de juristas’, cuja ignorância resultará cada vez mais difícil não aceitar como escusa de seu cumprimento”. O ativismo judicial nessa seara (das sentenças ditas interpretativas) torna ainda mais agudo o caráter desestruturante da criação do direito pelas Cortes Constitucionais, em termos de invalidação ou não de opções exegéticas vinculadas a textos normativos infraconstitucionais.

2. O FATOR INSTITUCIONAL DO “ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA”

Onde o sistema partidário é fragmentado, especialmente em sua representação no Parlamento, compondo-se de agremiações ideologicamente amorfas, com quadros indisciplinados e erráticos, carentes de democracia interna e totalmente permeáveis à corrupção e à fisiologia, somente se poderia esperar como resultado o deslocamento da política nacional de seu *habitat* natural, que é o plano das relações Governo/Parlamento para a esfera judiciária.

Inúmeros autores associam o ativismo judiciário praticado pela Corte Constitucional brasileira, com níveis de intensidade crescentes, à ampliação de direitos e dos instrumentos voltados à sua defesa em juízo proporcionada pela Constituição-cidadã⁶.

A meu ver, esse alargamento de direitos e de instrumentos protetivos, que de fato ocorreu, poderia, se tanto, explicar o crescimento exponencial da judicialização a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, ou seja, o aumento crescente do número de ações judiciais, sobre os mais diversos temas, documentado nos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, o fenômeno do ativismo judicial, compreendido como a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”, importando em “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”⁷, não se explica pelas novas possibilidades de atuação que a própria Constituição de 88 descortinou ao Poder Judiciário e ao seu órgão de cúpula.

6 Dentre tantos, cito Saul Tourinho Leal na obra *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 163, negando que a Corte pratique ativismo no sentido de desbordamento de suas atribuições constitucionais, pois o que teríamos, segundo o autor, seria um “tribunal altivo” convertido na “grande instância de garantia aos exercícios de direitos lançados na Constituição Federal de 1988”.

7 Daí a incompatibilidade visceral entre ativismo e separação dos Poderes, como também entre ativismo e segurança jurídica. Acerca do conceito de “ativismo judicial”, remeto o leitor à monografia de minha autoria, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119, em que também se contém boa parte do texto do item 1 deste artigo (p. 141-5).

O enfraquecimento da representação política no Brasil, quer sob o ângulo do Governo, escorado em bases parlamentares heterogêneas, instáveis e pouco confiáveis, quer sob o ângulo do Parlamento, paralisado pela fragmentação interna na forma de numerosas bancadas partidárias, disformes, pouco coesas e titubeantes, deu ensejo a que outro Poder ocupasse o espaço ocioso.

Uma vez definido o “Exército”, desta feita não munido de armas e sim da toga e do verbo, e o campo a ser ocupado, bastava traçar a justificativa legitimadora da usurpação constitucional. E aqui, não faltaram juristas, de perfil moralista, a defender o primado dos “valores éticos” da Constituição, representados por princípios de ampla projeção e de complexa caracterização sobre os procedimentos formais e limites textuais também nela contidos, como que reavivando a extemporânea postulação da existência de normas constitucionais inconstitucionais⁸, tudo reunido sob um rótulo tão colorido como enganoso de “neoconstitucionalismo”. Da parte dos magistrados, contudo, sobretudo os de alto escalão, prevaleceram razões pragmáticas e, porque não dizer, “despudoradas”, expressas em autojustificativas como esta: assim decidimos, colmatando lacunas de legislação que não são passíveis de preenchimento, ou estendendo o alcance de textos normativos para fora dos limites inexoráveis do “espaço de interpretação” porque o Governo e o Congresso Nacional não atuaram como esperado pela “sociedade”.

Dentre tantos fatores de impulsão ao ativismo judicial, não tenho dúvida de que um dos mais relevantes, no atual contexto institucional brasileiro, é a “incapacidade do aparato governamental (...) de atender à produção normativa identificada pelos próprios Poderes representativos (Presidência da República e Congresso Nacional), como necessária à consecução dos objetivos traçados pela Constituição de 1988”⁹.

8 A referência aqui tem em vista a célebre conferência de Otto Bachof, intitulada *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Atlântida, 1977.

9 Acerca dos fatores de impulsão do ativismo judicial, consulte-se o meu livro *Ativismo judicial*, cit., p. 283-320.

Ainda nesse campo, deve-se reconhecer que a importação acrítica do modelo de separação de Poderes consagrado pela Convenção de Filadélfia, em 1787, alcunhado de regime presidencialista de governo, também está por trás de boa parte dos problemas institucionais brasileiros que apontam para o seguinte quadro: falta de mecanismo eficaz de solução de crises, confusão entre Estado e Governo, personalismo/populismo, fragmentação e inautenticidade partidária, reduzida capacidade deliberativa do Congresso Nacional e, finalmente, o ativismo judicial com a ocupação artificial, ilegítima e pouco produtiva do campo da política pelo direito.

A rigidez presidencialista produz um efeito paradoxal: o sistema não se desmonta pois o Presidente da República, Deputados e Senadores têm mandato fixo, sendo os Ministros do STF vitalícios, entretanto, jamais adquire funcionalidade adequada. Mal comparando, equivale a manter um doente na UTI permanentemente: vivo, porém inerte e pouco saudável...

Aliás, mesmo a estabilidade que o mandato fixo presidencial deveria proporcionar, está em xeque em solo brasileiro na medida em que se banalizou o instituto do impeachment, convolado em forma canhestra e inconstitucional de responsabilização política. Por meio do impeachment não são (ou não deveriam ser...) interrompidos governos ruins ou inconvenientes e sim, sancionados governantes que tenham praticado o ilícito constitucional e legal do *crime de responsabilidade*¹⁰.

Por seu turno, a incursão do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal na esfera de atuação dos demais Poderes, além de ferir de morte a Constituição edificada sobre o princípio cardinal da separação dos Poderes e o Estado de Direito, têm desgastado o próprio Poder usurpador, que se vê às voltas com uma dinâmica a que não está acostumado, nem tampouco preparado.

¹⁰ A falta de sintonia político-ideológica entre governo e maioria parlamentar é outra grave disfunção presidencialista, que, no Brasil de nossos dias, resulta em sucessivos eventos de fisiologia e corrupção (que não se conseguirá eliminar com o uso, ainda que aprimorado, do aparato penal-repressivo) e na criação da exótica figura dos “governos zumbis”, que não mais dispõem de governabilidade, porém, sob o prisma jurídico-constitucional, ainda deveriam subsistir à míngua dos instrumentos de responsabilização política do governo, que somente o parlamentarismo proporciona.

Essa é a denominada “politização da Justiça”¹¹ em sua face mais danosa sob o prisma político-institucional, sendo responsável pela insegurança jurídica que afasta os investimentos e inviabiliza o desenvolvimento econômico, tornando a ambiciosa promessa constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF) um mero enfeite retórico, totalmente irrealizável, ao menos para as próximas gerações.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO, ATIVISMO JUDICIAL E “PRINCIPIOLOGIZAÇÃO” DO DIREITO

O acanhado desenvolvimento da Hermenêutica, no alvorecer do positivismo jurídico (final do século XVIII e primeira metade do século XIX), alimentou diversas proposições teóricas que buscavam destacar a dimensão factual do direito e sua condição de instrumento de regulação de situações concretas, emergentes em determinado momento histórico e em determinada sociedade, devendo, à luz do ideário democrático, expressar a pauta axiológica dessa sociedade para o que muito contribui o labor do exegeta de textos normativos.

Se dentre os autores do final do século XIX e início do século XX, adeptos da visão sociológica do direito, pode-se encontrar um movimento de ruptura profunda e, por consequência, irreconciliável com o positivismo jurídico, por certo estão eles representados na figura de Hermann Kantorowicz, um dos principais articuladores teóricos do movimento direito livre. Assinala Miguel Reale que, para o autor polonês, “haja ou não lei que reja o caso, cabe ao juiz julgar segundo os ditames da ciência e de sua consciência”, devendo, afinal, prevalecer

11 Em sua obra *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim expõe os efeitos destrutivos da politização da Justiça em relação ao próprio Poder que, em tese, dela se beneficia (em termos de acúmulo de poder): “No quadro apontado, o Judiciário, se se considerar sua esfera de intervenção, estaria mais forte. Disto, porém, não lhe resultou aumento de prestígio, ao contrário. Em primeiro lugar, porque sua carga muito cresceu e com ela um retardamento na prestação judicial. Daí (o) descontentamento dos que recorrem a ela, ou dela esperam providências, como a punição exemplar dos corruptos. Em segundo lugar, seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou corresponsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder. Mais, veio ele a ser visto como um colaborador do Governo. Ou, quando decide contra as medidas deste, é por ele apontado como responsável - a serviço da oposição - por decisões contrárias ao interesse popular... Em ambos os casos assume a feição de órgão político, no pior sentido do termo.”

o “direito justo, quer na falta de previsão legal (praeter legem), quer contra a própria lei (contra legem)”¹².

Merecem transcrição, dada a sua atualidade, notadamente na prática judicial brasileira, a descrição do notável jusfilósofo sobre o real significado do Direito Livre:

“Segundo os adeptos do Direito Livre, o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concernentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas, toda vez que lhe parecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete.”¹³

A perspicácia intelectual de Miguel Reale permitiu-lhe antever que a tendência moralista¹⁴ não se esgotaria nas propostas de Kantorowicz e seus seguidores:

“O Direito Livre, que ainda se debate e se discute, foi, como disse o jurista italiano Max Ascoli, ‘uma ventania romântica que assolou os domínios da Jurisprudência’. O que se queria era antepor o valor do caso concreto à previsão racional da generalidade dos casos. Não se poderá dizer que o assunto já esteja superado: uns sustentam ainda hoje que a lei é lei e deve ser interpretada na sua força lógica, ao passo que outros pretendem transformar a lei em meras balizas na marcha da liberdade do intérprete.”¹⁵

12 Cf. Miguel Reale, *Lições preliminares do Direito*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1981, p. 284.

13 *Lições preliminares*, cit., p. 285.

14 Adoto a expressão “moralismo jurídico” cunhada pelo próprio Miguel Reale para caracterizar os juristas ou tendências teóricas que propugnam o primado do “justo” ou do “ético” sobre a estrutura normativo-formal, não para adequá-la a esses valores por meio dos procedimentos objetivos e democráticos traçados pela Constituição e sim para nulificá-la, de modo a conferir ao juiz-aplicador total liberdade de ação (subjativismo) em função de autêntica “cruzada teleológica”, que pretende conduzir a sociedade ao “paraíso terrestre” sob o comando (autoritário) da “vanguarda moral” representada por essa magistratura iluminista. Veja-se o seguinte excerto extraído da obra magna de Reale, *Filosofia do Direito*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 423: “A esses juristas, que não compreendem juridicidade indiferente à licitude ou à ilicitude moral da conduta prescrita ou proibida, vinculando o Direito à Moral de maneira absoluta, damos o nome de moralistas, na falta de melhor qualificação.”

15 Cf. *Lições preliminares*, cit., p. 285.

De fato, a confluência de diversos fatores de natureza variada levou à eclosão no Brasil dos anos 80 de um movimento ou tendência teórica que apresentava nítidas conexões com o direito livre, na medida em que conjugava a preocupação com a base factual sobre a qual incide o sistema normativo e a busca de estratégias para implantar o “socialmente mais justo”, valendo-se do instrumental fornecido pelo próprio ordenamento jurídico¹⁶.

Refiro-me ao direito alternativo, que exerceu alguma influência relevante na produção acadêmica e jurisprudencial dos Estados da Região Sul nas décadas de 80 e 90, alimentado pela insatisfação, primeiro, com o regime autoritário pós-64, e, depois, com a desigualdade socioeconômica que continua reinante entre nós mesmo após 30 anos de vigência da Constituição de 88, tudo isso com boas “pitas” de subserviência intelectual, associadas ao deslumbramento com propostas “vanguardistas” de parcela minoritária da magistratura italiana e espanhola, que pretendiam maximizar a redemocratização recente desses Países por meio do “uso alternativo do direito”.

Pode-se captar o “espírito” do movimento direito alternativo em expressivo excerto de artigo publicado no início dos anos 90, da autoria de Clèmerson Merlin Clève:

“Essa teoria não propõe nova ontologia jurídica. Não propõe uma teoria do ser jurídico alternativa ao direito tal como aparece neste ou naquele espaço-temporalidade (...). Propõe, isso sim, alargar os espaços libertários do direito praticado nesta ou naquela sociedade. Por isso a teoria do uso alternativo do direito não descarta o aparato normativo oficial. Antes procura alargar seus postulados democráticos. Trata-se, então, no dizer de Saavedra López, de utilizar o direito e os instrumentos jurídicos postos à disposição do cidadão, mas os orientando para que assumam uma direção emancipadora.”¹⁷

16 Não é difícil perceber alguma correlação com a estratégia do marxismo-leninismo, largamente difundido na América Latina das décadas de 70 e 80, de valerem-se os seus adeptos das franquias democráticas para, mais adiante, golpearem a própria democracia, implantando sistema político de viés totalitário.

17 Cf. o artigo O jurídico como espaço de luta: sobre o uso alternativo do direito, in O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 202.

Ou seja, há o descompromisso em relação à estruturação de uma teoria do Direito que pudesse ser qualificada de “alternativa” ao positivismo jurídico tão criticado. Afinal, o que se pretende é apenas a destruição, persistente e contínua, das amarras normativas para que as decisões de poder, sejam elas legislativas, administrativas ou, sobretudo, judiciárias, reflitam os “interesses e a prática daqueles sujeitos jurídicos que se encontram submetidos por relações sociais de dominação”¹⁸. Nota-se, claramente, a combinação de preocupações sociais legítimas com decisionismo judicial, inspirado por uma “moral libertadora”, mesmo que à custa do referencial teórico-científico do Direito, transformado em mera técnica de regulação social.

Superado o “modismo intelectual” do “uso alternativo do direito”, em face do avanço da democracia constitucional brasileira, nova “ventania romântica” passou a assolar a produção acadêmica e a prática judiciária nacionais: o neoconstitucionalismo.

Em monografia dedicada ao estudo do deletério fenômeno do ativismo judicial, assinalei a candente fragilidade teórica do neoconstitucionalismo, expressa em confissão curiosa de um de seus mais destacados corifeus:

“Talvez essa seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.”¹⁹

Essa nova tendência, também fortemente estimulada pela importação acrítica e, por vezes, descuidada de doutrina estrangeira, consubstancia nada mais do que “um difuso moralismo jurídico”, constituindo, como tal, “fator de impulsão ao ativismo judiciário”:

18 Palavras de Modesto Saavedra López, incorporadas ao referido artigo de Clèmerson M. Clève, *ob. cit.*, p. 202.

19 Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo: Centro de Estudos da PGE, 63/64:2, jan./dez. 2006.

“Se o positivismo clássico nos remete ao passivismo, o pragmatismo e o moralismo jurídico, necessariamente, desembocam em ativismo judiciário. (...) A razão disso reside no fundamentalismo axiológico que está na base do moralismo jurídico, presidindo a ideia de que há uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve servir de modelo ao direito positivo, atuando o juiz como um autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes ontológicas. Para tanto, deve se valer das ambiguidades, contradições e insuficiências de que os textos normativos são permeados e, principalmente, do controle de constitucionalidade, que lhe permite recusar validade a atos legislativos a partir de parâmetros normativos altamente flexíveis e que se prestam a manipulações argumentativas de toda a espécie.”²⁰

Como destaquei, então, “a principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretensão pós-positivismo tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico aos subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores”²¹.

20 De minha obra *Ativismo judicial*, cit., p. 137.

21 Cf. *Ativismo judicial*, cit., p. 300-1.

4. À GUIA DE CONCLUSÃO: O ENFRENTAMENTO DO ATIVISMO NO BRASIL

Dentre tantas questões que afligem os sistemas democráticos da atualidade, talvez a que tenha dimensões mais globalizantes seja a crise da representação política, para muitos importando no esgotamento do modelo de mandato partidário, porém para outros tantos, dentre os quais me incluo, exigindo atenção especial aos novos meios de manifestação popular direta por meio da mídia digital e reformas no sistema partidário, de modo a torná-lo mais democrático internamente e mais responsivo externamente.

No Brasil, há uma questão prévia que é a da fragmentação quase que suicida do sistema partidário, a pregar a necessidade de reforma constitucional com a adoção de alguma modalidade de voto distrital majoritário no preenchimento das vagas na Câmara dos Deputados²², o que reduziria, naturalmente, o número de partidos com representação naquela Casa legislativa, sem se afastar a possibilidade de introdução combinada de cláusula de barreira²³.

De todo modo, é mais do que evidente que a redução do ativismo judicial no âmbito da jurisdição constitucional brasileira passa pelo enfrentamento da situação de gravíssima atomização do sistema partidário, o que se conecta com o tema da reforma do sistema eleitoral. A partir disso, mesmo em contexto presidencialista, preparatório de futuro encaminhamento do sistema de governo rumo

22 A adoção do sistema eleitoral distrital majoritário, em um ou dois turnos, na eleição de Deputados Federais, exige a alteração do art. 45, caput, da CF, segundo o qual “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (grifo meu).

23 A Emenda Constitucional nº 97, de 2017, não estabeleceu cláusula de barreira, que importa no impedimento da eleição de representantes pelos partidos que não atingirem o patamar mínimo de desempenho eleitoral fixado. Cuidou ela, na verdade, de autêntica “cláusula de bônus por desempenho”, nos termos da qual “terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação”. Além dos previsíveis efeitos menos acentuados dessa emenda em relação ao número de partidos representados no Congresso Nacional, em seu art. 3º foi traçado um cronograma de implantação paulatina, sendo certo que a plena aplicação da disposição acima transcrita foi diferida para momento posterior às eleições de 2030.

ao parlamentarismo, seria reforçada a base de apoio congressional da Chefia do Executivo federal, o que lhe permitiria promover os ajustes indispensáveis nas políticas de governo, todas elas a demandar medidas legislativas e, não raramente, reformas constitucionais, dado o caráter excessivamente analítico da Constituição de 1988. Assim sendo, é de se esperar o natural retorno do Poder Judiciário à função institucional que efetivamente lhe compete, de fiscalização de políticas públicas, sob o prisma da legalidade/constitucionalidade, desvestindo-se do papel (ilegítimo) de elaboração ou mesmo de coautoria em relação a essas políticas.

Porém, o enfrentamento do que chamei de “ativismo judicial à brasileira” exige combate sem tréguas à tendência acadêmico-doutrinária do neoconstitucionalismo, a qual, felizmente, já mostra a sua natureza de “modismo teórico”, perdendo, progressivamente, o apoio nos círculos jurídico-universitários brasileiros.

E se a separação dos Poderes e o Estado de Direito no Brasil hão de ser reforçados com a retomada da política pelos atores legítimos desse setor (grupos intermediários, partidos e representantes políticos), também há que se canalizar a energia reformista para o Tribunal Constitucional brasileiro, que é o Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, advoga-se a sua transformação em autêntica Corte Constitucional, passando a exercer o monopólio do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos diante da Constituição Federal (sistema de controle concentrado).

Com isso, estaria aberto o caminho para significativa redução das atribuições do STF, que passaria a exercer a função de guardião da Constituição de modo especializado, sem dispêndio de tempo com inúmeras outras atividades jurisdicionais, por mais relevantes que sejam, próprias de tribunais superiores integrados à jurisdição ordinária.

Em decorrência da convocação do STF em Corte Constitucional *stricto sensu*, outras alterações em sua estrutura teriam que ser promovidas: ampliação do número de seus integrantes; pluralização do processo de indicação dos Ministros; atribuição de mandato a esses mesmos Ministros, com eliminação do limite de idade; elevação do quórum de aprovação no Senado Federal (evitando a aprovação do nome de figuras polêmicas ou com relações muito próximas a governos, partidos ou grupos econômicos privados); criação de mecanismos de aperfeiçoamento do procedimento de arguição dos indicados perante o Senado²⁴, etc.

Enfim, não será fácil a reversão da tendência ativista do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Bem por isso, uma vez adquirida a consciência, cada vez mais disseminada de que se trata de disfunção a ser debelada, em nome da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito, há que se seguir uma estratégia de combate ao ativismo, estratégia essa mais complexa do que foi aqui apenas esboçado, mas que, certamente, passará pelo reforço da representação política e pela reorganização do STF²⁵.

24 Por exemplo, proponho que, no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal atue um grupo de apoio técnico, composto por juristas e profissionais do direito, de reconhecida competência, com o papel de dirigir ao sabatinado, questões que permitam identificar, com clareza, a sua orientação no tocante à política judiciária e ao relacionamento institucional da Corte com os demais Poderes e com a cidadania.

25 As linhas-mestras dessa reorganização do STF podem ser encontradas no meu livro *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 466-72. Estou certo de que não deve caber ao próprio STF comandá-la, porquanto a soma de poderes assumida pela Corte e, conseqüentemente, por seus integrantes não a fará, espontaneamente, abrir mão de parte deles, ainda que o excesso e diversificação de atribuições, além do desmesurado ativismo judicial, estejam consumindo todo o capital reputacional da Instituição, que continua, a meu juízo, sendo fundamental para o futuro da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

BACHOF, OTTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS? TRAD. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA. COIMBRA: ATLÂNTIDA, 1977.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O TRIUNFO TARDIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL. IN REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. SÃO PAULO: CENTRO DE ESTUDOS DA PGE, 63/64:1-49, JAN./DEZ. 2006.

BOBBIO, NORBERTO; MATTEUCCI, NICOLA; PASQUINO, GIANFRANCO. DICIONÁRIO DE POLÍTICA. 5. ED. TRAD. CARMEN C. VARRIALLE & OUTROS. COORD. TRAD. JOÃO FERREIRA. REV. GERAL JOÃO FERREIRA E LUÍS GUERREIRO PINTO CASCAIS. BRASÍLIA: UNB. SÃO PAULO: IMESP, 2000. V. 2.

CLÈVE, CLÊMERTON MERLIN. O JURÍDICO COMO ESPAÇO DE LUTA: SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. IN O DIREITO E OS DIREITOS: ELEMENTOS PARA UMA CRÍTICA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO. 2. ED. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2001.

FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA. PROCESSOS INFORMAS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 1986.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. ASPECTOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2003.

LLORENTE, RUBBIO. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE CREACIÓN DE DERECHO. IN REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. MADRI: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, 22:9-51, JAN./ABR. 1988.

MIRANDA, JORGE. MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 3. ED. COIMBRA: COIMBRA ED., 1996. T. 2.

RAMOS, ELIVAL DA SILVA. ATIVISMO JUDICIAL: PARÂMETROS DOGMÁTICOS. 2. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2015.

_____. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: VÍCIO E SANÇÃO. SÃO PAULO: SARAIVA, 1994.

_____. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010.

REALE, MIGUEL. LIÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO. 9. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1981.

_____. FILOSOFIA DO DIREITO. 7. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1975. V. 2.

TAVARES, ANDRÉ RAMOS. TEORIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2005.

ANEXOS

ARTIGOS SELECIONADOS EM VIRTUDE DO EDITAL DE SUBMISSÃO

ANA CAROLINA SANTANA E CARLOS ALBERTO MENEZES

CRISTINA REINDOLFF DA MOTTA

FERNANDA DALTRO COSTA KNOBLAUCH

GERSON DE BARROS CALATROIA

JOSÉ DAVI CAVALCANTE MOREIRA E ALICE OLIVEIRA DE SOUZA CAVALCANTE

LEONARDO BUÍSSA FREITAS E LUCAS BEVILACQUA

LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO

MANOEL REIS



ANA CAROLINA SANTANA

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (2012). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professora convidada da Pós Graduação da Faculdade de Integração do Sertão. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Pernambuco.

CARLOS ALBERTO MENEZES

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008); Professor Adjunto III da Universidade Federal de Sergipe. Advogado.

ANA CAROLINA SANTANA E
CARLOS ALBERTO MENEZES

OBSCURANTISMO PENAL E ESVAZIAMENTO DA ESTRITA LEGALIDADE NO BRASIL: ANÁLISE ACERCA DA PREVISÃO DA FIGURA DO MEDO NO PACOTE ANTICRIME

RESUMO

A proposta deste trabalho é analisar, sob a perspectiva da epistemologia garantista, a (in) viabilidade da introdução de termos vagos ou valorativos na seara penal. Debate-se atualmente, no Brasil, um projeto de lei denominado de “Pacote Anticrime”, no qual há a previsão da figura do medo como causa genérica de diminuição de pena e escusa absolutória, ou seja, como causa excludente da própria pena. Entretanto, será demonstrado neste trabalho que a utilização de figuras imprecisas, como a proposta pelo pacote anticrime, pauta-se em substancialismo penal que possibilita discriminações subjetivas e, conseqüentemente, se mostra fonte incontrolável de arbítrio judicial. A proporção da inovação da proposta brasileira pode ser percebida quanto ao instituto jurídico que abarca, pois não se trata de previsão de termo vago em uma tipificação especificamente; trata-se do emprego do termo no excesso punível no cometimento de qualquer crime, amparado em excludente de ilicitude. Desse modo, com a aprovação do projeto, todo o sistema jurídico-penal estará sob o manto da discricionariedade judicial. Fato este que compromete sobremaneira a segurança jurídico-penal e, por desdobramento, o próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: epistemologia garantista; termos vagos; decisionismo judicial

INTRODUÇÃO

Chico Buarque de Holanda, em sua canção “As caravanas”, diz que “filha do medo, a raiva é mãe da covardia”. Nesse sentido, segundo o compositor, a raiva, enquanto sentimento humano, é descendente do medo e ascendente da covardia, e as atitudes por ela movidas já estariam com uma genealogia muito bem demarcada.

Difícil é delimitar quais atitudes estariam impregnadas de raiva, uma vez que a subjetividade desse sentimento humano o transmuda de pessoa para pessoa, em intensidades diversas e com ações que podem ser diametralmente opostas. Mas podemos, em um juízo valorativo, afirmar a perspectiva negativa das ações movidas por este sentimento.

Por outro lado, seguindo a genealogia da canção, o sentimento gerador da raiva, ou seja, o medo, pode ser igualmente gerador de outros sentimentos que provocariam ações diversas, podendo, inclusive, ser gerador da inação, uma vez que o medo paralisa algumas pessoas.

A subjetividade humana na forma de sentir impede que sejam delimitadas objetivamente as ações justificadas por sentimentos. Dessa feita, na seara penal, o dolo no cometimento de um crime é consciência e vontade, objetivamente aferidas, não importando para sua caracterização o sentimento que moveu o autor.

A evolução do direito penal nos mostra que a presença de termos subjetivos, ou seja, que necessitam de maior valoração do julgador, representa a dissolução do comportamento criminoso para aplicação da pena, incluindo-se a análise ontológica do autor do fato. No ordenamento jurídico brasileiro já houve previsões nesse sentido, a exemplo da “vadiagem” disciplinada pela Lei de Contravenções Penais.

Entretanto, veremos neste trabalho que o direito penal dos ordenamentos jurídicos desenvolvidos não permite que enunciações em sentido puramente valorativo sejam incorporadas. Isso, porque o poder de disposição do julgador, que conforme a epistemologia

garantista deve ser reduzido, se tornaria ilimitado, não havendo qualquer controle sobre a motivação do pronunciamento judicial.

No caso brasileiro, mais especificamente do projeto de lei intitulado “Pacote Anticrime”, a atecnia na utilização do termo “medo” tem razão de existir. Primeiro porque o referido projeto foi desenvolvido sem a participação de cientistas e estudiosos nas áreas da segurança pública, criminologia e ciência jurídico penal.

Além disso, o que se propõe de fato parece ser a distinção entre pessoas, através do livre convencimento motivado do julgador, acerca do cometimento de crimes, justificados ou não pelo medo.

Nesse sentido, utilizando-se do instituto do excesso na atuação em excludentes de ilicitude, o pacote anticrime possibilita, ao julgador, a análise acerca do medo que cada pessoa autora de crime sentiu para cometê-lo.

Não há dúvida de que a população brasileira enfrenta uma crise no sistema de segurança pública, e de que grande parte dos brasileiros estão amedrontados; de igual forma, não há dúvida de que essa crise tem raízes também socioeconômicas. Propor a reação ao crime, com a prática de outro crime justificável pelo medo é retornar à vingança privada com o acréscimo da distinção de classes sociais.

Reagir ao criminoso, já etiquetado como tal, com o emprego de violência letal, por exemplo, uso de arma de fogo, e justificar essa ação no âmbito do processo penal como provinda de medo é, sem dúvida, possibilitar o extermínio dos indesejáveis para o Estado Brasileiro.

Defenderemos que a introdução do termo medo, no nosso ordenamento jurídico, além de violar preceitos orientadores do convencionalismo penal, na prática, conduzirá ao genocídio das classes menos favorecidas, que estão à margem da sociedade, e não servem ao mercado de consumo.

Ainda que as consequências da utilização de termos imprecisos como medo sejam nefastas, considerando a amplitude do tema, neste artigo trataremos mais especificamente da impossibilidade jurídica

desta previsão legal vaga e incerta. Demonstraremos que, contrariamente ao que muitos julgadores pensam, o livre convencimento motivado não autoriza a prática do decisionismo judicial. O julgador deve se pautar na cientificidade da produção do pronunciamento judicial e obedecer aos limites legais. Por sua vez, o legislador deve ser objetivo e preciso na enunciação dos termos legais.

1. O VOLUNTARISMO INTERPRETATIVO

O modelo de direito penal atualmente concebido é produto do iluminismo e do liberalismo. A Constituição Federal de 1988 adota o sistema de garantias penais, prevê a limitação do poder punitivo estatal e elenca as exceções nas quais a liberdade de qualquer cidadão pode ser restringida. Por essa razão, podemos afirmar que a Constituição se funda no modelo garantista clássico.

O ordenamento jurídico como sistema foi defendido por Norberto Bobbio, que enunciou a existência da norma fundamental como pressuposto para a unidade desse sistema. A referida norma teria a possibilidade de relacionar-se, direta ou indiretamente, com todas as normas do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995).

Na seara penal, a unidade desse sistema depende da incidência dos princípios garantistas como esquema epistemológico de identificação do desvio penal (FERRAJOLI, 2002). Bem verdade que esse esquema é um modelo ideal, devendo ter o papel de orientador de todo o sistema, desde a definição legislativa do desvio punível à comprovação jurisdicional de determinada conduta como desviante. A racionalidade e a confiabilidade do juízo dependem diretamente da manutenção da epistemologia garantista no ordenamento jurídico, vedando o surgimento de espaço para concepções ontológicas ou substancialistas do desvio punível.

Quanto a estas últimas, importante recordar a figura do “delinquente natural”, na concepção positiva-antropológica; do “direito penal da vontade” ou do “tipo de autor”, na doutrina nazista; e a doutrina stalinista do “inimigo do povo” (FERRAJOLI, 2002).

Mais recentemente, podemos citar a utilização de elementos subjetivos do autor, nos tipos penais, como critério de definição substancial de delitos, a exemplo dos termos “desocupado”, “vagabundo”, “propenso a delinquir”, “delinquente habitual”, “tendência delituosa”, e similares (FERRAJOLI, 2002).

Há, desse modo, uma nítida confusão entre direito e moral, característica do substancialismo penal, que possibilita discriminações arbitrárias, além de incontável invasão na esfera de liberdade do cidadão.

Esse é o modelo do obscurantismo penal, alicerçado na subjetividade dos termos e conseqüente arbitrariedade do julgador. Diante disso, a criminalização reiterada demonstra que o sistema penal se estrutura para que a legalidade não se opere, e seu poder seja exercido com arbitrariedade seletiva dirigida, principalmente, aos indesejáveis (ZAFFARONNI, 2017).

A não operacionalização da legalidade estrita não ocorre através de seu afastamento, até porque não seria juridicamente possível afastá-la. Ocorre através da utilização de critérios ontológicos na definição de delitos, possibilitando a seletividade empreendida pelo julgador.

Os problemas oriundos da discricionariedade judicial não atingem somente a seara penal, mas é neste campo que suas conseqüências são mais nefastas. Não são poucos os momentos nos quais o julgador substitui a razão por sua própria vontade, transmutando a relação entre norma e sentença, que passa a assumir aspecto diverso, o caso concreto é decidido conforme a vontade do juiz e não amparado na racionalidade das leis da lógica (LOSANO, 2010).

Considerando que “toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes” (STRECK, 2017, p. 71). Dessa forma, não defendemos a ausência da atividade interpretativa, de criação, mas sim a possibilidade de um efetivo controle hermenêutico do produto, ou seja, dos pronunciamentos judiciais.

Diversos autores já se debruçaram sobre a atividade criativa do juiz. Hart (2009) apresentou a tese de que o direito possuía um espaço de “textura aberta”, no qual o julgador cria uma regulação para o caso, considerando que antes daquela decisão não havia solução respaldada no Direito da comunidade política.

Por sua vez, Dworkin (2016) enunciou que, quando empregada em seu sentido forte¹, a discricionariedade se traduz na impossibilidade da decisão judicial ser conduzida por um padrão antecipadamente estabelecido. Dessa feita, quando o julgador utiliza seu poder discricionário não se pode dizer que ele está vinculado a padrões, mas apenas aferir quais padrões que ele empregou.

Gadamer (1999) analisando que é o intérprete que atribui sentido ao texto, defendeu que a interpretação da lei não pode ser tida como uma tradução arbitrária. Isso, porque quando o juiz aplica a lei ao caso concreto procura adequá-la às necessidades atuais, para resolver a tarefa prática.

Ainda segundo o citado autor, compreender é aplicar. Desta feita, “se o intérprete é incapaz de compreender o sentido democrático de um texto, a norma que ele irá produzir terá conteúdo antidemocrático” (CASARA, 2017, P.74)

1 Dworkin elenca três sentidos para o termo “discricionariedade”, sentido limitado, fraco e forte.

O próprio Hans Kelsen (2006) referiu-se a esse espaço de conformação do juiz, enquanto órgão aplicador da norma, no âmbito da “moldura da norma”.

A problemática, entretanto, não está restrita à abertura prevista na norma, mas alcança principalmente a limitação do espaço de discricionariedade e, conseqüentemente, arbitrariedade do julgador.

Na seara penal, conforme já observado, essa questão traz um perigosismo prático, pois é através dessa discriminação na aplicação da lei que o Estado desenvolve a distinção entre pessoas. O obscurantismo penal dissolve a legalidade estrita para perseguir nem tanto “pelo que se fez”, mas sim “pelo que é” (FERRAJOLI, 2002).

Cabe ressaltar que o que se procura com a aplicação de limites à discricionariedade do julgador é evitar arbitrariedades, uma vez que há confusão lógica entre as duas situações, haja vista a legitimidade da produção.

Desta feita, a utilização da epistemologia garantista na produção dos pronunciamentos judiciais representa um modelo ideal, um limite de aplicação do sistema penal. Não significa a possibilidade de realização na sua inteireza, mas serve de norte à aplicação do direito, ao julgador.

É imperioso que se faça uma breve explanação acerca da linguagem penal. Isso, porque, tanto as condições de verificabilidade, quanto as de falseabilidade dependem da semântica da linguagem (FERRAJOLI, 2002). Nesse sentido, o uso dos termos “verdadeiro” e “falso”, a respeito de qualquer afirmação, devem ser vistos com cautela, dentro do contexto da linguagem aplicada na referida afirmação.

Percebemos que a utilização de termos indeterminados na lei penal abre margem significativa para aplicação da discricionariedade pelo juiz. Dessa forma, a linguagem, quanto mais

indeterminada é menos apropriada ao processo de refutação, uma vez que possui motivação amparada em valores, juízos de valor, e não em argumentos verificáveis objetivamente.

Concluimos assim, que o melhor emprego da linguagem no âmbito penal é no sentido da exatidão dos termos, para que o processo de subsunção se torne mais seguro e confiável. São os conhecidos tipos penais fechados que consolidam a ideia de uma codificação penal coerente com a perspectiva garantista.

Para limitar a discricionariedade judicial no âmbito penal, evitando o decisionismo/voluntarismo interpretativo, empreendido através do substancialismo penal, propomos a utilização do método desenvolvido pelo modelo garantista quanto aos poderes do juiz na produção das decisões judiciais.

Analisaremos no próximo tópico a aplicação das regras delimitadas pelo sistema garantista, através do exercício do poder judicial, que Luigi Ferrajoli didaticamente o distingue em quatro.

2. EPISTEMOLOGIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Segundo Luigi Ferrajoli (2002), os elementos constitutivos da epistemologia garantista estão ligados à definição legislativa e à comprovação, em juízo, do desvio punível. De forma que, quanto ao primeiro elemento há a correspondência ao conjunto de garantias penais e, quanto ao segundo elemento, essa correspondência se dá ao conjunto de garantias processuais.

Ao conjunto de garantias penais é dado o nome de convencionalismo penal e este relaciona-se com o princípio da legalidade estrita na esfera legislativa, ou seja, no âmbito de determinação abstrata das condutas que merecem ser punidas. O sistema penal não mais admite a formulação de normas constitutivas que exponham pessoas; a normatização deve ser regulamentar, fundamentada em figuras empíricas, em condutas indesejáveis para a sociedade.

O segundo elemento constitutivo da epistemologia garantista diz respeito ao conjunto de garantias processuais que estão ligadas à comprovação jurisdicional do desvio punível. A esse conjunto de garantias Ferrajoli (2002) denomina de cognitivismo processual e o associa ao primeiro elemento, ao da definição legislativa, como sendo sua condição de efetividade.

Observamos que não poderia ser diferente. O sistema mantém sua unidade quando esses dois elementos são efetivados. É necessária a definição precisa de tipos penais fechados que proibam determinados comportamentos, independentemente das pessoas que os praticarem, bem como a correta aplicação da lei, por meio de decisões sem justificativas morais ou ideológicas, mas sim amparadas nas regras metodológicas.

O princípio da estrita legalidade, no seu duplo aspecto formal e empírico, somente será satisfeito se o juízo penal, assim como o legislador, dispensar o caráter constitutivo e tenha caráter recognitivo das normas e cognitivo dos fatos por elas regulados (FERRAJOLI, 2002).

Quanto ao método desenvolvido por Ferrajoli, podemos afirmar que se fundamenta nos poderes judiciais. Para o citado autor, existem quatro aspectos do poder do juiz, quais sejam: o poder de denotação ao qual corresponde a verificação jurídica, o poder de comprovação das provas ao qual corresponde a verificação fática, o poder de conotação no qual se insere o discernimento equitativo e o poder de disposição também podendo ser denominado de poder de valoração ético-política (FERRAJOLI, 2002).

Nesse sentido, o primeiro poder do julgador utilizado para a produção do pronunciamento judicial, qual seja, o poder de denotação, está inteiramente vinculado ao princípio da legalidade estrita que, além de ser garantia fundamental de um sistema penal cognitivo, é também "regra semântica metalegal de formação da linguagem legal" (FERRAJOLI, 2002, p. 99).

Os elementos constitutivos do delito traduzem, nos atuais sistemas penais, a exatidão da linguagem defendida por Ferrajoli, ou seja, a previsão clara da ação, do resultado e da culpabilidade é contemporânea do sistema garantista.

Quaisquer que sejam esses elementos, existe "um nexó metalógico entre a precisão de sua conotação legal e a determinabilidade de seu campo de denotação" (FERRAJOLI, 2002, p. 99). Isso significa que esse nexó se situa entre a legalidade e a verificabilidade, de igual forma entre a semântica legislativa e o cognitivismo judicial.

No que se refere ao segundo poder atribuído ao juiz, poder de comprovação probatória, ainda dentro da análise da verdade processual, percebemos que a verificabilidade e refutabilidade se darão no plano empírico.

A justificação da indução fática realizada no processo possui três condições, quais sejam, o ônus da acusação de demonstrar, através da prova, a veracidade dos fatos narrados na peça acusatória; o direito de defesa de apresentar contra-

provas refutando as hipóteses da acusação e, uma vez assim agindo, haverá o conseqüente ônus da acusação de invalidar a refutação; e a faculdade de o juiz acolher ou não a hipótese acusatória, dependendo do conjunto probatório apresentado pela acusação e das refutações feitas pela defesa.

Essa faculdade do juiz, no modelo garantista proposto por Ferrajoli, não se satisfaz tão somente na aplicação do princípio da livre convicção, pois é necessário que exista uma metodologia apta a reduzir os subjetivismos e aproximar os pronunciamentos judiciais do campo da ciência.

O terceiro poder atribuído ao juiz, por Ferrajoli, na construção de regras metodológicas para a legitimidade do pronunciamento judicial, enquanto produto da ciência do direito, é o poder de conotação.

A objetividade buscada nos dois poderes anteriormente explicitados não enuncia que a produção da decisão judicial é uma tarefa exclusivamente extravalorativa. Ainda que os poderes de denotação ou verificação jurídica e de comprovação ou verificação fática necessitem de um caráter objetivo na sua aplicação, o poder de conotação não segue esse viés.

Ao analisar o cometimento do delito, ainda que este esteja denotado taxativamente na lei, o juiz não fica adstrito apenas a acolher ou afastar a hipótese acusatória diante da comprovação pela indução fática.

O delito, como um fato complexo, vai além da previsão legislativa que não possui a capacidade de dispor de todas as nuances das condutas delitivas. Nesse sentido, é através do poder de conotação que o juiz emprega a equidade como uma das regras metodológicas na construção da sua decisão.

Desse modo, podemos afirmar que essa compreensão equitativa, compreendida no poder de conotação do juiz, corresponde a uma condição de sua imparcialidade.

O último poder do juiz na produção do pronunciamento judicial é o poder de disposição, que está relacionado à margem de discricionariedade do julgador.

Já expomos que o poder de verificação jurídica e o poder de verificação fática, relacionados à verdade processual, e compreendemos que eles são analisados dentro de espaços mínimos e irreduzíveis, diante das regras metodológica, já explicitadas, relacionadas à verdade processual.

Por sua vez, o poder de disposição é exercido em espaços redutíveis, considerando que as decisões são amparadas em valores distintos da verdade (FERRAJOLI, 2002). Dessa forma, os três primeiros poderes explanados por Ferrajoli, e aqui já analisados, são intrínsecos à função jurisdicional.

Por sua vez, o poder de disposição "é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição" (FERRAJOLI, 2002, p. 134).

Assim, verificamos que o poder de disposição é inversamente proporcional aos três poderes anteriores. Isso se deve ao fato de que quanto maior for o espaço de inseguranças na análise cognitiva, ou seja, quanto menor for a análise acerca da verdade processual, maior será a discricionariedade do juiz, ou seja, seu poder de disposição.

Nesse sentido, defendemos a observância da legalidade estrita pelo legislador, no momento da elaboração da norma, para conseqüentemente ser observado o princípio da estrita jurisdicionalidade pelo julgador, na aplicação da norma. Assim, fica reduzido o quarto poder do julgador, referente à discricionariedade, ou seja, à avaliação valorativa do fato e do seu autor.

Entendemos que a inserção de termos vagos e imprecisos, a exemplo da palavra “medo” no ordenamento jurídico penal viola a estrita legalidade e, por conseguinte, alargará a análise discricionária do juiz, contribuindo para o decisionismo judicial. No próximo item analisaremos esse tema.

3. O PACOTE ANTICRIME E A INTRODUÇÃO DO TERMO “MEDO”

Após a análise da problemática dos termos jurídicos abertos, que desencadeiam no voluntarismo interpretativo, expomos a metodologia proposta por Luigi Ferrajoli para a produção dos pronunciamentos judiciais penais, como forma de limitar o arbítrio judicial.

Veremos neste tópico que a proposta de introdução do termo “medo” no ordenamento jurídico penal brasileiro como causa geral de diminuição de pena ou excludente de pena, nos casos de excesso punível, nas excludentes de ilicitude, é, antes de atécnica, perigosa. Isso, porque coloca em risco a racionalidade do sistema penal.

O pacote anticrime propõe o acréscimo ao Código Penal do seguinte dispositivo, como parágrafo a ser acrescentado ao art. 23, “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.” O referido art. 23, do Código Penal, trata dos institutos da legítima defesa, do estado de necessidade, do estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Não há dúvida acerca da amplitude do significado da palavra “medo”, nos seus diversos graus de intensidade e nas diversas consequências que pode produzir.

Nesse sentido, a inovação legislativa, uma vez aprovada, esvaziará os três primeiros poderes conferidos ao julgador, através do método garantista de produção dos pronunciamentos judiciais, e ampliará o último deles, o poder de disposição. Isso, porque resta impossível analisar a configuração e a caracterização do medo, no caso concreto, sem se proceder a um juízo de valor, a uma análise subjetiva ou a um posicionamento pessoal.

Então, verificamos que, se no campo cognitivo há espaços para a incerteza, cresce o poder de disposição e conseqüentemente o decisionismo judicial, amparado em critérios subjetivos do juiz, critérios de justiça substancial ou critérios políticos (FERRAJOLI, 2002).

Registramos que o garantismo, e sua proposta metodológica, não defende o legalismo e a concepção do juiz como uma máquina automática. A proposta argumenta que a neutralidade do juiz corresponde mais à sua honestidade intelectual que à isenção ideológica (FERRAJOLI, 2002). O que deve ser verificado é o desinteresse pessoal no caso concreto, não somente no âmbito da triangulação processual, mas em todo o contexto no qual o fato analisado se insere.

Na verdade, pensamos que, numa população com índices de criminalidade crescente², a maioria das pessoas vive amedrontada. O policial, seja ele civil ou militar, está sob constante pressão e medo no cumprimento do seu dever legal. O subjetivismo desta aferição no campo da aplicação do direito penal conduzirá à uma maior seletividade do sistema.

Primeiro, o Estado Brasileiro flexibiliza as regras para a aquisição de armas de fogo no país³, em meio a uma campanha de "lei e ordem" empreendida pela mídia. Depois, promove uma verdadeira política de "segurança nacional", equivocadamente chancelada pelo Poder Judiciário. Por fim, resumidamente, au-

2 <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018>

3 Decreto 9.685/2019

toriza o cidadãos brasileiros, entre eles os policiais, a reagir a qualquer violação a direito seu, ou de outrem, se sentir medo.

Observamos assim, que o denominado “Pacote Anticrime”, no que diz respeito à introdução de termo vago para eximir de pena quem atue com excesso punível, não se compromete com a técnica legislativa.

Cabe ressaltar, apenas a título de complementação, que, em nenhum momento da elaboração da proposta legislativa, que se apresenta como redutora de criminalidade, pesquisadores de segurança pública, especialistas em criminalidade ou cientistas jurídico-penais foram consultados. Nesse sentido, o próprio projeto de lei se consubstancia em voluntarismo jurídico.

O divórcio entre a ciência jurídica e a ciência social promoveu a ruptura de análises racionais acerca do complexo fenômeno da criminalidade. Devido à ausência de análise crítica, não somente a população (des) informada pelos grandes meios de comunicação, mas também aplicadores do direito, defendem o punitivismo, através do rigor legislativo, como meio de reduzir criminalidade. É o que Zaffaroni (2007) denomina de discurso único do novo autoritarismo cool.

Esse discurso único é pobre e funciona, justamente, porque é pouco inteligente; além de não pensar, ele promove uma “greve de pensamento”, tem como característica o “pensamento nulo”. “O exercício de poder tornou-se tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, ou seja, ele não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade” (ZAFFARONI, 2007, p. 79).

Juarez Cirino dos Santos (2008), discorrendo acerca dos objetivos reais e objetivos declarados do Direito Penal, enuncia que o sistema de justiça criminal possui como discurso oficial, ou seja, declarado, a função de garantir uma ordem social justa, de proteger bens jurídicos reais e, desse modo, promover o bem comum. Entretanto, sua real função seria a proteção dos bens jurídicos dos grupos sociais hegemônicos, através da

seleção de indivíduos pertencentes a grupos sociais subalternos, principalmente aqueles que estão à margem do mercado de trabalho e do consumo social, para serem estigmatizados pelo sistema criminal (SANTOS, 2008).

Uma das formas do Direito Penal proceder a essa seleção é por meio da introdução de termos vagos na lei penal. De modo que “condutas criminosas próprias dos segmentos sociais hegemônicos (...) são definidas de modo impreciso e vago pelo legislador e, portanto, frustram a repressão penal” (SANTOS, 2008, p. 12).

O projeto de lei aqui analisado não propõe a introdução do termo impreciso e vago em tipo penal específico. A proposta vai muito além e autoriza o julgador a isentar de pena quem cometa qualquer crime se excedendo na prática de excludente de ilicitude. Dessa feita, entendemos que o projeto de lei promove a desconstrução da sistemática interpretativa penal, na medida em que a torna impossível de ser efetivada com racionalidade.

Dessa impossibilidade brota um perigosismo ideológico. Segundo Liebknecht, citado por Barata (2017), os julgadores, que provém dos segmentos sociais médio e superior, julgam os acusados que pertencem aos segmentos inferiores; dessa feita, as distâncias sociais e linguísticas que os separam promove a construção do processo de criminalização. Por essa razão, entendemos que a aplicação do termo “medo” impossibilita que o “cidadão de bem”, de igual patamar do julgador, seja etiquetado pelo sistema penal, ao passo que o cidadão proveniente do segmento inferior é facilmente inserido. Há aqui uma autorização implícita para que as pessoas reajam a delitos contra elas praticados, desde que atuem com medo do criminoso.

Acreditamos nesse perigosismo porque as campanhas de “lei e ordem” e a “política de segurança nacional” têm afetado diretamente o Poder Judiciário. Percebemos que a burocracia judicial responde a essa campanha através da imposição de penas “exemplares”; para isso se utiliza de expressões mora-

lizadoras nas próprias sentenças que publica, além de buscar notoriedade pública, através de declarações autoritárias. E, devido ao baixo nível técnico e informativo de seus agentes, acabam contrariando regras básicas do discurso jurídico convencional (ZAFFARONI, 2017).

Pouca técnica jurídica, considerando a aderência a campanhas que violam a própria Constituição, e excesso de livre convencimento motivado parece que são os ingredientes necessários para o Judiciário Brasileiro aplicar o “medo” como excludente de pena, ou seja, escusa absolutória, a todo “cidadão de bem” que esteja protegendo seus bens jurídicos ameaçados pela “bandidagem”.

Nessa perspectiva interpretativa do julgador, Fritz Sack, citado por Alessandro Baratta (2017, p.107), dirá que “a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade preconstituída em relação à atividade dos juizes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos”.

Com a introdução dos termos vagos e imprecisos, a exemplo do “medo”, o exercício do poder de disposição na aplicação da lei, pelo julgador, se torna ilimitado. Fato este que legitima, de forma ainda não experimentada no nosso ordenamento jurídico, a seletividade do sistema penal. A nova qualidade dada ao imputado é criação da sentença penal que o coloca num status que, sem ela, ele não estaria. Logo, “a estrutura social de uma sociedade, que distingue entre cidadãos fiéis à lei e cidadãos violadores da lei, não é uma ordem dada, mas uma ordem produzida continuamente de novo” (BARATTA, 2017, p. 107).

Compreendemos que a aplicação de termos vagos e imprecisos de modo generalizado para o cometimento de qualquer crime, como propõe o projeto de lei aqui analisado, é incompatível com a ciência jurídico penal pois inviabiliza a racionalidade do sistema penal. No aspecto aqui estudado, o projeto propõe o retorno da vingança privada, com a chancela do Poder Judiciário, através de interpretações subjetivas e pouco técnico jurídicas.

CONCLUSÃO

A proposta desse trabalho foi demonstrar o esvaziamento do princípio da legalidade, no âmbito penal, com a introdução de termos vagos e imprecisos, a exemplo da palavra “medo”. O princípio da taxatividade esvazia-se, pois as leis penais indefinidas e obscuras proporcionam uma interpretação idiossincrática pelo julgador.

Defendemos nesse estudo a característica criativa da jurisdição, entretanto, limitada. Através da aplicação do método garantista, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, apresentamos a forma de produção de pronunciamentos judiciais penais que estejam limitados pela aplicação da lei e não se tornem arbitrários com argumentos puramente valorativos.

Como vimos, a observância do princípio da legalidade estrita como técnica legislativa específica que orienta a correta elaboração das leis penais, excluindo previsões arbitrárias e discriminatórias, é o primeiro passo na construção de um Sistema Penal Constitucional. Isso, porque entendemos que é através do referido princípio que inicia a limitação do poder punitivo estatal.

No que diz respeito à aplicação da lei pelo julgador, no caso concreto, argumentamos acerca da imprescindibilidade do esquema epistemológico garantista de identificação do desvio punível como forma de assegurar a racionalidade e confiabilidade do juízo.

Entretanto, demonstramos a violação à racionalidade do sistema quando há o emprego de termos vagos e imprecisos pelo legislador. Isso, porque surge a discricionariedade ilimitada consubstanciada no poder de disposição do julgador que é, sem dúvida, uma fonte inegotável de arbítrio.

A arbitrariedade judicial provém da concepção ontológica ou substancialista do desvio punível, ou seja, o foco se torna a pessoa do delinquente e não o fato criminoso.

Demonstramos ainda que a interpretação voluntarista, sem qualquer apego à legalidade, eivada de argumentos de caráter subjetivo, produz a maior seletividade do sistema penal. No Brasil, há uma natural confusão entre direito e moral, pelos julgadores, consequência do divórcio entre a ciência penal e a ciência social. Essa ausência de conhecimento acerca do sistema criminal na sua totalidade permite discriminações subjetivas, além de incontrolável invasão na esfera de liberdade do cidadão.

Entendemos que a introdução do termo “medo” para isentar de pena as pessoas que excedem no cometimento de delito amparadas por excludente de ilicitude é permitir a vingança privada. O decisionismo judicial é produto da subjetividade na análise do caso concreto e da ausência de fundamentos empíricos precisos.

Se aprovado o projeto de lei, no sentido aqui analisado, teremos o moderno obscurantismo penal que, através do esvaziamento da estrita legalidade, fará a distinção entre pessoas, violando flagrantemente o direito fundamental de igualdade.

Nosso posicionamento é contrário à inserção, pelo projeto de lei denominado “Pacote Anticrime”, do termo “medo” como causa de diminuição ou exclusão de pena, nos casos de excesso punível nas excludentes de ilicitude. Primeiro porque, conforme argumentado, a introdução de termos vagos e imprecisos não é compatível com o princípio da legalidade e inviabiliza a racionalidade do sistema penal. Além, conforme ressaltado, de promover a discriminação/exclusão dos grupos sociais menos favorecidos, marginalizados, excluídos socialmente, de maneira “legítima”.

David L. Altheide, citado por Bauman (2007, p. 15), dirá que “o principal não é o medo do perigo, mas aquilo no qual esse medo pode se desdobrar, o que ele se torna”. Chico Buarque, na sua canção já citada, anota que o medo é pai da raiva e esta, por sua vez, é mãe da covardia. De um modo ou de outro, não há bons presságios para as ações movidas por medo. De igual forma, não há racionalidade em um Sistema Jurídico Penal que se estruture isentando de pena autores de delitos motivados pelo medo. Há, como diz a canção, covardia.

REFERÊNCIAS

BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CASARA, Rubens R. R. Estado pós democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans-George. Verdade e método. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HART, Herbert L. A.. O conceito de direito. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

. Em busca das penas perdidas. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.



CRISTINA REINDOLFF DA MOTTA

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Secretária Adjunta do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro da Comissão Nacional do Projeto Mulheres no Processo Civil, do IBDP. Professora. Advogada.

CRISTINA REINDOLFF
DA MOTTA

SEGURANÇA JURÍDICA E A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS: CONTORNOS DE EFETIVAÇÃO

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o estado da arte no Brasil dos contornos de efetivação das tutelas coletivas e seu impacto na segurança jurídica do jurisdicionado - impactado seja pelas restrições impostas pela legislação e sua aplicação, seja pela demonstração que o sistema é falho - mormente sob dois aspectos: o da limitação em razão do sujeito que ajuíza a ação na qualidade de substituto processual ou de representante, bem como sob o enfoque da limitação quanto aos efeitos da coisa julgada caso esta fique adstrita à territorialidade do órgão prolator da decisão, tanto na hipótese de reconhecer e conceder a tutela, quanto para efetivá-la. As limitações não encorajam os jurisdicionados a buscarem ações coletivas mormente face a falta de segurança jurídica, bem como pelo abalo da confiança legítima face a inobservância da própria Corte de precedente obrigatório.

Palavras Chaves: Tutela coletiva. Segurança jurídica. Limitações. Efetivação

INTRODUÇÃO

A busca de maior segurança jurídica, através de solução isonômica para situações iguais, a necessidade de celeridade e a economia processual justificam o anseio por soluções coletivas.

As restrições, contudo, impostas quando da prestação jurisdicional, demonstram que o propósito de adequada e justa solução ser prestada, quanto à extensão aos sujeitos de direito, gera a necessidade de muitos jurisdicionados terem que buscar seu direito por meio de tutelas individuais, o que remete à insegurança jurídica causada pela possibilidade de se ter soluções distintas na tutela do mesmo tipo de interesse, bem como a uma quebra do princípio da confiança legítima ao deparar-se com a inobservância da Corte a precedente obrigatório por ela própria estabelecido.

1. DA TRANSIÇÃO PARA PROTEÇÃO DE TUTELAS INDIVIDUAIS À COLETIVAS

A entrega pelo judiciário de tutela perquirida na demanda não se mostra suficiente se carecer de meio de concretização, isto é, de técnicas que lhe confirmam efetividade.

O Código de Processo Civil de 1973 regravava tutelas sob uma perspectiva eminentemente individual, deixando de tratar das tutelas coletivas, da forma merecida, por ser fruto de uma concepção iluminista de Direito, caracteristicamente patrimonialista, no que dizia respeito à reparação de um dano. Foi somente ao final do século XX, com a evolução dos ideais de Estado, por conta da prevalência do modelo social, que veio sendo delineada a ideia de proteção de direitos, cuja titularidade pertence a um grupo de pessoas – direito à saúde, à educação, ao lazer, entre outros – e, portanto, difuso. Fez-se necessário, por conseguinte, a previsão de normas que jungidas ao diploma processual então vigente serviriam para garantir tais direitos que exclusivamente o codex processual deixara de fazê-lo em sua gênese. Para tanto, foram criados microssistemas de legislação coletiva¹.

¹ Tais como Ação Popular; Ação Civil Pública; Código Defesa Do Consumidor; Mandado De Segurança; Eca; Idoso.

A cada microssistema corresponde a tutela de direitos que lhe são específicos, de tal sorte que determinados sujeitos estarão legitimados a propor ações em nome de coletividades, direitos difusos, ou até mesmo homogêneos, a depender do caso.

Não caracteriza excesso dizer que as normas do Código de Processo Civil se aplicam aos microssistemas e aos processos coletivos quando não for possível encontrar disciplina minudente acerca da matéria ou, quando existindo, for incompleta.

A autorização só não será evidenciada naqueles casos em que a aplicação da norma processual representar violação aos princípios e à lógica a partir dos quais o microssistema houver sido construído.

É diretriz fundante da tutela coletiva não somente solver problemas como esses, mas também obstaculizar o crescimento do número de demandas judiciais – que conglomerar-se-ão em apenas uma, cuja eficácia é geral – do que decorreria um poder Judiciário menos moroso, evitando ainda decisões tutelando o mesmo direito a sujeitos de direito com conteúdo contraditório.

É basilar e esperado que um sistema jurídico seja capaz de estender aos jurisdicionados decisão coerente e não contraditória, quando o fundamento do pedido estiver fundado em controvérsia de idêntica questão de direito. É imperativo que isso ocorra na tutela de direitos individuais, mais ainda em relação a tutelas de direitos coletivos. É, pois, a simetria da resposta aos jurisdicionados frente a idêntica questão de direito que terá o condão de concretizar de fato os princípios da isonomia de tratamento às partes processuais, da segurança jurídica e da celeridade na tramitação de processos.

Seria esta então forma segura de se atingir os fins precípuos do judiciário. A tutela dos direitos coletivos revela a potencialização desta concretude de segurança jurídica, pois entrega a mesma solução a todo um grupo titular de direitos, uma coletividade. Ocorre que a entrega da prestação jurisdicional de tutelas coletivas, em que pese para titulares dos mesmos direitos, vem sofrendo limitação na extensão da entrega, em razão da limitação territorial que parte da legislação impõe.

2. A LEI 13.105/15 É APLICÁVEL A TUTELA COLETIVA?

A promulgação da lei 13.105/15, estabelece um novo parâmetro processual a ser adotado pelo operador do direito, visando maior celeridade na solução dos conflitos, maior isonomia, e segurança jurídica, ao trazer uma expansão, nos artigos 926 e 927 das fontes de precedentes, introduzindo o IAC e o IRDR.²

O novo diploma, contudo, não supre todas as lacunas do anterior quanto à possibilidade de sua aplicabilidade às tutelas coletivas, relegando sua aplicação tão somente sobre microsistema de processo coletivo, quando não houver disciplina pelo microsistema sobre a matéria ou se a disciplina foi incompleta, e refutando seu uso se a regra do codex processual a ser aplicada ferir os princípios e a lógica do próprio microsistema coletivo.

A ausência de regramento próprio em um microsistema de determinada norma impõe a utilização de norma de outro microsistema, desde que ambos estejam de acordo entre si. A utilização de regra do CPC somente se dá de maneira subsidiária e se ela não contrariar o sistema.

A utilização de técnicas coercitivas, tais como as previstas nos artigos 536 e 139 IV do CPC se faz possível por meio de utilização do regramento específico do microsistema, tais como o art. 11 da LACP, o §3 e §4o. do art. 84 do CDC.

A não utilização da técnica coercitiva do artigo 536 do CPC, por exemplo, se dá em face à presença de aspectos diferenciados daquela astreinte que serve às tutelas de direitos individuais, uma vez que os microsistemas coletivos prevêem multas coercitivas tais quais as astreintes^{3, 4}, mas com regramento inerente à ação coletiva.

2 O IRDR, a propósito é tido como técnica de coletivização.

3 Surgida na França e importada para o Brasil, a astreinte foi criada para dar voz, dar força ao poder judiciário para que suas determinações fossem cumpridas pela parte e pela sociedade. Para isso, criaram a multa de valor altíssimo que reverte ao credor da obrigação, (não precisa ser diária) em relação do obrigado para que este optasse por não se submeter à multa cumprindo a obrigação. Certamente esta opção pelo cumprimento se dá ante a certeza de condenação no caso de descumprimento: o obrigado prefere cumprir a pagar.

4 PRATA, Edson. As Astreintes no Direito Brasileiro. In: Revista de Direito Processual, v. 22, Uberaba. Forense, 2º trim. 1980, pp. 15-50. p. 44.

Ao se tratar de tutelas coletivas, e de sua efetividade, tanto nas técnicas típicas ou atípicas que se utilizam, visando ao adimplemento quanto a própria tutela em si, há um ponto nevrálgico a se debruçar, qual seja a abrangência ou a limitação contida em tais decisões quanto à territorialidade a que fora proferida.

No que tange aos precedentes obrigatórios erigidos sobre o amparo das normas do Código de Processo Civil, estes, na maioria das vezes, tratam de direitos individuais homogêneos.

Os precedentes formados sob o sistema de precedentes obrigatórios se aplicam indistintamente aos processos coletivos ou individuais, mas na mesma linha de aplicação das normas do CPC (normas de tutelas de direitos individuais) e só podem ser aplicadas subsidiariamente e se não forem contra o microssistema da legislação coletiva. No entanto, resta a inquietude quanto à aplicação de uma técnica de coletivização de uma tutela individual em um processo coletivo, pois de certa forma pode representar a afirmação da inefetividade da tutela coletiva em si.

3. ABRANGÊNCIA OU A LIMITAÇÃO CONTIDA EM TAIS DECISÕES EM RAZÃO DA LEGITIMIDADE DO AUTOR

A ação coletiva é proposta por um legitimado, para buscar um direito coletivamente considerado, cuja imutabilidade atingirá uma comunidade ou coletividade.

No caso dos sindicatos, quando estes ajuízam uma ação coletiva o fazem na condição de substitutos processuais da categoria que representam, para buscar a tutela de um direito desta coletividade.

A Corte Suprema julgou, em 19.06.2015, o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral no. RE 883642, (tema 823) quanto à legitimidade dos sindicatos já que estes possuem legitimidade extraordinária, "para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos."⁵

A Corte Superior, por sua vez, foi mais além e reconheceu a impossibilidade de restrição dos efeitos da decisão aos filiados ao sindicato ao tempo do ajuizamento da ação, bem como reconheceu a impossibilidade de limitar subjetivamente a eficácia da decisão em relação a lista nominada apresentada.⁶

O Superior Tribunal de Justiça, alargando o entendimento quanto ao tema, entendeu que a eficácia objetiva e subjetiva da sentença proferida em ação coletiva, proposta em substituição processual, não fica está adstrita aos filiados à entidade Sindical à época do oferecimento da ação coletiva.⁷

5 STF. TEMA 823. RE 883642/ Alagoas, Julgado pelo Pleno do Tribunal. Relator Min. Ricardo Levandowski. Julgado em 19.06.2015. ata de publicação dje 26/06/2015 ata n° 33/2015 - dje n° 124, divulgado em 25/06/2015.

6 STJ. AgInt no REsp 1602913/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016.

7 Neste sentido: STJ. REsp 1270266/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011; STJ STJ. EDcl no AgRg no REsp 1137300/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015; • S T J . AgRg no REsp 1554102/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015.

No entanto, quando a ação é proposta por legitimado tal como a associação, o entendimento é diverso, pois a associação ajuíza demanda na qualidade de representante – e não substituto processual – de seus associados.

A Corte Suprema decidiu que, quando se tratar de ação ajuizada por associação, é exigida *ab ovo*, a lista dos associados, e que os efeitos da decisão não se estendem aos associados que não estiverem na lista.⁸

A interpretação atribuída pela Corte Suprema é que a previsão genérica que consta nos estatutos das associações não é suficiente para legitimá-la para atuar em juízo em defesa de direitos dos filiados. Na hipótese de ajuizamento de demanda por associação, é indispensável que tenha havido autorização expressa dos associados, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Como consequência, há uma limitação à abrangência dos efeitos da decisão a somente aqueles associados constantes na listagem da inicial e que tenham efetivamente dado autorização expressa à associação para representar o associado, ainda que o direito subjetivo pleiteado seja o mesmo.

A hipótese de alguém vir a se tornar titular do direito subjetivo à determinada tutela, por passar a integrar os quadros da associação, quando já houver demanda em curso, não lhe torna extensível os efeitos daquela decisão, uma vez que não constou na lista de representados indicados *initio litis*.

⁸ (...) Faz-se em jogo definir se é legítima a adoção de marco temporal relativamente à filiação de associado para efeito da execução de sentença proferida em ação coletiva de rito ordinário. Em síntese, cabe esclarecer se filiados em momento posterior ao da formalização do processo de conhecimento e que, por esse motivo, não constaram da relação de nomes anexada à inicial da demanda, tendo em vista o artigo 2º-A da Lei no 9.494/1997, são alcançados e beneficiados pela eficácia da coisa julgada. É válida a delimitação temporal. Diversamente da regência alusiva a sindicato, observados os artigos 5º, inciso LXX, e 8º, inciso III, da Lei Maior, no que se verifica verdadeiro caso de substituição processual, o artigo 5º, inciso XXI, nela contido, concernente às associações, encerra situação de representação processual (...) STF. Tema 499 com Repercussão Geral, Re 612043 / PR. Relator Mi. Marco Aurélio. Julgado pelo Tribunal Pleno em 10.05.2017, data de publicação DJE 06/10/2017 - ATA N° 148/2017. DJE n° 229, divulgado em 05/10/2017. Tema 499 - Limites subjetivos da coisa julgada referente à ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil.

Por silogismo, tem-se a limitação subjetiva do título judicial, oriundo de demanda proposta por associação, definida pela representação, ainda na fase cognitiva do processo, uma vez que a legitimidade para buscar o cumprimento da tutela fica restrita aos associados elencados na inicial.⁹

4. EXTENSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NO ÂMBITO DE PROCESSOS COLETIVOS (E A CONSEQUENTE LIMITAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA) EM RAZÃO DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL

Até a promulgação da lei 9.494/97, jamais causou qualquer estranheza a extensão de efeitos das decisões de caráter coletivo a outras territorialidades. Contudo, os artigos 2 e 2-A da lei 9.494/97, vieram para alterar a redação do artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passando a reconhecer a eficácia erga omnes da decisão em sede de Ação Civil Pública, mas restringindo-a à eficácia da coisa julgada da decisão ao limite territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. No âmbito das decisões prolatadas em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, a referida lei a sentença civil prolatada abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

⁹ STF. RE 573232/SC, com Repercussão Geral. Relator Min. Marco Aurélio (Julgado em 14.05.2014, data de publicação DJE 19/09/2014 - ATA Nº 132/2014. DJE nº 182, divulgado em 18/09/2014)

É fato que essas regras não se aplicariam às ações ordinárias¹⁰ de conhecimento da época, aquelas reguladas pelas normas contidas no Código de Defesa do Consumidor¹¹ e lá identificadas como Ação Civil Coletiva,^{12 13}

Atente-se, que as regras da lei 8.078/90, nominada Código de Defesa do Consumidor, não regulam somente relações consumeristas, prevendo amparo a outros direitos coletivos.¹⁴

O cenário legislativo das tutelas coletivas apresenta - em face às alterações de texto legal trazidas pela lei 9.494/97¹⁵ - uma total discrepância do objetivo de entrega de tutela coletiva à sociedade, vez que segrega farto número de titulares do direito, da consecução e fruição de interesse amparado em tutela coletiva, dando azo a decisões distintas a titulares da mesma coletividade.

10 Rito ordinário de ação previsto no regramento do CPC/73.

11 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

12 Art. 91 da lei 8078/90.

13 A tais ações civis Coletivas se aplica o regramento contido por exemplo nos artigos 83, 91 e 103 da lei 8078/90, que entre outras previsões estabelecem expressamente que a decisão das ações coletivas que trata o CDC a sentença faz coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe; e III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

14 Vide, exemplificadamente, os artigos 81; 83; 91 todos da lei 8078/90, entre outros.

15 Os artigos 2 e 2-A da lei 9.494/97, vieram para alterar a redação do artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passando a reconhecer a eficácia erga omnes da decisão em sede de Ação Civil Pública, mas restringindo-a a eficácia da coisa julgada da decisão ao limite territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. No âmbito das decisões prolatadas em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, a referida lei a sentença civil prolatada, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

A restrição de efeitos de uma decisão em ação coletiva gera situações tão desprovidas de sentido quanto a norma que a embasa.

Seria inconcebível que uma empresa que tenha sede na capital de um estado federativo brasileiro e uma filial em outro estado da federação brasileira não possa fruir do direito reconhecido judicialmente em ação aforada na sede da matriz. A promulgação de legislação que afete ambas, pela regra restritiva de efeitos ao limite territorial do órgão prolator, somente beneficia da decisão a sede da empresa que se encontra no limite territorial aonde a decisão fora prolatada.

A mesma falta de razoabilidade haveria, se uma emissora de televisão sofresse demanda na cidade onde possui sua matriz, tendo determinada ordem judicial de obrigação de não fazer, sob pena de multa pecuniária diária, no caso de veicular determinado comercial.

Aplicando a regra da limitação territorial da eficácia da coisa julgada, somente na cidade onde está estabelecida a matriz, valeria a proibição. Isso, porque se a eficácia da coisa julgada está limitada à territorialidade do juízo que prolatou a decisão, todas as outras cidades, que não a da matriz e que a emissora retransmita, poderiam, sem qualquer consequência, seguir veiculando o conteúdo. Nesse caso, até mesmo a técnica coercitiva para cumprimento da obrigação não poderia ser aplicada, pois se a decisão quanto à obrigação principal ficasse jungida à territorialidade do órgão prolator, a medida coercitiva certamente também.

5. O DESVELAMENTO DA SOLUTIO

Cabendo reflexão aguçada, a Corte Superior afetou pelo rito dos recursos repetitivos¹⁶, para analisar tese sobre “a legitimidade do substituído ingressar com a execução individual de sentença, em seu domicílio (distinto de onde tramitou a ação)”¹⁷.

A ratio decidendi deste precedente é no sentido de que os efeitos e a eficácia de sentença proferida em ação civil coletiva não estão circunscritas pelos limites geográficos do órgão prolator, mas pelos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, ressaltando que “o alcance da sentença proferida em ações coletivas, e, inclusive, da própria ação civil pública, deve ter por base as regras do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo as dos artigos 93 e 103”¹⁸.

Se a ação coletiva está pautada em interesses individuais homogêneos 93, I do CDC, todos aqueles que se encontrarem em situação análoga devem ser beneficiados pela procedência da lide, sob pena de se criarem situações jurídicas diversas dentro da mesma classe de funcionários públicos.

Se a ação coletiva está pautada em interesses da categoria, a eficácia será nacional para toda a categoria (artigos 93, II e 103, II da lei 8078/90).

A análise de todo o microsistema legislativo de processo coletivo, de maneira conjunta, somada ao objetivo do processo coletivo, que é entregar a mesma tutela de direito a toda coletividade, redundam no reconhecimento que os efeitos e a eficácia de sentença proferida em ação civil coletiva não estão circunscritos pelos limites geográficos do órgão prolator, mas pelos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.

16 STJ. TEMA 480. REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) Recurso Representativo de Controvérsia Resp 1.243.887/PR, Relator Min. Luiz Felipe Salomão. Pub no DJU 12.12.2011.

17 STJ. TEMA 480. REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) Recurso Representativo de Controvérsia Resp 1.243.887/PR, Relator Min. Luiz Felipe Salomão. Pub no DJU 12.12.2011.

18 STJ. EDcl no RECURSO ESPECIAL No 1.243.887 - PR (2011/0053415-5). Relator Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 06.04.16. Pub. No DJU em 11.05.16.

Ao se usar essa *ratio decidendi*, seria possível mitigar o artigo 2-a da lei 9.494/97 (que restringe a eficácia da sentença da ação proposta por associação), não fosse o julgamento pelo STF do tema 499 (específico sobre associações) no RE 612043. Note-se que nas razões de decidir em obter dicta é mencionado que a posição ali adotada não se aplica aos sindicatos, que atuam como substitutos processuais da categoria.¹⁹

É bem verdade que o próprio Superior Tribunal de Justiça deixa de aplicar o precedente obrigatório que ele mesmo fixou^{20 21}, inclusive afastando a aplicação do precedente, alegando a imperativa territorialidade para filiação sindical, prevista no artigo 8, II da CF, ou seja, tentando afastar de si a análise da matéria, alegando ser de cunho constitucional. A violação ao precedente obrigatório pela própria Corte que firmou o precedente revela algoz ao sistema, quase intransponível. É fato que a não observância do precedente é passível de ação rescisória, mas certamente esta não é a expectativa em um Estado Democrático de Direito, onde a implantação do sistema de precedentes se deu para promover maior segurança jurídica.

Aparentemente há grande dificuldade de tal matéria ser levada à debate na Corte Constitucional, uma vez que na análise do tema 715, a Corte Suprema rejeitou a existência de repercussão geral, quando analisou a questão dos limites territoriais da coisa julgada da decisão de Ação Civil Pública, por se tratar de interpretação de normas infra-constitucionais.²²

19 (...) Faz-se em jogo definir se é legítima a adoção de marco temporal relativamente à filiação de associado para efeito da execução de sentença proferida em ação coletiva de rito ordinário. Em síntese, cabe esclarecer se filiados em momento posterior ao da formalização do processo de conhecimento e que, por esse motivo, não constaram da relação de nomes anexada à inicial da demanda, tendo em vista o artigo 2º-A da Lei no 9.494/1997, são alcançados e beneficiados pela eficácia da coisa julgada. É válida a delimitação temporal. Diversamente da regência alusiva a sindicato, observados os artigos 5º, inciso LXX, e 8º, inciso III, da Lei Maior, no que se verifica verdadeiro caso de substituição processual, o artigo 5º, inciso XXI, nela contido, concernente às associações, encerra situação de representação processual (...) STF. Tema 499 com Repercussão Geral, Re 612043 / PR. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado pelo Tribunal Pleno em 10.05.2017, data de publicação DJE 06/10/2017 - ATA Nº 148/2017. DJE nº 229, divulgado em 05/10/2017. Tema 499 - Limites subjetivos da coisa julgada referente à ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil.

20 STJ. AgInt no REsp 1457995. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. DJE 10/04/2017 Decisão: 04/04/2017

21 STJ. AgRg no REsp 1460242. Ministro Humberto Martins. Primeira Turma. DJe 10/12/2015 Decisão: 01/12/2015

22 STJ. AgRg no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1357841/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 07/10/2015, DJe 19/11/2015.

6. O PROBLEMA DA LIMITAÇÃO E A MÁCULA AO SISTEMA COLETIVO E A RACIONALIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA

A ideia de tutela coletiva protegida por microssistemas legais tem como fito a prestação de atividade jurisdicional em relação a uma coletividade, de maneira equânime e uniforme, de forma célere e isonômica.

Reconhecer válida uma limitação de efeitos de uma tutela – antecipada ou definitiva – em face à territorialidade em que ela foi proferida ou a quem ajuizou a ação – na qualidade de substituto ou de representante – é aplicar solução baseada em regramento que: regula as tutelas individuais, subverte os sistemas normativos coletivos e abala a segurança jurídica que tanto se empenha.

O princípio da Segurança Jurídica está baseado em quatro pilares fundamentais: cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade. A confiança, aqui, deve ser entendida em todas as dimensões: não só da segurança pelo Direito, mas também a segurança dos direitos frente ao Direito, porque é somente com a conjugação dessas várias dimensões que se vai atingir um estado mínimo de confiabilidade e segurança jurídica.²³

A segurança jurídica está calcada tanto na confiabilidade quanto na calculabilidade do ordenamento com base na sua cognoscibilidade: a utilização de ação em busca de interesse coletivo favorece a sociedade pois implica um judiciário mais célere e decisões isonômicas para os titulares do mesmo direito. Contudo, a opção pela tutela coletiva somente tem guarida se os jurisdicionados puderem ter confiabilidade e cognoscibilidade em relação aos direitos que vão perquirir. A exemplo da recalcitrância utilização pela Corte Superior de precedente que ela própria estabeleceu, há que se refletir quanto à calculabilidade e à confiabilidade geradas ante a não aplicação de um precedente obrigatório pela própria Corte que o estabeleceu? De outro turno, como se falar em calculabilidade ou confiabilidade de decisão da Corte Suprema, quando esta cria situação adjeta de

23 Humberto Ávila, *Teoria da Segurança Jurídica*, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 265.

superação de precedente obrigatório – tema 715, que reconheceu tratar-se de matéria infraconstitucional à regra do art. 16 da LACP – com determinação à Corte Especial do Tribunal Infraconstitucional de manifestar-se de forma expressa acerca da inconstitucionalidade da norma, face a *ratio decidendi* do tema 480 do STJ, o que inexoravelmente levará a matéria à alçada do Supremo Tribunal?²⁴

Não obstante a existência de precedente de vinculação obrigatória²⁵, a limitação dos efeitos da tutela a titulares do direito amplia a possibilidade de decisões distintas frente as mesmas situações, o que abala não só a Segurança Jurídica, mas também o princípio da confiança legítima.

A confiança legítima é um dos elementos da segurança jurídica²⁶, que constitui um dos fundamentos do Estado Constitucional.

De seu turno, a boa-fé é reconhecidamente fundamentada na confiança legítima²⁷. Proteger a confiança legítima, respeitando o sentido da tutela coletiva, significa proteger as expectativas legítimas oriundas da boa-fé.

Aceitar que parte de uma coletividade possa fruir do direito reconhecido em demanda coletiva e parte não (seja por limitação quanto a legitimidade de quem ajuizou a ação, seja por limitação da eficácia da coisa julgada à territorialidade do órgão prolator de decisão) é aceitar a quebra do princípio da confiança e da própria segurança jurídica idealizadas pelos microsistemas legislativos.

A segurança jurídica e a confiança legítima estão imbricadas. A primeira tem um objetivo em pessoal diz respeito ao ordenamento jurídico em geral em abstrato independentemente do interesse de alguém; é um instrumento de proteção e, simplesmente, dá confian-

24 STF. Ag. Reg. no RE 1.101.937/ SP. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Dec. Monocrática. DJe em 04.12.18,

25 STJ. REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011.

26 Humberto Ávila, *Teoria da Segurança Jurídica*, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 265.

27 Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 151.

ça para que o cidadão possa saber, possa ter uma ideia de como o ordenamento é aplicado. Já a confiança legítima tem uma dimensão pessoal, vinculada ao interesse individual da parte, porque faz referência a uma situação subjetiva e concreta, e destina-se unicamente a manter a situação reconhecida a determinado sujeito.²⁸

Essa limitação dos efeitos da tutela coletiva fere não só o direito individual da parte que tem num determinado momento reconhecido em seu favor aquele direito, como num segundo aspecto fere também o direito impessoal, direito do cidadão, uma vez que o ordenamento se mostra não confiável: a própria decisão do Judiciário não pode ser confiada porque se mostra instável.

28 Humberto Ávila, *Teoria da Segurança Jurídica*, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 265.

CONCLUSÃO

A aplicação de regra na solução do caso concreto deve ser criteriosa e com vista a uma harmonização dos microsistemas que tutelam interesses coletivos. Se o almejo é uma prestação jurisdicional uniforme, equânime e isonômica que traga segurança jurídica para a coletividade, não há razões para que não estenda as tutelas coletivas de maneira mais ampla possível para toda a coletividade que faz jus. Certamente o reconhecimento de abrangência estendida da eficácia da decisão proferida terá como consequência um judiciário mais célere que implicará uma menor duração do processo, uma consequente isonomia de tratamento às partes processuais e maior segurança jurídica. O desafogamento do judiciário por meio de ações coletivas é uma forma de atender ao jurisdicionado visando à decisão ao caso concreto. Quanto a utilização de técnicas de coletivização da decisão, quiçá venha à ser reconhecido que se trata de meio de administrar o passivo recursal existente nos tribunais visando, precipuamente, à celeridade e à administração do judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Fundamentals of multi-party or collective litigation: reflections from the perspective of England. In Revista de Processo n. 231. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais – para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, COSTA, Susana Henriques da (coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In _____; MITIDIÉRO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In Revista de Processo, n. 61, ano 16, p. 187-200, janeiro-março/1991

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, v. 1, 20a ed. Salvador: JusPodivm, 2018. DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: University Press, 2008.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In Revista Forense, no 361, maio-junho/2002.

JOBIM, Marco Felix. As funções da eficiência no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Medidas estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo CPC Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo, 2007.

MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo. 13ª edição Revista e atualizada, segunda tiragem. 2018.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Revista dos Tribunais, 2. ed. São Paulo. 2016.

MOTTA, Cristina Reindolff da. A Motivação das Decisões Cíveis, como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada. Livraria do advogado. 2011.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRATA, Edson. As Astreintes no Direito Brasileiro. In: Revista de Direito Processual, v. 22, Uberaba. Forense, 2º trim. 1980, pp. 15-50. p. 44.

SCHMIDT-ABMANN . Eberhard. Verwaltungsverfahren. Apud in Humberto Ávila, Teoria da Segurança Jurídica, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 246.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. 1: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 57ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação. In ZANETI JR., Hermes (coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis. Salvador: JusPodivm, 2008.

VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo – dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STF. TEMA 823. RE 883642/ Alagoas, Julgado pelo Pleno do Tribunal. Relator Min. Ricardo Levandowski. Julgado em 19.06.2015. ATA DE PUBLICAÇÃO DJE 26/06/2015 ATA Nº 33/2015 - DJE nº 124, divulgado em 25/06/2015.

STF. TEMA 715. ARE 796473. Relator Min. Gilmar Mendes, Julgou em 04.04.2014, pub no DJE em 20.10.2014.

STF. TEMA 499 com Repercussão Geral, Re 612043 / PR. Relator Mi. Marco Aurélio. Julgado pelo Tribunal Pleno em 10.05.2017, data de publicação DJE 06/10/2017 - ATA Nº 148/2017. DJE nº 229, divulgado em 05/10/2017. Tema 499 - Limites subjetivos da coisa julgada referente à ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ. AgInt no REsp 1602913/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016.

STJ. TEMA 480. REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) Recurso Representativo de Controvérsia Resp 1.243.887/PR, Relator Min. Luiz Felipe Salomão. Pub no DJU 12.12.2011.

STJ. REsp 1270266/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011)

STJ. EDcl no AgRg no REsp 1137300/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015.

STJ. AgRg no REsp 1554102/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015.



FERNANDA DALTRO COSTA KNOBLAUCH

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Baiana de Direito. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador.

FERNANDA DALTRO
COSTA KNOBLAUCH

PÂNICO MORAL E FOLK DEVILS: LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO?

RESUMO

A teoria do pânico moral foi desenvolvida por Cohen em 1972, no livro "Folk Devils and Moral Panics", por meio de um estudo de caso da inquietação coletiva que emergiu nos anos 1960 na Inglaterra, originada a partir da cobertura midiática dada aos comportamentos desviantes apresentados pelos jovens que integravam os grupos "Mods" e "Rockers". A presente pesquisa tem por escopo revisar a doutrina acerca do que se entende por pânico moral, e de que forma este conceito pode servir como embasamento teórico para a compreensão da popularização de um discurso legitimador à aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro. Faz-se necessário um estudo do conceito de pânico moral, com o reexame de teorias já existentes no ordenamento jurídico, objetivando-se o encontro de novas interpretações para a correlação entre o pânico moral e o direito penal do inimigo no Brasil. Verificou-se que a utilização do pânico moral, como ferramenta de controle e dominação social, pode ser um dos principais elementos na construção do discurso de necessidade do enrijecimento da repressão contra os chamados inimigos sociais, mesmo isto indo de encontro aos Direitos Fundamentais já conquistados.

Palavras-Chave: Pânico Moral. Folk Devils. Direito Penal Do Inimigo. Mídia

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo apresentar um estudo multidisciplinar acerca da Teoria do Pânico Moral, desenvolvida por Cohen (1972), investigando a importância da compreensão deste conceito e de seus impactos para uma aparente legitimação social da teoria do Direito Penal do Inimigo no território brasileiro. Para tanto, há que se considerar a atualidade do tema e a escassez de produção científica na temática. Objetiva-se, dessa forma, analisar a literatura, sobretudo jurídica, fazendo-se uma revisão na doutrina acerca do que se entende por pânico moral, e de que forma esse conceito pode servir como embasamento teórico para a compreensão do clamor pelo enrijecimento das políticas de combate à criminalidade no Brasil.

Pela natureza qualitativa, a seguinte pesquisa busca descrever e interpretar a tendência de enrijecimento das políticas criminais, por meio da utilização do ciclo do pânico moral como ferramenta política e de manipulação social. Quanto às técnicas e os procedimentos metodológicos, optou-se pela realização de pesquisa teórica, priorizando a análise dos principais expoentes e críticos da Teoria do Pânico Moral, de forma a se possibilitar vislumbrar, no cenário político, a ocorrência do 'ciclo vital' do processo de produção do pânico moral e suas consequências. A abordagem também se faz por meio de pesquisa documental, buscando uma análise de conteúdo, com o consequente reexame de teorias já existentes no ordenamento, objetivando-se o encontro de novas interpretações.

O procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, com intuito de verificar as abordagens, no Brasil, da teoria do pânico moral. Para tanto, faz-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais.

Considerando-se que o tema deste artigo dialoga com aspectos essenciais à compreensão da forma com que o governo brasileiro conduz seu discurso de combate à criminalidade, por meio do estímulo de pacotes de medidas que se proponham a aumentar a segurança pública, justifica-se a discussão que se adota.

1. PÂNICO MORAL: CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Antes que se possa pensar em conceituar o que seria o tal pânico moral, ou mesmo de que formas este conceito poderia ser reapropriado e ressignificado em se tratando da situação política e social do Brasil, necessário faz-se referir à sua criação doutrinária. Desta forma, tem-se que:

Apesar de o autor mais associado ao conceito de pânico moral ser, inegavelmente, Stanley Cohen, a noção é utilizada, pela primeira vez, por Jock Young, que refere um 'efeito em espiral' (1971, cit. Thompson 1998: 7) entre os media, a opinião pública, os grupos de pressão e os políticos, acerca da preocupação com o consumo de drogas. (MACHADO, 2004, p. 60)

Ainda assim, refere-se a Cohen (1972) como sendo o principal expoente para o conceito, tendo-se em conta o alcance de seus estudos e de sua perspectiva. No livro "Folk Devils and Moral Panics", Cohen apresenta um estudo de caso detalhado acerca de uma inquietação coletiva que emergiu nos anos 60 na Inglaterra, que teria se originado a partir dos comportamentos desviantes apresentados pelos jovens que integravam os grupos "Mods" e "Rockers". Tais grupos, bem como outros que existiam paralelamente no recorte local e temporal estudado pelo autor, exemplificados como sendo os Teddy Boys, Hells Angels, Skinheads, Hippies, apresentavam comportamentos desviantes (ou delinquentes) do padrão médio. "In the gallery of types that society erects to show its members which roles should be avoided and which should be emulated, these groups have occupied a constant position as folk devils: visible reminders of what we should not be." (COHEN, 1972, p. 2)

Dentro da teoria desenvolvida por Cohen (1972), o conceito de pânico moral é trabalhado pela seara da Criminologia Crítica, desenvolvendo-se a partir de uma radicalização em torno de pressupostos marxistas, vistos como os elementos que originam o pânico.

Para esse efeito, Cohen recorre a instrumentos conceptuais derivados do marxismo e do interaccionismo simbólico, conjugando-os num modelo processual da génese do pânico. Este partiria de um problema social (as diferenças de poder e estatuto que caracterizam a organização social capitalista), para o qual a acção desviante constitui a resposta/solução encontrada pelos grupos excluídos ou marginalizados. A esta resposta/solução segue-se a reacção social que, mobilizada pelos media e pelos grupos de interesse, dramatiza o problema e cria condições para a polarização social e agravamento do conflito, confirmando os estereótipos iniciais. (MACHADO, 2004, p. 60)

Cohen (1972) propõe a análise do chamado “ciclo vital” do processo de produção do pânico moral da mesma forma que se poderiam analisar as catástrofes naturais. Enquanto nas catástrofes se enxergariam sete etapas distintas, via de regra: warning, threat, impact, inventory, rescue, remedy and recovery (COHEN, 1972, p. 12/13), no pânico moral seriam três etapas a serem apreciadas (que condensariam todo o processo): a) o inventário do problema; b) significação e; c) acção.

Na primeira fase, a de inventário do problema, destaca-se o papel desempenhado pela mídia na construção do próprio problema, manipulando dados e informações que, a princípio, podem parecer desconexas, mas quando apresentadas em conjunto, de forma sequenciada e bem organizada, produzidas de acordo com interesses (governamentais ou privados) pode levar à uma interpretação social (pré)determinada artificialmente por estes meios.

The media have long operated as agents of moral indignation in their own right: even if they are not self-consciously in crusading or muck-raking, their very reporting of certain ‘facts’ can be sufficient to generate concern, anxiety, indignation or panic. When such feelings coincide with a perception that particular values need to be protected, the preconditions for new rule creation or social problem definition are present. (COHEN, 1972, p. 7)

Vale-se dizer que, mesmo na já interessada construção deste corpo interpretativo de um dado problema, podem-se usar de artimanhas outras que facilitem a construção do discurso acerca do comportamento desviante: o sensacionalismo em torno de um fato pode ser potencializado por meio da distorção dos fatos, do exagero na cobertura da situação “através de palavras, frases ou imagens que o representam de forma estereotipada, dramatizada e exagerada” (MACHADO, 2004, p. 61) ou mesmo na predição de resultados catastróficos oriundos da aceitação/falta de combate ao comportamento desviante.

Neste processo, operam-se duas tarefas essenciais para a gênese do pânico moral: a constituição de um acontecimento como problema social e, por outro lado, a fixação de uma grelha interpretativa que estabelece o seu significado primário e parâmetros de interpretação, condicionando todas as notícias e interpretações subsequentes (nomeadamente, pela atenção selectiva aos acontecimentos que se coadunam com as previsões ou interpretações iniciais). (MACHADO, 2004, p. 61)

Na segunda fase, também apontada por Cohen (1972), busca-se a significação do problema. Nesse momento, por meio de relatos jornalísticos que, intencionalmente, se apresentam de forma a reproduzir e fortalecer o pensamento exarado por um senso comum (se tornando mais facilmente digeríveis e internalizáveis pelo cidadão médio), objetiva-se uma real mobilização em torno do problema, buscando, por meio de opiniões expostas e reproduzidas, atribuir um significado ao problema apresentado. Não se trata mais em debater a situação em si, mas sim em produzir uma interpretação acerca do problema causado pelo comportamento dito desviante, bem como em se cogitar suas implicações futuras.

O posicionamento emocional e intelectual face ao problema organiza-se através de processos tais como a identificação de danos para além dos mais imediatos (e.g., valores ameaçados), a conexão dos factos com outros problemas sociais e, por vezes, a identificação do problema social subjacente (e.g., ‘crise da família’, ‘crise de autoridade’). (MACHADO, 2004, p. 61)

Neste ponto, verifica-se a importância em 'dar uma face' aos causadores da desordem, o que se faz, sobretudo, por meio da construção ou reafirmação de determinados estereótipos já aventados na primeira etapa do 'ciclo da crise'. "Folk devils" (Cohen, 1972) é a expressão construída pelo autor para expressar o processo de demonização em torno do grupo apontado como desviante, por apresentar um comportamento tido como transgressor, atípico ou contrário ao padrão esperado/vivido pela sociedade tradicional atravessada por este problema. Os autores do desvio, assim, devem ser caracterizados, demonizados; reais exemplos vivos do que não se pode/deve ser. Na pesquisa de Cohen (1972), a face do mal (ou os folk devils) eram representados pelos "Mods and Rockers", que nada mais eram do que grupos socialmente vulneráveis, consistindo em representação das subculturas juvenis existentes à época.

Ao longo da história, identifica-se facilmente outros grupos que já foram identificados como "Folk Devils", tendo sua mera existência sido fator de pânico ao cidadão comum "de bem": bruxas, cristãos, negros, judeus, homossexuais, imigrantes; todos estes grupos, apenas a título de exemplo, são/foram demonizados em algum período da história, muito embora as consequências de sua perseguição possam ter sido adversas.

Ao trabalhar com as subculturas juvenis da Inglaterra nos anos 1960, Cohen (1972) os identificou de acordo com padrões comportamentais, estéticos, e de ocupação territorial dos centros urbanos. Notou, ainda, que a atenção atraída pela mídia a esses padrões provocava um duplo efeito: fixava nos próprios atores do desvio um desejo de protagonismo, tendo em vista que mudar o comportamento por conta do destaque midiático seria visto como sinal de fraqueza; bem como que a manutenção dos comportamentos desviantes, agora de forma sinalizada, acabava acarretando a confirmação das profecias da mídia, feitas na primeira etapa do ciclo.

A confirmação das predições era o elemento que sinalizava a passagem à terceira fase, que consistia nas ações focadas em remediar os problemas causados pelo grupo desviante; tratava-se de remediar a situação. Nesse ponto, primeiro haveria a sensibilização da comunidade, alarmada pelo fortalecimento do comportamento desviante;

nesse ponto, verifica-se o ápice do pânico moral. Essa sensibilização, ou mesmo a cultura do medo, seria o que levaria a sociedade a autorizar, expressa ou tacitamente, uma chamada cultura de controle social, por meio da concessão de mais poder aos agentes formais de controle (polícia, justiça, governo), bem como do surgimento de ‘agentes morais’ imbuídos por um dever cívico (consciência da prevalência do interesse coletivo frente aos grupos demonizados) que os impele a exercer formas outras de controle do comportamento desviante (ex: surgimento de justiceiros, caçadores de marajás, paladinos da justiça e defensores da moral e dos bons costumes, que conquistam o apoio popular por meio do recurso a discursos inflamados e radicais e promessas de retorno da sociedade a tempos anteriores, que representariam a paz antes da ruptura).

A ação destes grupos difunde a crença de que o problema pode ser resolvido por uma reorganização da estrutura normativa, quer esta passe por modificações reais – assumindo muitas vezes a forma de uma escalada punitiva – quer se trate apenas de uma reafirmação de valores simbólicos. Neste sentido, verifica-se a produção de um discurso moral em torno do problema que visa a formação do consenso social, através da rejeição das figuras identificadas com o desvio e da polarização do combate entre as forças do Bem e do Mal. [...] Ou seja, a dramatização do problema, a sua articulação em termos de um confronto simbólico entre o Bem e o Mal, constitui um fórum onde metaforicamente podem ser redesenhadas as fronteiras morais diluídas da sociedade e a coesão é alcançada pela exclusão. (MACHADO, p. 62/63)

Neste ponto, a própria sociedade, no auge do pânico, legitima a ideia de que seus integrantes desviantes, os Folk Devils (os vulneráveis sociais, já marginalizados, que acabam por representar tanto o problema, quanto a crise dos valores tradicionais) devam ser identificados, estereotipados e extirpados (reprimidos). O pânico moral legitimaria, portanto, o controle social repressivo; neste ponto, verifica-se que a imprensa e a grande mídia estariam atuando, em realidade, na construção da opinião pública favorável à repressão, real aparelho de transmissão ideológica do Estado (MELOSSI, 1997).

Então a ideia é de que se forma uma atmosfera de terror e medo em torno de uma ameaça em potencial, que a qualquer momento pode 'explodir', com a promessa de romper a ordem, contaminar as próximas gerações e degradar valores considerados importantes para o bom funcionamento da sociedade. O fator dúvida é muito marcante e gera uma série de especulações que, por sua vez, orientam ações e posicionamentos. (HIGA, 2017, p. 144)

Note-se: muito embora se fale no elemento dúvida como marcante para o surgimento de uma situação de pânico moral, a crise que vem após o pânico é real, posto que foi assim fomentada, estimulada, ressignificada e manipulada por meio da distorção (ideológica e, por que não, política) de fatos e da própria tessitura da realidade social. Verifica-se a existência, via de regra, de uma crise de hegemonia (HALL; CRITCHER; JEFFERSON; CLARKE; ROBERTS, 1978, p. 215), que forçaria o Estado a assumir essa postura conservadora, e, portanto, repressiva.

2. CRÍTICAS À TEORIA DO PÂNICO MORAL

Considerada a teoria de Cohen (1972) acerca do pânico moral, se seu surgimento e de suas consequências sociais, diversos autores cuidaram de se debruçar sobre a teoria, adaptando-a a outros contextos e reescrevendo-a de acordo com observações posteriores, adaptando-a para casos outros que não apenas a delinquência juvenil pesquisada por Cohen. Inicialmente, deve-se levar em conta, consoante aponta Thompson (2005), a própria formação da expressão pânico moral, que de pronto delimita o objeto de estudo:

Implicit in the use of the two words 'moral panic' is the suggestion that the threat is to something held sacred by or fundamental to the society. The reason for calling it a moral panic is precisely to indicate that the perceived threat is not to something mundane - such as economic output or educational standards - but a threat to the social order or an idealized (ideological) conception of some part of it. (THOMPSON, 1998, p. 8)

Este autor tece críticas, sobretudo, ao fato de que a maior parte da doutrina que se debruça sobre os conceitos de pânico moral foca sua análise na busca dos motivos que levam os atores sociais (mídia, formadores de opinião, políticos) à disseminar o pânico, quase sempre apontando a existência de “a cynical desire to manipulate or control others” (THOMPSON, 1998, p. 9), sem, contudo, considerar que “they may genuinely believe what they say. (Although there might be a happy coincidence of principle and interest.)” (THOMPSON, 1998, p. 9) Embora o autor toque neste assunto de forma aparentemente irônica, de fato, não se pode deixar de considerar esta hipótese, na qual o próprio agente do pânico e da repressão acredita piamente estar agindo de acordo com o interesse social, preservando valores que considera essenciais à continuidade da comunidade. Sobre a temática cinismo versus idealismo na construção do discurso, também se posicionam Goode & Bem-Yehuda (1994):

Cynicism and idealism come in degrees; some activists may display a mix of motives, while others are more or less entirely self-serving or, possibly, entirely idealistic. Enough cynics cloak their self-interested motives in pious proclamations for us to be suspicious about the purity of their actions. At the same time, we need not to be automatically suspicious about the motives of actors who, while advancing an ideological or moral agenda, also advance their own group’s material or status interests. After all, the two are usually found in the same package. (GOODE; BEN-YEHUDA, 1994, p. 166)

Ademais, Thompson (1998) aponta, ainda, a relevância de se considerar as evoluções e mudanças sociais causadas pela pós-modernidade e pelo avanço do multiculturalismo e do pluralismo de ideias dentro de uma mesma sociedade:

The rapidity of social change and growing social pluralism create increasing potential for value conflicts and lifestyle clashes between diverse social groups, which turn to moral enterprise to defend or assert their values against those of other groups. They do this within a public arena which offers many media

outlets for amplifying their fears and articulating demands for social control and regulation to defend those values. (THOMPSON, 1998, p. 11)

Desta forma, a pós-modernidade seria fator de interferência direta na manipulação social necessária a se criar, de fato, uma situação de crise por conta, única e exclusivamente, do pânico moral, posto que se faz aberta ao diálogo dos diversos grupos sociais, hegemônicos ou mesmo marginalizados. Nesse ponto, entretanto, não se pode olvidar do poder de manipulação e de persuasão daqueles que ainda se colocam na posição de destaque dentro das comunidades e dos grupos sociais: políticos, líderes espirituais e religiosos, líderes comunitários e figuras públicas, estes apenas a título de exemplo; seja imbuídos apenas por interesses obscuros, seja por acreditar no que pregam. Nem todas as pessoas que integram as sociedades pós-modernas possuem as ferramentas necessárias ao discernimento do que é certo ou errado no discurso de seus representantes; a educação e a transmissão da ainda é falha e precária, o conhecimento continua sendo um privilégio social. Neste sentido:

Outra argumentação crítica é dirigida ao uso da noção de hegemonia que parece ignorar a pluralidade de valores e interesses existentes numa sociedade complexa. Neste tipo de sociedade, se, por um lado, pode haver a tentativa, por parte de determinados grupos, de criar pânicos morais, por outro, estas raramente ficam sem oposição e são 'tipicamente debatidas, discutidas, negociadas' (Goode e Ben-Yehuda, 1994b: 35). Assim, tal como o poder não pode ser conceptualizado como uma instância delimitada que opera 'de cima', também as reações sociais não podem ser vistas como fenómenos monolíticos ou estáveis. (MACHADO, 2004, p. 74)

Machado (2004) vai além nas críticas, apresentando uma opinião crítica que, embora a princípio possa ser considerada até mesmo fantasiosa, originada em teorias da conspiração, não pode ser esquecida, posto que se coaduna justamente com as possibilidades alavancadas pela pós-modernidade no que se refere à disseminação dos discursos, mesmo daqueles oriundos da minoria desviante.

Se partirmos desta hipótese crítica, o pânico moral não deve ser visto como uma erupção súbita de preocupação, mas antes como uma forma comunicacional endémica na nossa sociedade, apresentando intensificações em locais e momentos específicos, a propósito de temas particulares. Tais intensificações podem resultar da acção de grupos de interesse que tentam adquirir projecção e 'voz' pública pela dramatização das suas reivindicações, em particular através dos media. [...] Assim sendo, penso ser possível afirmar que, hoje em dia, os fenómenos de pânico moral assumem uma natureza essencialmente performativa, correspondendo a formas discursivas localizadas e transitórias, adaptadas ao objectivo de alcançar a visibilidade e a voz pública, através da difusão mediática. (MACHADO, 2004, p. 76)

Ou seja, atualmente é importante que se busque analisar o pânico moral sob seus diversos aspectos, considerando, sobretudo, a relevância que a explicitação deste discurso vai assumir face à situação desviante em concreto. Deve-se ter em mente que o pânico, para além de suas consequências retrógradas, de necessidade de reafirmação dos valores tradicionais da sociedade, pode originar também situações positivas, de projeção do discurso de grupos marginalizados e minoritários, na busca por seus direitos sociais face à sociedade hegemônica e ao Estado. Mais interessante ainda é perceber que, junto ao pânico moral, que traz em si a necessidade de reafirmação dos valores tradicionais, há um outro fator que inflama o temor da parcela mais conservadora da sociedade: o desejo das minorias de se enquadrarem na normatividade posta, como bem aponta Roudinesco (2003):

[...] o grande desejo de normatividade das antigas minorias perseguidas semeia problemas na sociedade. Todos temem, com efeito, que não passe do sinal de uma decadência dos valores tradicionais da família, escola, nação, pátria e, sobretudo, da paternidade, do pai, da lei do pai e da autoridade sob todas as formas. Como consequência, não é mais a contestação do modelo familiar que incomoda os conservadores de todos os lados, mas, ao contrário, a vontade de a ele se submeter. (ROUDINESCO, 2003, p. 10).

Todos estes fatores, somados, podem ser facilmente vislumbrados no atual cenário político e social brasileiro, o que pode ser encarado como fonte de preocupação, posto que a existência de uma situação de pânico moral pode ser elemento condutor à legitimação social do Direito Penal do Inimigo, conforme será visto mais adiante.

3. VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Para que se possa construir uma correlação entre a Teoria do Pânico Moral, a identificação dos Folk Devils e a aplicação do Direito Penal do Inimigo, é necessário que se remeta à Teoria das Velocidades do Direito Penal, formulada por Silva Sanchez na obra "A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais", publicada em 1999. O autor, na tentativa de abranger as questões trazidas pela sociedade contemporânea, apresenta uma noção baseada, sobretudo, no tempo que o Estado leva para punir os autores de infrações penais menos ou mais graves. Importante ressaltar que sua teoria, posteriormente, foi complementada pelos estudos de Jakobs, acompanhando as evoluções sociais que culminam nas transformações e adaptações do Direito Penal à realidade social.

Atualmente, são referidas quatro velocidades do Direito Penal.

O Direito Penal de 1ª (primeira) velocidade ficou caracterizado pelo respeito às garantias constitucionais clássicas. Aqui temos a pura e simples essência do Direito Penal que é a aplicabilidade de penas privativas de liberdade, como última razão, combinadas com garantias. O Direito Penal é representado pela "prisão", mantendo rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. (ORTEGA, 2016, p. 01)

Ou seja, na primeira velocidade, seriam respeitados os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e o devido processo legal, ao passo que o mesmo culminaria na aplicação da pena privativa de liberdade, em caso de condenação. "Tem-se que o Estado é mais

lento em disciplinar a condenação dos crimes nesta parte, com uma maior extensão do julgamento e aplicação rígida de pena, culminando na restrição da liberdade do réu." (VIEIRA, 2018, p. 01).

Na segunda velocidade, já existiria uma relativização ou flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, ensejando com isso uma punição mais rápida, prevendo sanções não privativas de liberdade, ou seja, as penas alternativas.

Aqui não há necessidade e aplicabilidade da privação de liberdade do agente, mas apenas a aplicação de medidas alternativas que cumprirão a função sancionadora. Nesse ponto é possível falar numa flexibilização do sistema penal, marcado pelo afastamento de penas que restrinjam o bem jurídico da liberdade humana, mas também pela maior celeridade do processo e relativização das regras processuais. (VIEIRA, 2018, p. 01)

É o caso, por exemplo, do instituto da transação penal, integrante da Lei dos Juizados Especiais Criminais (nº 9.099/95), que atende o disposto no art. 62 da mesma lei, qual seja:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Quanto à terceira velocidade do Direito Penal, verifica-se que a mesma teria um caráter emergencial, sendo aplicável apenas em situações excepcionais, posto que, nestes casos, haveria a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade sem a observância estrita de garantias político-criminais, processuais e de regras de imputação. "Trata-se de uma mescla entre as velocidades acima, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade (Direito Penal de 1ª (primeira) velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (Direito Penal de 2ª (segunda) velocidade)." (ORTEGA, 2016, p. 02) Dessa forma, enxerga-se a possibilidade de que o Estado

desse à sociedade uma resposta célere e intensa às situações delitivas; contudo, estas decisões nem sempre seriam baseadas no estrito conceito de justiça. É na terceira velocidade que se situa a Teoria do Direito Penal do Inimigo, objeto do próximo tópico.

Por sua vez, haveria ainda a identificação de uma quarta velocidade, que estaria intimamente ligada ao Direito Penal Internacional e à resolução de conflitos, sobretudo no âmbito do Tribunal Penal Internacional (TPI). Verifica-se que, nesta velocidade, há uma nítida diminuição das garantias individuais penais e processuais penais dos réus, por conta de os mesmos terem, na posição de Chefes de Estado, violado de forma grave tratados internacionais e praticado crimes conhecidos como de “lesa humanidade” (definidos nos arts. 5º a 8º do Estatuto de Roma).

4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS FOLK DEVILS

A ideia de se admitir diferentes velocidades no Direito Penal leva a questionamentos acerca da legitimidade dos modelos de intervenção jurídica. Neste âmbito, se discute principalmente aspectos referentes à chamada terceira velocidade, que representa um modelo de intervenção onde se faz presente a antecipação da tutela penal. Muito embora a ideia da terceira velocidade tenha sido concebida como um direito de emergência, ou de exceção, verifica-se que a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade mediante a flexibilização de garantias materiais e processuais tem atraído cada vez mais adeptos, sejam eles juristas ou só ávidos expectadores.

No Direito Penal do Inimigo, consoante a teoria idealizada por Jakobs (1985):

O Direito penal conhece dois pólos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2006, p. 42)

Para o autor, haveria duas categorias de indivíduos: o 'cidadão' e o 'inimigo'. No trato com o 'cidadão', deveria haver o respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas; por sua vez, no que se refere ao 'inimigo', seria possível (e desejável) a flexibilização, ou mesmo eliminação, dos direitos e garantias constitucionais.

Mesmo entre os delinquentes, ou criminosos, haveria esta mesma distinção: haveria o criminoso normal, que manteria o status de cidadão e, na hipótese da prática de uma conduta ilícita, com consequente violação de uma norma, ainda assim teria o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido; mas haveria também a categoria dos criminosos identificados como inimigos, ou seja, aqueles indivíduos considerados perigosos ao convívio social, que seriam os delinquentes contumazes, que ameaçariam destruir a ordem jurídica do Estado, aos quais caberia um tratamento rígido e diferenciado, com perda do direito as garantias legais, não sendo mais considerados como cidadãos, sofreriam uma punição mais rápida e rígida.

A conversão do "cidadão" em "inimigo" se daria mediante a habitualidade, a reincidência dos delitos praticados através de uma organização criminosa a que este esteja vinculado, o que exporia a sua periculosidade. O denominado inimigo seria considerado uma coisa, não mais seria um cidadão e nem mesmo um sujeito processual; contra ele não se justificaria um procedimento penal e sim um procedimento de guerra.

Nesse ponto, não há como ignorar a aproximação entre o conceito do 'Inimigo' de Jakobs (1985) e o conceito dos Folk Devils, de Cohen (1972). Ambos são aqueles que, por apresentar um comportamento desviante do padrão social, são marginalizados e demonizados, tendo o seu comportamento apontado como motivo de medo e receio para o cidadão comum. Dessa forma, pode-se notar que a mera identificação de um grupo, ou indivíduo, como 'inimigo' pelo sistema penal é motivo para que se comece a disseminar o pânico moral. E é justamente isso que a mídia, por meio da cobertura exagerada e sensacionalista dada aos delitos e aos indivíduos que os cometem, faz.

Dessa forma, o que se verifica é que a população, assustada, exige do Estado segurança a todo custo, até mesmo por meio da criação de um Direito Penal excepcional. Assim, o pânico moral é o elemento que ajuda a edificar o Direito Penal do Inimigo, com base nas políticas públicas emergenciais de combate a um determinado tipo de criminalidade (destacado pela mídia); a definição e consequente punição do 'inimigo' seria baseada em sua periculosidade, e não na sua real culpabilidade. Entende-se que, devido à sua periculosidade (real ou imaginada, conforme já visto) o 'inimigo' sofreria tal medida no intuito de resguardar a incolumidade social. O pânico moral, embalado pelas ideias radicais, vem tomando forma e sendo disseminado pelo mundo, na defesa da aplicação de sistemas penais distintos para criminosos diferentes.

5. REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

São inúmeras as críticas a respeito dessa teoria; uma delas é de que teria total incompatibilidade com o Estado Democrático brasileiro, cuja Constituição Federal de 1988 prevê como cláusula pétrea o direito de igualdade entre as pessoas. Assim, não é possível dividir o Direito Penal pátrio, direcionando um lado para o cidadão, que estaria respaldado por todas as garantias constitucionais e processuais, e outro lado para os ditos inimigos, onde tais garantias seriam retiradas. Isto, em realidade, configuraria um retrocesso social no que se refere às garantias já conquistadas. A atribuição, arbitrária, de uma suposta condição de não-cidadão não é capaz de mitigar a abrangência dos princípios constitucionais, bem como garantias processuais penais.

Em síntese, o reconhecimento de uma suposta legitimidade dada (sobretudo pelo Pânico Moral) ao Direito Penal do Inimigo vai de encontro a todas as conquistas históricas no campo dos direitos fundamentais, o que por si só representa um retrocesso perigoso, posto que o chamado Direito Penal do Inimigo sugere uma ruptura dos paradigmas do Estado Democrático de Direito, que possuem como alicerce a Declaração Universal de Direitos Humanos. Apesar do quadro contemporâneo se apresentar inquietante, principalmen-

te no que se refere ao recrudescimento da violência, os direitos fundamentais representam uma espécie de barreira, ou de limite, que não deve ser ultrapassado pelo Estado ao fazer o uso de sanções.

Mais ainda, válido se faz ressaltar que o poder punitivo estatal, de acordo com o disposto no princípio de humanidade do Direito Penal, sustenta que o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. Ocorre que:

Existem sérias críticas à compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com princípios básicos acolhidos pela CF/88, como a dignidade da pessoa humana, a preservação da vida e da liberdade e a presunção de inocência. Por outro lado, também há quem defenda a tese de que a Constituição incorporou levemente o conceito do Direito Penal do Inimigo, autorizando portanto que essa teoria fosse aplicada na criação de legislação infraconstitucional e na própria atividade jurisdicional. Um exemplo seria a supressão de garantias fundamentais em casos de crimes específicos, que é o que observamos nos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da CF/88. De maneira geral, podemos dizer que o Direito Penal do Inimigo já é aplicado na prática em nosso país, embora nem sempre de maneira aberta; e sua legitimidade continua a ser alvo de questionamentos. (RODRIGUES, 2018, p. 03)

Muito embora tenha sido verificada a incoerência, ou mesmo impossibilidade, de se aplicar o Direito Penal do Inimigo de forma que se subdividam o Direito Penal e o Direito Processual Penal em dois (para os cidadãos e para os inimigos), o que se verifica é que, a cada dia mais, esta teoria encontra guarida no ordenamento, expandindo-se por meio de leis e decisões judiciais, ainda que de forma não-explícita, como, por exemplo, no caso das inúmeras prisões preventivas fundamentadas, sobretudo, no “clamor público”. Ocorre que, ao se incorporar o Direito Penal do Inimigo ao ordenamento pátrio, passa-se à sociedade uma falsa ideia de segurança, já que há um enrijecimento das leis e das decisões, na tentativa de se combater a criminalidade.

O acolhimento implícito da teoria se faz presente, principalmente, nas legislações que objetivam o combate ao crime organizado, ao crime econômico e, principalmente, ao terrorismo; tal acolhimento se dá, sobretudo, por conta de boa parcela da população (mobilizada pelo pânico moral), ver no endurecimento das penas e na flexibilização do processo a única solução para diminuir a ocorrência de crimes como terrorismo, homicídio, tortura e tráfico de drogas. Essa doutrina também ficou conhecida como sendo de tolerância zero, uma vez que apresenta um ideal que fortalece a ideia de repressão a criminalidade de forma implacável.

6. O PÂNICO MORAL DIANTE DOS INIMIGOS

O fenômeno e a necessidade de se contextualizar a Teoria do Pânico Moral, que data de 1972, ao atual cenário político mundial também foi verificado por Sousa (2018) em Portugal, ao referir, sobretudo, ao cenário europeu e americano:

A ascensão de extremismos políticos partidários, numa Europa ocidentalizada do século XXI, com patriotismos exacerbados, típicos de movimentos radicais, como a Frente Nacional (França), o AFD (Alternativa para a Alemanha), o FPO (Partido da Liberdade da Áustria) e o Jobbik (Hungria); A eleição anedótica de um líder republicano americano, fundamentalmente economista e com um pano de fundo político inexistente; Os trâmites jornalísticos contemporâneos, enquadrados por estilos de produção e edição de consumo rápido, favorecedores de catarses emocionais em prol de uma competitividade mercantil delimitadora da indústria; A amplificação do desvio ordinário, do terrorismo europeu e da lesão desportiva e a banalização da moldura constitucional dos países de terceiro mundo. Representações pictóricas actuais que, inegavelmente, elevam a conceptualização do termo "Pânico Moral" de Cohen a uma realidade altamente intemporal. (SOUSA, 2018, p. 3)

Dessa forma, vista a teoria tradicional do pânico moral, bem como algumas críticas tecidas a ela, que servem para adequar o seu conteúdo à realidade social que se estabeleceu mais de quarenta e cinco anos depois de seu debut no meio acadêmico, há que se questionar de que forma se pode aproveitar destas informações como ferramentas que facilitem a compreensão do atual cenário político e social brasileiro. Para tanto, é necessário que se revisitem alguns questionamentos levantados por Goode & Bem-Yehuda (1994), tendo em vista sua atualidade:

Do moral panics have an impact on the society in which they take place by generating formal organizations and institutions; do they, in other words, leave an institutional legacy in the form of laws, agencies, groups, movements, and so on? If so, what is the nature of that legacy? Do moral panics transform the informal normative structure of a society? If so, what is the nature of that transformation? (GOODE; BEN-YEHUDA, 1994, p. 168)

Nesse ponto, importante que se apresente uma definição resumida e sintética do conceito, para que, a partir dele, se possam apresentar novos, e quiçá responder, a alguns questionamentos:

O pânico moral pode ser compreendido, numa acepção mais abrangente, como o consenso, partilhado por um número substancial de membros de uma sociedade, de que determinada categoria de indivíduos estaria ameaçando a estrutura social e a ordem moral. A partir dessa suposta ameaça, confabulam que seria necessário o fortalecimento do aparato de controle social, provocando a promulgação de novas leis, orientando a atuação estatal por políticas públicas capazes de imprimir hostilidade e condenação pública a determinado estilo de vida [...] O objeto do pânico pode ser um fenômeno absolutamente novo ou algo que já existia na sociedade há muito tempo, ofuscado e reprimido, mas que, desencadeado por algum movimento ou fato, ganhou notoriedade. As repercussões geradas são diversas; por vezes o pânico desaparece e é esquecido, permanecendo apenas no imaginário cultural como no folclore e na memória coletiva. Outras vezes, gera efeitos mais duradouros, capazes de pro-

duzir mudanças nas políticas públicas, na política legal e social ou, até mesmo, na forma como a sociedade se compreende. (FIUZA; POLI, 2015, p. 13)

Agora, é preciso que se interliguem as teorias citadas, no sentido de se compreender que os inimigos de agora são os folk devils de outrora. A crise que foi fomentada é real, e se encontra plenamente estabelecida na cabeça do cidadão médio, que teme o delinquente, o desviante, o inimigo da paz social; seu temor legitima o desejo de recuperação da paz social, legitima seu apoio a uma subdivisão de categorias dentro do Direito Penal e Processual Penal, possibilitando a ocorrência de tratamentos distintos, baseados em uma discriminação negativa.

O pânico moral é, assim, não só uma forma de significação da crise – um modo de lhe dar um rosto e de apontar os responsáveis – como também uma forma de recuperação da paz social ameaçada. [...] Portanto, o pânico moral [...] é uma das principais formas pelas quais é conquistado o apoio da ‘maioria silenciosa’ às medidas cada vez mais coercivas do estado, alcançando-se, pela força da lei e das medidas repressivas, uma sociedade disciplinada. Ao longo deste processo, em que se juntam, como vimos, três vectores essenciais – crise económica e social, crise da hegemonia e recurso a antigos modos de dominação – o pânico moral patrocinado pelos meios de comunicação, os aparelhos de controlo e as classes dominantes, em nome da maioria, é orientado para o que Hall e colaboradores designam por um ‘estado de coerção legítima’ (1978: 321). E, assim, nasce a sociedade da ‘lei e da ordem’. (MACHADO, 2004, p. 66)

No entanto, e considerando o momento de transições paradigmáticas pelo qual passa o Brasil, ainda se faz difícil estabelecer um panorama de como a situação vai se desenrolar ao longo do tempo. Por ora, toma-se conclusão similar à já encontrada por Goode & Bem-Yehuda (1994), no sentido de que deve-se apreciar o pânico moral como um processo social de transformação da tessitura social, com efeitos que se protraem no tempo e que só vão poder ser bem vistos e bem analisados a longo prazo.

A close examination of the impact of panics forces us to take a more long-range view of things, to see panics as long-term social process rather than as separate, discrete, time-bound episodes. Moral panics are a crucial element in the fabric of social change. They are not marginal, exotic, trivial phenomena, but one key by which we can unlock the mysteries of social life. (GOODE; BEN-YEHUDA, 1994, p. 169/170)

CONCLUSÃO

O crime e a resposta a ele associada, qual seja o medo do crime, se transformaram em um fenômeno, que levou ao surgimento de teorias de flexibilização e até de restrições de direitos humanos fundamentais como “soluções” para o problema. Nesse diapasão, leis de exceção foram criadas em vários países, o que denota claro retrocesso e desrespeito aos direitos humanos e fundamentais, frutos de muita perseverança e luta, que se mantém ainda nos dias atuais. Deve-se considerar que os direitos fundamentais representam condições indispensáveis para a implementação da justiça e da segurança pública nas sociedades que se intitulam democráticas.

É preciso que se reafirme que a segurança pública, enquanto direito de todos os indivíduos, somente pode ser assegurada por meio da proteção e do respeito aos Direitos Fundamentais, dentre eles destacado o devido processo legal, não se cabendo cogitar uma subdivisão do Direito Penal por meio da utilização do critério (arbitrário) de identificação do ‘inimigo’, que em muito se assemelha com o processo que autorizava a estigmatização dos grupos denominados de folk devils. Os direitos humanos não são conflitantes com a ideia de eficácia do Direito Penal, eles a justificam e delimitam. A segurança, seja individual ou coletiva, também integra o conjunto de direitos fundamentais, sendo, portanto, obrigação prioritária do Estado.

O processo de elaboração e aplicação das leis (e também das decisões judiciais) exige coerência com os princípios da igualdade, da dignidade, do respeito à diversidade, da solidariedade e da afirmação da democracia, dentre tantos outros. Não se pode aceitar que,

por conta do fortalecimento de um discurso de medo, de ódio e de repressão, potencializado pelo fomento de um pânico moral quase que generalizado, passe-se a enxergar seres humanos como ‘inimigos’ e que, por conta disso, autorize-se o tratamento dos mesmos como meros objetos sujeitos ao arbítrio de uns poucos, dotados de poder. Alavancar a aplicação de um Direito Penal do Inimigo é abrir o ordenamento jurídico à possibilidade de cometimento de inúmeras injustiças, justamente por conta da supressão dos devidos trâmites legais assegurados pelo Código de Processo Penal.

Compatibilizar efetividade da persecução penal com o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, por óbvio, não representa uma questão de solução fácil, necessário se faz ter cuidado e refletir com cautela no intuito de se conter o pânico e de se estabelecer os limites da atuação estatal na persecução penal, sob pena de se incorrer no retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Antônio Teixeira de; LEMOS, Cláudia Regina Fonseca. Política, pânico moral e mídia: controvérsias sobre os embargos infringentes do escândalo do Mensalão. *Opin. Publica*, Campinas, v. 24, n. 2, p. 291-327, ago 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762018000200291 &lng=p-t&nrm=iso>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. LEI nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial*. Brasília 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 13 mar. 2019.

BRASIL. LEI nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o estatuto de Roma do tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial*. Brasília 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 13 mar. 2019.

COHEN, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers*. Londres: Psychology Press, 1972. 201p.

FIÚZA, Cesar; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o Direito Fundamental à família. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, pp. 151 - 180, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>>. Acesso em 07 fev. 2019.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Inimigo. *JUSBRASIL*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 13 mar. 2019.

GOODE, Erich; BEN-YEHUDA, Nachman. Moral Panics: Culture, Politics, and Social Construction. *Annual Review of Sociology*, vol. 20, 1994, pp. 149-171. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2083363>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

HALL, Stuart; CRITCHER, Chas; JEFFERSON, Tony; CLARKE, John; ROBERTS, Brian. *Policing the Crisis: Mugging, the State, and Law and Order*. Londres: Macmillan Press, 1978, 425p.

HIGA, Gustavo Lucas; ALVAREZ, Marcos. Serpentes Negras, Pânico Moral e Políticas de Humanização dos Presídios em São Paulo (1983 - 1987). Dissertação (Mestrado) - USP, São Paulo, 2017. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02042018-152544/>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. 2. ed. Madri: Civitas, 2006, 152 p.

MACHADO, Carla. Pânico Moral: Para uma Revisão do Conceito. Interações: Sociedade e as novas modernidades, v. 4, n. 7, 31 out. 2004.

MELOSSI, Dario. Gazette of Morality and Social Whip: Punishment, Hegemony and the Case of the USA, 1970-92. In: Politics, Crime Control and Culture. Dartmouth: Ashgate. pp. 45-66.

ORTEGA, Flávia Teixeira. As velocidades do direito penal. JUSBRASIL. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/344640749/as-velocidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

SOUSA, Inês Maria Barradas Lemos Couto de; ALMEIDA, Pedro Manuel Rocha de. A Fisiologia da Exposição Mediática Criminal e a sua relação com as Atitudes Políticas: Uma Análise Exploratória. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Porto, Porto, 2018. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117425/2/302662.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

RODRIGUES, Juliana. Direito Penal do Inimigo: entendendo o que diz a teoria. SAJ.ADV.COM.BR. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em 14 mar. 2019.

ROUDINESCO, Elizabeth. A Família em Desordem. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, 199p.

THOMPSON, Kenneth. Moral Panics. Londres: Psychology Press, 1998. 157p.

VIEIRA, Bruno. Um resumo sobre as Velocidades do Direito Penal. JUS.COM.BR. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63624/um-resumo-sobre-as-velocidades-do-direito-penal>>. Acesso em 13 mar. 2019.



GERSON DE BARROS CALATROIA

Advogado, Máster en Derecho pela Universidad de Salamanca na Espanha e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - Uninove, Doutorando pela Universidad de Salamanca. É professor de ensino superior lecionando as disciplinas de Direito Constitucional e Direito Administrativo.

GERSON DE BARROS CALATROIA

PATERNALISMO, INTERVENCIONISMO E RELAÇÕES DE CONSUMO. É POSSÍVEL GARANTIR O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA AO CONSUMIDOR?

RESUMO

As formas de intervencionismo, no domínio econômico e nos âmbitos legislativo e judicial, são uma realidade em diversos Estados pelo mundo e, no Brasil, são adotadas desde a primeira Constituição Federal. São interferências consideradas, por muitos, como absolutamente necessárias desde a época na qual a doutrina liberal e a noção de mercado livre deixou de apresentar os resultados esperados, vistos as alterações causadas pela Revolução Industrial. No Brasil, o intervencionismo está presente nos dias atuais e, entre as suas áreas de aplicação, está o ramo da proteção ao consumidor, que aplica e interpreta o Direito de uma forma que devemos repensar, para que seja possível realmente trazer a segurança e oferecer o mais amplo acesso à justiça para, então, proteger o consumidor dos males que o “mercado” pode causar. Sem a pretensão de exaurir o tema, este estudo espera contribuir para a discussão sobre as formas de intervencionismo e a segurança jurídica que dele resulta e até que ponto seria interessante aplicá-lo nas questões de defesa do consumidor.

Palavras Chaves: Intervencionismo. Autonomia. Direito do Consumidor

INTRODUÇÃO

Liberalismo e intervencionismo foram as doutrinas que, juntamente com o movimento consumista surgido a partir da Revolução Industrial, influenciaram e moldaram definitivamente a forma de atuação do Estado na regulação e no controle das relações entre particulares.

Tal modificação foi necessária principalmente pela derrocada do regime liberal que acreditava que um mercado livre, sem regras e sem interferências do Estado, seria possível de se manter. Dessa concepção, advinda principalmente da época da Revolução Francesa, evoluímos para um mercado que é controlado e limitado pelo intervencionismo em matérias econômicas, legislativas e judiciais.

Este trabalho procura responder ao seguinte problema: Há limites e segurança jurídica na intervenção do Estado nas relações de consumo? Utilizando-se do método dedutivo, com o emprego de material bibliográfico de autores nacionais e estrangeiros, este artigo não tem a pretensão de exaurir o tema, mas de contribuir com o debate doutrinário acerca do intervencionismo.

Através da exposição dos contornos que levaram ao Estado a agir intervindo nas relações entre particulares e em especial, nas relações de consumo, abordaremos como se desenvolveu o Estado intervencionista no Brasil e, em seguida, apresentaremos algumas linhas sobre o Direito do Consumidor e como as interferências ocorrem neste campo.

Ao final será possível ao leitor compreender o tema proposto chegando às conclusões decorrentes do desenvolvimento do texto.

1. CONTEXTO HISTÓRICO E O SURGIMENTO DO INTERVEN- CIONISMO

Nos dias atuais, as relações entre os particulares, em especial as de consumo, apresentam características que se consolidaram conforme a evolução do tempo. Nessa evolução, as formas de contratação, da realização de acordos, de compra e venda de mercadorias, entre outras, foram alteradas de forma radical passando de um Estado que não intervinha nos tratos entre particulares para um Estado, em nome do “social”, que intervém e impõe regras a todos. Nestes primeiros itens veremos esta evolução histórica, dando subsídios ao leitor para entender toda a problemática.

2. INTERVENCIONISMO

A Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa e, com a constituição do México do ano de 1917¹ a alemã de Weimar de 1919, e as disposições sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e social, conjugados com a crise de 1929, o Estado passa a interferir mais na vida econômica e social de seus cidadãos.

Os Estados passaram a se preocupar mais com os abusos praticados na recém era industrial e liberal impondo limites ao direito de propriedade, liberdade contratual e instituições básicas da propriedade e da liberdade contratual. Como dissemos, a exploração da mão de obra operária, e também a utilização de mão de obra infantil pelas indústrias, foram alguns dos abusos praticados. Neste cenário, proliferaram as ideias de Keynes e sobre o intervencionismo.

John Maynard Keynes é conhecido como o “arquiteto” do que se chama de “nova economia” ou “Keynesian economics”. Pelo valor de suas ideias, figura ao lado de pensadores de renome da economia tais como Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill, Alfred Marshall e atualmente ocupa a posição de preeminência anteriormente

1 Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1917.pdf> e <http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassung/> acesso em 03/01/2014

detida por esta sucessão de antecessores famosos, e as influências de suas ideias persistem e continuam a crescer, mesmo depois de sua morte. (MURAD, 1964, p. 14)

Sua teoria trouxe a ideia de interação entre o Estado e economia, bem como o papel que este deveria assumir. Suas ideias levam ao entendimento de que o Estado deve intervir na economia com políticas fiscais, investimentos e políticas econômicas, quando for necessário, para que o setor privado possa se desenvolver de forma ampla (MISES, 2010, p. 30), e esse foi seu grande êxito. Para Sahid Maluf, "(...) a ação intervencionista do Estado se exerce amplamente até onde houver interesse da sociedade, tendo por limites os direitos naturais imprescindíveis da pessoa humana." (MALUF, 1999, p. 316)

A parte principal, quanto ao intervencionismo, e que nos interessa neste momento e que foi a receita básica proposta, incluía subsídios diretos e indiretos, desenvolvimento de infraestrutura, preços controlados, políticas protecionistas, entre outras medidas. Destaca-se que a regulamentação, ao menos teoricamente, recaiu num primeiro momento em políticas de proteção aos consumidores, limitação de operação de oligopólios e medidas protecionistas. Recebeu críticas durante seu desenvolvimento, pois o modelo proposto separava recessão e desemprego da inflação, partindo do parâmetro do produto do pleno emprego. (MURAD, 1964, p. 13-58)

Na busca em classificar as modalidades de intervenção estatal, Luís Moncada as classificou em duas vertentes, e é óbvio que não há uma só maneira de o Estado intervir nas relações econômicas entre particulares. (MONCADA, 1988, p. 36-37) a) Intervenção direta: pode ocorrer que o próprio Estado atue como empresário, através de empresas públicas, desenvolvendo atividade que inicialmente seria de iniciativa dos particulares, quando entender que há relevância e necessidade. b) Intervenção indireta: O Estado atua na fiscalização, na aplicação de incentivos de toda ordem e planejamento da ordem econômica.

Von Mises indica, ainda, outras modalidades de intervenção possíveis praticadas pelo Estado, e que podem ser direcionadas a limitar ou estimular um determinado setor produtivo, através de subsídios,

taxas de importação; intervenções sobre os preços de produtos podem ocorrer, alterando a lógica do mercado de oferta/demanda e forçando os comerciantes a venderem suas mercadorias com o lucro diminuído. (MISES, 2010, p. 18-19)

Segundo Edimur Ferreira de Faria (FARIA, 2007, p. 24) quanto maior for o nível de intervenção permanente do Estado, maior será seu campo de atuação.

3. NECESSIDADE E DESVANTAGENS DO INTERVENCIONISMO

Viver em sociedade é aceitar que os indivíduos fazem parte de grupos e que tanto a pessoa de forma individual, como o grupo todo, possuem direitos que não podem ser considerados de forma isolada em sua análise. A doutrina liberal desconhecia essa interdependência quando elaborou suas teorias. Os grupos então formados passam a existir como um só corpo, no qual as ideias de solidariedade e dever se desenvolvem, e para que haja harmonização de todos os interesses envolvidos, o Estado então surge como o "Big Brother"², que está disposto a proteger e regular as ações humanas. César Fiúza adverte que a presença do Estado é necessária já que se o "Estado se abster, como recomenda o *laissez-faire*, nenhum poder existirá para conter os excessos dos indivíduos em relação ao grupo e a outros indivíduos, e dos grupos em relação a outros grupos e em relação aos indivíduos." (FIUZA, 2003, p. 316-317)

A intervenção, quando ocorre, deve ocorrer atendendo aos princípios dos bons costumes, da ordem pública e do interesse público, ressaltando que os bons costumes são aqueles que "se cultivam como condição de moralidade social, variável no tempo e no espaço, ou seja, de acordo com a época e o lugar"; a ordem pública é o "con-

² Utilizamos o termo de forma livre, simplesmente para designar de forma genérica, o Estado que fiscaliza, e não no sentido original, cunhado pela obra de George Orwel, no sentido do Estado socialista que abusa de suas prerrogativas. Em "The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell Volume 4 - In Front of Your Nose 1945-1950 p.546", o autor esclarece que o livro não é uma crítica aberta ao socialismo, mas sim, um alerta dos abusos praticados, na época em que escrevia o romance.

junto de normas que erigem a estrutura social, política e econômica da nação; e o interesse público é o “conjunto de aspirações de uma coletividade para a obtenção de bens, vantagens, atividades ou serviços de fruição geral”.³

Reside aqui a limitação à livre vontade, que ficou difundida pela doutrina liberal, pois o Estado se sente na obrigação de regular as relações humanas para que não sejam praticados abusos de toda a ordem e também para fomentar e desenvolver atividades estratégicas e necessárias para o bem de todos.

As críticas ao intervencionismo estão relacionadas principalmente ao grau do regime liberal que os Estados adotam. Para Donald Stewart Jr. liberalismo é “uma norma ou uma medida de caráter restritivo, imposta pelo governo, que obriga as pessoas a empregarem os seus recursos de forma diferente da que fariam se não houvesse a intervenção.” (STEWART JR., 1990, p. 26)

Os simpatizantes do intervencionismo consideram que, se as pessoas fossem livres, não conseguiriam usar todos os recursos da melhor maneira e, por isso, se faz necessária a intervenção do Estado, entendendo que dessa maneira todos seriam beneficiados de forma igualitária. Ocorre que, reconhecer que é necessário que o Estado esteja presente nas escolhas dos particulares, é como afirmar que todos precisam de um tutor, o Estado, para dirigir e decidir o que é melhor para cada um. A lógica do intervencionismo vai contra a lógica do liberalismo, pois o consumidor é submetido ao Estado, quando deveria, no Liberalismo, haver soberania do consumidor, como já expusimos anteriormente.⁴

A intervenção ao livre funcionamento do mercado causa uma série de problemas econômicos, que levam ao entendimento errôneo da realidade ou daquilo que realmente está se passando. Exemplo disso é a intervenção na regulação, tabelamento e subsídios aos preços de uma mercadoria. O controle artificial de preços leva o mercado a um entendimento distorcido, já que a demanda criada, só

3 Idem.

4 Idem. p. 26.

ocorre por conta da intervenção e não da realidade, fazendo com que os investimentos sejam direcionados a esta demanda artificial e não para atender aos desejos dos consumidores. O desarranjo na produção se torna evidente, a competição desaparece e os grupos econômicos favorecidos pelo controle, são altamente beneficiados. (STEWART JR., 1990, p. 93-98)

De forma geral, o intervencionismo acaba por favorecer a criação de grandes grupos econômicos, grandes carteis e grandes monopólios, que controlam o mercado, produzem o que querem, ao preço que querem e manipulam o mercado consumidor, pois, com o fim da concorrência, as empresas não estarão preocupadas em descobrir quais as reais necessidades do mercado de consumo, e sim buscar cada vez mais os benefícios do mercado controlado, tendo o Estado como cúmplice.

Pode ainda ocorrer que o Estado intervenha na ordem jurídica, propondo leis para a regulamentação de mercados, para a proteção dos indivíduos, para regulamentação de benefícios sociais, para a proteção de investidores financeiros, entre outras intervenções.

4. INTERVENCIONISMO ECONÔMICO, LEGISLATIVO E JUDICIAL

A intervenção do Estado no domínio econômico é um fenômeno mundial que se modifica conforme o momento histórico-econômico dos países. Dessa forma, podemos verificar que durante a doutrina econômica clássica (escola liberal) que foi iniciada no século XVIII com a Revolução Industrial, tendo como seu maior expoente Adam Smith, que em sua obra "A Riqueza das Nações", defendia a não intervenção do Estado na economia, visto que esta deveria ser guiada pelas próprias leis de mercado, que se auto-regularia, expressando-se na máxima "laissez-faire, laissez passer".

Marcio Nunes Aranha (ARANHA, 1997, p. 5) descreve que os três papéis próprios do Estado citados por Adam Smith são: o dever de defender o país contra a agressão estrangeira; o dever de estabelecer

boa distribuição de justiça; e a de manter obras públicas e instituições que um indivíduo ou um grupo de indivíduos não manteriam por falta de remuneração adequada. E ressalta que tudo o que for além disso, a “mão invisível” seria mais eficaz.

No entanto, com a crise de 1929 (Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque), o Estado passou a intervir nas relações econômicas, passando a adotar uma política intervencionista, como forma de fomentar a economia. Nesse período, o intervencionismo é defendido por John Maynard Keynes, que ensinava que por meio do controle da moeda e do crédito, com a aplicação de carga tributária baixa, a regulação da previdência social e a realização de grandes obras públicas pelo Estado eram elementos necessários para movimentar a economia e retirá-lo da depressão. Forma-se o Estado do Bem-Estar Social (Welfare State) que, nas palavras de Thiago Degelo Vinha, significa o Estado assumir o rumo adotando políticas que visam o bem-estar de todos, e o faz interferindo na atividade econômica.

Com a crise do petróleo, na década de 1970, o Estado do Bem-Estar Social entrou em declínio passando a ganhar força a teoria neoliberal (escola neoclássica), que foi iniciada na década de 1940 com Hayek, em que se pregava o “Estado mínimo em relação aos direitos sociais e trabalhistas e um Estado passivo em relação aos lucros dos capitalistas e a lei de mercado.” (NETO, 1997, p. 80) Nesse período buscou-se combater a inflação galopante que era uma realidade das economias capitalistas da época, sendo implementada principalmente pelos governos dos EUA e da Inglaterra, na época governados por Reagan e Margareth Thatcher, respectivamente. E segundo Thiago Degelo Vinha (VINHA, 2005, p. 5) também se buscou a implementação do processo de globalização iniciado por empresas multinacionais dos países do Hemisfério Norte, devido à modernização tecnológica dos meios de produção e telecomunicação. Frisa ainda que, com a queda do Muro de Berlim e a derrocada do Estado Soviético, o neoliberalismo se firmou nas economias mundiais.

Salienta ainda esse autor que o liberalismo vem à tona com a implementação de políticas econômico-sociais visando à desestatização da economia, com a privatização e concessão ou permissão de serviços públicos, a flexibilização de direitos trabalhistas, como forma de diminuir o intervencionismo do governo, mantendo o controle indireto por meio da regulamentação dessas atividades.

O intervencionismo legislativo segundo Ari Kardec de Melo (MELO, p. 88), citando Orlando Gomes, processou-se em duas fases distintas: i) intervenção legislativa de fundo paternalista que visa proteger determinados grupos de pessoas, consideradas mais fracas nas relações de trabalho, de uso da propriedade, surgindo a legislação trabalhista e as leis do inquilinato. Podemos ainda citar as relações de consumo, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que mais adiante trataremos; e ii) pela generalização das medidas de equilíbrio nas relações jurídicas, com a edição de normas inderrogáveis pelos particulares, alargando-se a noção de ordem pública realizada pela intervenção do Estado na vida econômica.

Entende ainda o autor que o intervencionismo legislativo deve ser dirigido para a elaboração de leis que sejam adequadas ao interesse nacional e direcionadas a realizar a justa distribuição de riqueza e a utilização adequada de todos os recursos disponíveis.⁵

Podemos ainda verificar que abusos econômicos podem ser praticados não somente pelo Estado-governo, mas também por particulares, normalmente grandes empresas/conglomerados econômicos que podem tentar produzir normas de direito que formalmente legalizam os abusos econômicos, como nos casos de transferência indevida de renda. Assim, o Estado tem a obrigação na esfera legislativa, na atuação fiscalizatória e na implementação de políticas públicas evitar que abusos econômicos ocorram, ou seja, deve evitar que normas que violem o pleno desenvolvimento e distribuição equitativa de benefícios, que objetivem o bem estar de toda a população e de todos os indivíduos sejam sancionadas.

5 Idem. p. 91

Segundo Maria Coeli Nobre da Silva⁶ tem se observado uma revolução jurídica nos tempos atuais, visto que na era absolutista o poder era centralizado no Poder Executivo que era extremamente forte, e no período da Revolução Francesa o poder passa a ser do Poder Legislativo, e agora para o Poder Judiciário.

Dessa forma, a autora defende que o Poder Judiciário não é mais um simples mediador de conflitos entre os Poderes Legislativo e Executivo, mas que, por delegação, lhe foi conferido poder de solucionar conflitos, garantir políticas públicas, organizar a ação administrativa e do controle de regras, tendo função ativa na afirmação da cidadania. Defende que outrora a democracia era defendida pelas instituições políticas clássicas e diante do seu descrédito diante da sociedade, buscou-se no Poder Judiciário, um poder neutro e imparcial, meios de tornar realidade a democracia, fazendo a lei ser respeitada. Cita Antoine Garapon (GARAPON, 2001, p. 39) que a sociedade busca na Justiça soluções diante da inércia do Estado executivo/governo e do Estado legislativo, com edição de leis fracas, sem conteúdo e muitas vezes perversa. Assim, aplicou-se a teoria de "checks and balances", em que o Poder Judiciário tem papel de destaque, visto que lhe é delegada a competência de dizer a lei, ou seja, é lei apenas o ato legislativo que está em conformidade com a Constituição Federal. Assim, os Tribunais passam a ter o controle de constitucionalidade das leis, o controle difuso sobre as funções estatais. A teoria dos "checks and balances" busca transferir funções típicas de um poder a outro. Verificamos assim que a democratização do Poder Judiciário objetiva a garantia da cidadania, pelo acesso à justiça e pela razoável duração do processo, com a decisão sobre o direito controverso, evitando assim as injustiças sociais.

No entanto, questiona Maria Coeli Nobre da Silva se essa intervenção judicial é democrática, visto que o Poder Judiciário não possui o aval da vontade política do eleitorado brasileiro, pois não passa pelo crivo do voto.

⁶ SILVA, Maria Coeli Nobre da. O intervencionismo judiciário: protagonismo/ativismo e legitimação democrática. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bc8ae25856bc2a6>> Acesso em 25/02/2014.

5. INTERVENCIONISMO NO BRASIL

Dessa forma, observamos que o intervencionismo econômico tem sido ao longo da história uma prática recorrente dos governos nos momentos de crise econômica, como as decorrentes de acidentes naturais e de guerras, visto que são fatos que provocam desabastecimentos de produtos e escassez de serviços, e com o intuito de equilibrar a oferta, implantam medidas de controle de preços, aumento de impostos e taxas, emissão de dinheiro sem lastro, nacionalização de empresas estrangeiras, estatização de setores estratégicos de transportes, comunicações, energia, ou ainda movimento de abertura ao comércio internacional e a privatização de empresas públicas, a fim de afastar a estagnação econômica de inflações altas e desemprego elevado.

Ludwig Von Mises não concorda com a frase que diz que um bom governo é o que menos intervêm, nas seguintes palavras: "A famous, very often quoted phrase says: 'That government is best, which governs least. I do not believe this to be a correct description of the functions of a good government.'" (MISES, 2006, p. 37) Entende que as funções elementares dos governos num sistema livre, no sistema de economia de mercado são as de defender as pessoas de violações internas a seus direitos e a defender o país contra inimigos externos.

Historicamente, desde a sua época colonial o Brasil foi uma sociedade controlada pelo Estado, o intervencionismo era disseminado visto que nada se poderia fazer no Brasil sem um alvará régio, sem uma permissão governamental, como podemos descrever como exemplo que a constituição de empresas por ações devia ser previamente aprovada pelo governo e sancionada por ato do Poder Legislativo, até quase o final do Império, ou seja, tudo o que não fosse sancionado previamente pelo governo, não era permitido, estando fechado à iniciativa privada ou ao empreendedorismo individual.

Paula Forgioni, (FORGIONI, 2005) ao tratar sobre as origens do intervencionismo no Brasil, esclarece que ela sempre existiu, desde a época do Brasil Colônia que implementou uma política fiscalista. Desde a Constituição Federal de 1824 o Estado brasileiro continuou ativa na regulação dos mercados, seja por meio do controle comercial e de tributos. Já na época da proclamação da República o Estado brasileiro já havia se tornado um dos países que mais eram intervencionistas.

Pela crença dos governantes que o desenvolvimento da economia era simplesmente uma questão natural, e também pelas características de uma economia agrícola, em uma época na qual as noções de público e privado eram confusas, foi somente no início do século XX, que o Estado brasileiro começou a praticar o intervencionismo na forma que conhecemos atualmente. Até os anos 1930, e mesmo na Constituição Federal de 1934, vigorava a noção de “Estado mínimo”, com características liberais. Nessa época, diversas ações foram propostas na intenção de desenvolver a indústria nacional, com a substituição das importações, ações que visavam a proteção do comércio, o desenvolvimento de empresas públicas e outras ações em áreas onde havia necessidade de investimento de alto custo. O papel do Estado brasileiro passou o de ser “mais positivo e centralizador na economia, (...) por meio da intervenção no setor produtivos de bens e serviços”

As ações intervencionistas também se fizeram presentes durante o período da ditadura militar. Nesta época o Brasil passou por um período de pequena recessão, mas o então ministro Delfim Netto, lançou medidas que estimulavam o crescimento econômico, como de expansão do crédito, conjuntamente com medidas de controle dos preços visando parar o crescimento da inflação. As indústrias automobilísticas, favorecidas pela expansão de nossas estradas, e as indústrias de produtos químicos, de material elétrico e da construção civil, favoreceram o crescimento época que ficou conhecida como a do “milagre econômico”. Prevalcia o intervencionismo, inspirado nas ideias de Keynes, (FAUSTO, 2006)

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma vasta gama de princípios da economia do bem-estar social em consonância com princípios capitalistas neoliberais. Assim, a Constituição Federal ao trazer

princípios da ordem jurídica para regular a ordem econômica, se extrai o caráter interventivo do Estado na economia. Verificamos no disposto do inciso IV do art. 1º e art. 170 da Constituição Federal, que o Brasil baseia sua ordem econômica no trabalho e livre iniciativa, observados os seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, sediadas e administradas no Brasil.

Esses princípios são comandos norteadores para o Poder Judiciário quando instados a solucionar conflitos, para o Poder Legislativo quando da elaboração de leis e atos normativos, bem como para o Poder Executivo quando da implementação de políticas públicas.

É, portanto, o Poder Judiciário o guardião e o responsável pelo acesso à justiça na concepção ampla do tema, ou seja fazer valer o sistema judicial para que seja justo, efetivo, rápido e preciso em suas decisões.

Uma outra poderosa via de intervencionismo do governo é a via tributária, com a alta carga de impostos sobre a renda dos cidadãos brasileiros, e segundo Paulo Roberto de Almeida⁷:

(...) os exemplos do intervencionismo estatal na vida diária dos cidadãos brasileiros, na atividade empresarial privada, na determinação de nossas escolhas mais simples de consumo ou de emprego de nossa renda individual são tantos, tão extensos e tão disseminados, nas mais diversas áreas da vida nacional, que é difícil considerar o Brasil como um país normal, ou seja, aquele que permite aos seus habitantes o livre desfrute de suas vidas e de suas propriedades pessoais.

⁷ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Intervencionismo governamental: na ótica de Von Mises e na prática brasileira*. Disponível em <http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/2423IntervencionismoMises.pdf>. p. 16 a17. Acesso em 01/03/2014.

Já segundo entendimento de Thiago Degelo Viana (VINHA, 2005, p. 2) a intervenção estatal nas atividades econômicas é essencial para se preservar os objetivos previstos na Constituição Federal. O Estado verificando que não conseguia por seus próprios órgãos diretos intervir na vida econômica, criou mecanismos de controle indiretos, descentralizando seus serviços, criando novas pessoas jurídicas, de direito público e de direito privado, como as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Devemos ainda ressaltar que quando se fala em intervencionismo, não se quer referir-se somente à intervenção do Estado no domínio econômico, mas também no sentido de se estabelecer políticas públicas de prioridade nacional e interferir de forma ativa na vida nacional, seja por meio normativo ou judicial, que trataremos a seguir.

6. PATERNALISMO, O INTERVENCIONISMO LEGISLATIVO, JUDICIAL E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

Como vimos, a Constituição 1988, fixou no “Título VII”, “Da Ordem Econômica e Financeira”, o caminho a ser seguido por todos que desejem se situar economicamente no Brasil, estabelecendo limites mínimos de respeito aos direitos fundamentais. Tais princípios constitucionais demonstram, primariamente, em quais áreas o Estado brasileiro pode intervir para garantir os preceitos dispostos no “caput” do artigo 170.

André Ramos Tavares, assim, ensina que a tais princípios “perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles.”, que possuem “não apenas os fundamentos da ordem econômica, mas igualmente suas finalidades, ou seja, os objetivos a serem atingidos por meio de implementação de seus ditames econômicos.” (TAVARES, 2003, p. 134)

Na parte que interessa neste estudo, verificamos que entre as garantias previstas encontra-se a defesa do consumidor, elevada à categoria de princípio constitucional que deve ser respeitado por todo o ordenamento jurídico. Tal disposição leva o Estado, conjuntamente com as demais disposições constitucionais e infraconstitucionais, sobre o Direito do Consumidor, a propor uma série de intervenções, traduzidas pela adoção de políticas públicas, edição de leis específicas e implantação de instituições que possam garantir as disposições constitucionais.

Reflete, como vimos, o movimento de abandono gradual do Estado, não intervencionista, para um Estado mais preocupado com o Social. Dizemos gradual, pois nossa Constituição, ao mesmo tempo que permite que se apure o lucro e que se explore o mercado através da livre iniciativa e da livre concorrência, determina que tal exploração seja realizada dentro de ditames constitucionais.

Rizzato Nunes nos ensina que, apesar da Constituição de 1988 garantir a livre iniciativa e a propriedade privada, não significa que o mercado possa atuar sem qualquer ética, estando sujeito ao cumprimento dos ditames constitucionais. (NUNES, 2011, p. 55)

Pois então, por determinação do artigo 48 da Constituição Federal, e por vontade dos constituintes em estabelecer um marco protecionista consumerista, houve a determinação ou o dever absoluto do Estado de proteção ao estipular a tutela ao consumidor como um princípio fundamental constitucional a ser respeitado, conforme determinação do artigo 5º, inciso XXII, e como princípio geral da ordem econômica, definido no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, elaborou o Código de defesa do consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Código de Defesa do Consumidor pressupõe que os consumidores, em uma concepção simplista, são considerados vulneráveis, em todas as relações em que fizerem parte. Trata-se, portanto, de claro intervencionismo nas relações entre os particulares, sem que se considere a autonomia privada do consumidor na realização e conveniência na realização do negócio jurídico, conforme sua vontade.

Ainda mais, quando consideramos que é norma de ordem pública, sendo impossível seu afastamento. Outro traço de intervencionismo encontra-se no fato de impor aos fornecedores uma série de deveres que devem ser cumpridos.

Ainda que pese o entendimento majoritário da doutrina nacional de que as normas de proteção aos consumidores buscam equilibrar as relações entre empresas e consumidores, nalguns estudos parecem indicar uma outra vocação. Brooke Overby, (OVERBY, 2001, p. 1227), em estudo dirigido sobre o Direito do consumidor, aponta que as legislações mundiais que visam proteger as relações de consumo apresentam três características que podem variar conforme a orientação da política adotada⁸: a) a adoção de políticas eficazes para a criação e manutenção de mercados eficientes de bens e serviços de consumo no qual o governo só deve só deve intervir quando há uma falha de mercado. O governo deve propor ações para tornar o mercado eficaz; b) quando há motivos éticos em jogo, onde o governo só deve intervir quando houver razões éticas, como a realização de uma justiça distributiva, ou ainda, o desejo de transferir riqueza dos ricos vendedores corporativos, para os menos ricos compradores de consumo; c) a adoção de uma política de proteção ao consumidor com características paternalistas que indica que as preferências individuais do consumidor, devem ser anuladas por sentença judicial, sendo tal posição uma ameaça à liberdade individual.

Esse último item nos interessa, como veremos a seguir. E. Allan Farnsworth, (FARNSWORTH, 2000) no artigo "Promises and Paternalism", ao analisar o caso de um indivíduo que fez uma doação em vida, de uma certa herança para terceira pessoa não herdeira, esta foi impedida de recebê-la, quando da morte do doador, pois as leis do estado de Utah assim a impedia, nos oferece uma noção interessante sobre o paternalismo. Salaria este autor que uma regra paternalista é definida quando uma pessoa é impedida, para seu próprio bem, de fazer algo, citando como exemplo a proibição para o uso de drogas ou o uso obrigatório do cinto de segurança.

8 Idem p. 1227 a 1229.

Já Gerald Dworkin define paternalismo como “a interferência de um Estado ou de um indivíduo em atitudes de outra pessoa, contra a sua vontade, sob a alegação de que seria melhor protegida”.

Sem entrar em uma análise mais detalhada, ao estudarmos a doutrina, ao analisarmos a letra fria da lei e ao buscarmos pela jurisprudência pátria, o paternalismo parece se fazer presente tanto em nossa doutrina, quanto em nossa legislação e ainda, de nossa jurisprudência, referente ao Direito do Consumidor. Citamos somente um exemplo que demonstra a forma paternalista que temos ao analisarmos temas de proteção ao consumidor: A interpretação restritiva do inciso VIII, do artigo 51 do CDC, evidencia claramente tal condição, pois a maioria da doutrina, de nossa jurisprudência e pela disposição da lei consumerista, induz muitos magistrados a manifestar de plano, a nulidade de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo, sem mesmo analisar seu cabimento e a vontade das partes em celebrar tal cláusula.

Há que se evitar a aplicação repetida e em bloco de conceitos paternalistas e intervencionistas, relegando a vontade do consumidor na realização do negócio jurídico, pois nem todos podem ser absolutamente vulneráveis e nem todo fornecedor possui capacidade financeira tão superior que possa suportar condenações extremas. É preciso aplicar o princípio da proporcionalidade a fim de que se apure em quais condições ocorreu a contratação de um serviço, ou a compra e venda de uma mercadoria.

Tal conduta se faz necessária, pois as empresas sabem dos riscos que correm ao colocar no mercado um produto com falhas de projeto, sabem inclusive qual a porcentagem de sua produção que pode possuir algum tipo de vício e também sabem a porcentagem de reclamações, e podem chegar à conclusão que é mais barato se defender em poucos casos que chegam à Justiça, do que reparar ou retirar algum produto que possui algum vício.

Aplicar sanções administrativas no âmbito dos Procon’s, divulgar listas de fornecedores que possuem mais queixas ou julgar desfavoravelmente, condenando alguma empresa ao pagamento de algu-

ma indenização, de nada resolverá, pois tais prejuízos que eventualmente possam suportar e os valores serão, ao final, somados ao custo total das mercadorias ou dos serviços. Novamente é preciso cautela ao direcionar as ações que visem proteger os consumidores, para uma participação mais responsável dos fornecedores, chamando-os a participar de ações afirmativas junto aos consumidores.

Por óbvio, não se defende que as relações de consumo devam ser desprotegidas, livres de qualquer interferência do Estado, ou ainda que o mercado possa se regular por si mesmo, pois os abusos existem. É preciso reconhecer que vivemos em um mundo diferente daquele dos anos 1990. Uma nova fase das relações humanas está em curso, uma fase que Bauman chama de "Modernidade Líquida", com todos os componentes da chamada "pós-modernidade", na qual os princípios, conceitos e certezas antes considerados consolidados e sólidos, já não existem, simplesmente encontram-se fluídos, e é nesse contexto que as relações de consumo devem ser analisadas, sempre com muita cautela, pois por detrás dessas relações, há um componente que apesar de todas as suas limitações ainda tem a sua validade.

CONCLUSÃO

A vida em sociedade pressupõe aceitar que fazemos parte de grupos, e que o indivíduo, enquanto no grupo do qual faz parte, é portador de direitos e obrigações que em uma análise jurídica, não devem ser analisados de forma isolada. Essa interdependência era desconhecida quando a doutrina liberal foi desenvolvida.

Após a Revolução Industrial os grupos passaram a ser formar como um só corpo e as ideias de solidariedade se desenvolveram, e, como dissemos, o Estado atua como o “Big Brother”, visando proteger e regular as ações humanas. Por óbvio, tal comportamento do Estado, não pode ser rechaçado, pois não haveria controle aos possíveis excessos que seriam praticados. Por essas razões é que o Estado pratica a intervenção.

Vimos neste trabalho que aqueles que defendem as práticas intervencionistas têm o entendimento de que, se as pessoas fossem livres, não conseguiriam usar todos os recursos da melhor maneira e por isso se faz necessária, a intervenção do Estado, entendendo que dessa maneira todos seriam beneficiados de forma igualitária e não consideram que tais interferências levam à noção de que o indivíduo necessita de um terceiro para decidir o que seria melhor para si. Entrementes, os simpatizantes do intervencionistas parecem não perceber que a prática do intervencionismo sem limites leva ao favorecimento do aparecimento de grandes grupos econômicos, grandes carteis e grandes monopólios, que controlam o mercado, produzem o que querem, ao preço que querem e manipulam o mercado consumidor, pois com o fim da concorrência, as empresas não estarão preocupadas em descobrir quais as reais necessidades do mercado de consumo, e sim buscar cada vez mais os benefícios do mercado controlado, tendo o Estado como cúmplice.

Tais fatores, aliados a uma interferência legislativa e judicial, de caráter paternalista, parecem indicar que a prestação jurisdicional ao consumidor resulta na aplicação tendenciosa e completamente desfocada da proteção ao consumidor pois, ao decidirem de forma

paternalista, retiram dos consumidores a sua real vontade de ter realizado o negócio jurídico, passando a tratá-lo como um sujeito sem autonomia e, ao contrário do que pode parecer, favorecendo as empresas que, diante de uma decisão previamente conhecida e repetida, podem calcular seus riscos de serem acionadas judicialmente e chegarem à conclusão que é mais barato litigar do que prestar um bom serviço ou oferecer um bom produto.

É preciso refletir se estamos no caminho certo e se realmente o consumidor está sendo protegido da forma correta, sob pena de estarmos infringindo as disposições constitucionais que delegaram essa tarefa ao Estado. Não se prega aqui o total apego às ideias de liberdade completa, sem interferência do Estado, mas o que salientamos é que o excesso deve ser evitado e o consumidor deve ser protegido dentro de uma interpretação justa, correta e individual, do Código de Defesa do Consumidor, a fim de evitarmos abusos do paternalismo e do intervencionismo legislativo e econômico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. R. D. Intervencionismo governamental: na ótica de Von Mises e na prática brasileira. Disponível em: <<http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/2423IntervencionismoMises.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

ARANHA, M. N. Liberalismo e intervencionismo, Neoliberalismo, ou Liberalismo construtor e intervencionismo social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, 1997.

BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, K. G. D. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DALLARI JUNIOR, H. D. A. *Teoria Geral do Estado Contemporâneo*. São Paulo: Rideel, v. 2, 2008.

DALLARI, D. D. A. *Elemento de teoria geral do Estado*. São paulo: Saraiva, v. 26, 2007.

DWORKIN, G. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, G. Paternalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010.

FARIA, E. F. D. *Curso de direito administrativo positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARNSWORTH, E. A. Promises and Paternalism. *William and Mary Law Review*, Williamsburg, v. 41, 2000.

FAUSTO, B. *História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2006.

FIUZA, C. *Direito Civil: Curso completo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FORGIONI, P. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRAY, J. *Liberalism*. Mineapolis: University of Minnesota Press, 1995.

GRAY, J. Os Opositores do Liberalismo. In: ERKENS, R.; DOE-RING, D. *Leituras sobre o Liberalismo*. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann, 2009.

JIMÉNEZ, R. A. *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MACEDO, U. B. D. *Liberalismo e Justiça Social*. São Paulo: IBRA-SA, 1995.

MACEDO, U. B. D. *O liberalismo moderno*. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997.

MALUF, S. *Teoria do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARTINS, I. G. D. S. As contribuições de intervenção no domínio econômico e a Constituição. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 7/8, n. 2, 2003/2004.

MELO, A. K. B. D. O intervencionismo estatal na economia. *Estudos Jurídicos e políticos*, v. 4.

MISES, L. V. *Economic Policy Thoughts for today and tomorrow*. 3. ed. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2006.

MISES, L. V. *Ação humana: Um tratado de economia*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

MISES, L. V. *Intervencionismo: Uma análise econômica*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

MONCADA, L. S. C. D. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAIS, R. C. *Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai ?* São Paulo: Senac, 2001.

MURAD, A. *What Keynes Means*. New Haven: College and University Press, 1964.

NETO, J. A. D. O Estado liberal e seu impacto sócio jurídico. *Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais*, Rio de Janeiro, 1997.

NUNES, R. *Curso de Direito do Consumidor*. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OVERBY, B. An institutional analysis of consumer law. *Vanderbilt Journal of transnational law*, Nashville, v. 5, November 2001.

ROLL, E. *A History of economic thought*. Tradução de Cid Silveira. Londres: Faber and Faber, 1973.

SCHILLING, V. *As grandes correntes do pensamento: Da Grécia Antiga ao Neoliberalismo*. 2. ed. Porto Alegre: AGE, 1998.

SILVA, M. C. N. D. *O intervencionismo judiciário: protagonismo/ativismo e legitimação democrática*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bc8ae25856bc2a6>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

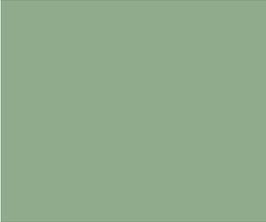
STEWART JR., D. *O que é liberalismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Intuito Liberal, 1990.

TAVARES, A. R. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

VIEIRA, R. A. A. *Intervencionismo e autoritarismo no Brasil*. São Paulo: DIFEL, 1975.

VINHA, T. D. Estado e Economia: o Intervencionismo estatal no atual cenário jurídico e econômico brasileiro. *Horus*, Ourinhos, 2005.

ZUCKERT, M. P. *On Constitutional welfare liberalism: An old-liberal perspective*. In: ELLEN FRANKEL PAUL, F. D. M. . J. P. *Liberalism: Old and New*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.



JOSÉ DAVI CAVALCANTE MOREIRA

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, aluno do L.L. M em Direito Corporativo e Governança Empresarial no Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado.

ALICE OLIVEIRA DE SOUZA CAVALCANTE

Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Especialista em Direito Público, pela Universidade Estadual do Vale do Acaraú e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogada da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH.

JOSÉ DAVI CAVALCANTE MOREIRA
E ALICE OLIVEIRA DE SOUZA
CAVALCANTE

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO AOS NOVOS MEIOS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E TRANSNACIONAL

RESUMO

A sociedade tem evoluído no sentido de ganhar mais complexidade ao longo do tempo, as atividades criminosas têm evoluído no mesmo sentido. Estruturação do "crime organizado" semelhante a uma estrutura empresarial. Atuação em vários países no denominado "crime transnacional". Demanda por novos institutos jurídicos para seu combate eficaz, especialmente, para obtenção de provas. Dois institutos que ganharam notoriedade na história recente do Brasil: Cooperação Internacional e Colaboração Premiada. Na Cooperação Internacional, os países estabelecem regras e autoridades centrais para viabilizar o rápido intercâmbio de informações e o atendimento de providências necessárias às atividades investigatórias. Na Colaboração Premiada, um ou mais integrantes de uma organização criminosa decidem colaborar com as investigações em troca de benefícios, celebrando acordo com a autoridade investigadora, a ser homologado pelo Judiciário. Ambos os institutos são avanços, contudo sua aplicação tem sido criticada, suscita discussões e permite a sugestão de aperfeiçoamentos a fim de que se preserve sua

eficiência sem afetar a validade das provas obtidas e as garantias fundamentais. A Cooperação Internacional, ocorre por meio de tratados internacionais e as autoridades centrais. Evita-se contato direto com outros sistemas jurídicos e preserva-se a validade das provas ou providências. Na Colaboração Premiada, é necessário viabilizar o controle do conteúdo dos acordos, a fim de observar, por exemplo, os princípios da administração pública.

Palavras-Chave: Cooperação Internacional. Colaboração Premiada. Análise. Aperfeiçoamento

INTRODUÇÃO

O Estado tem como função, entre outras, a manutenção da paz social, a qual passa pelo combate ao crime, atividade que demanda esforços desde o combate ostensivo, investigação, processamento e julgamento e ainda, caso pertinente, de fiscalização de cumprimento de pena. Todas as formas de crimes perturbam a sociedade, mas podemos citar a corrupção como uma espécie de crime especialmente debilitante ao tecido social.

A sociedade como um todo tem se tornado mais complexa ao longo do tempo, assim como as práticas criminosas, que têm envolvido para usar de estruturas complexas, que guardam semelhanças com a atividade empresarial, as chamadas organizações criminosas ou crime organizado; e também no sentido de atuar em vários países, de forma "transnacional".

Diante de meios mais complexos utilizados para cometer crimes, os países têm reagido de forma a implementar novos meios de investigação e de obtenção de provas necessárias para que os delitos sejam combatidos de forma mais eficaz, entre esses meios, pode-se citar a Cooperação Internacional e a Colaboração Premiada.

Os meios citados acima são novos no sistema jurídico brasileiro e ganharam notoriedade com os recentes casos de corrupção, como os desdobramentos da chamada Operação Lava Jato, que fez uso

de ambos os instrumentos com sucesso. Apesar dos relevantes resultados obtidos, estes não vieram sem críticas, gerando debates no meio jurídico acerca da aplicação dos citados institutos jurídicos e da necessidade de aplicá-los da melhor forma.

Diante da implementação da Cooperação Internacional e da Colaboração Premiada, com casos registrados, julgados, noticiados, e ainda com a contribuição da doutrina jurídica, é necessário analisar como os institutos tem se estabelecido, de maneira a verificar se a conduta do Estado tem sido adequada ao sistema jurídico, e propondo aperfeiçoamentos no sentido de que as apurações conjuguem a eficiência desejada no combate ao crime em suas diversas formas com a segurança jurídica necessária à pacificação social.

1. A PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO E A CRESCENTE COMPLEXIDADE DOS CRIMES

A história brasileira é permeada pela percepção de corrupção, consoante aponta o Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional, segundo o qual a percepção de corrupção do Brasil tem estado abaixo da média das Américas desde o início da compilação dos dados, e, conforme o estudo referente a 2018, o país ocupa a 105ª posição entre 180 países pesquisados e já estando há três anos seguidos em queda. A pontuação brasileira no referido índice é de 35 pontos em 100 possíveis, ao passo que, a título de comparação, Portugal ocupa a 30ª posição com uma pontuação de 64 em 100 e a Dinamarca, com 88 pontos em 100, tem o menor índice de percepção da corrupção .

Os escândalos de corrupção têm sido recorrentes com resultados diversos. Contudo, o passado recente e o presente da história brasileira têm trazido momentos em que o país tem sido confrontado com casos marcantes e oportunidades de avanço no patamar de combate à corrupção.¹

¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Índice de percepção da corrupção. Disponível em <http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em 11/03/2019.

A título de exemplo, o caso conhecido como Mensalão, abordado na Suprema Corte do Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF - na Ação Penal nº 470, em que se demonstrou a compra de apoio político por meio de desvio de dinheiro público, com pagamentos e ramificações em diversos países. Mais recentemente, os diversos desdobramentos da Operação Lava Jato, maior iniciativa de combate à corrupção da história do Brasil, com ramificações em dezenas de países, e recuperação de bilhões de reais desviados dos cofres públicos.

Ambos os casos levaram à condenação de destacadas figuras dos meios econômico e político e notadamente expuseram o uso de intrincadas estruturas para execução das práticas criminosas, com atuação em diversos países. As investigações fizeram uso de vários elementos de prova para sua instrução, entre os quais institutos até então de criação recente e pouco difundidos, mas que ganharam notoriedade e têm sido objeto de relevantes discussões jurídicas acerca de sua adequada aplicação e limites: a Cooperação Internacional e a Colaboração Premiada são os mais difundidos deles.

2. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: EFICIÊNCIA E LIMITAÇÕES

Partindo da premissa de que o fato jurídico acompanha o fato social, regulamentando-o, a mesma dinâmica se repete com os fatos delituosos e com seu combate. A crescente complexidade dos crimes e dos meios para sua execução e encobrimento têm tornado mais complexa também a atividade de investigação e apuração dos delitos, em especial, nos crimes que envolvem atividades financeiras e corrupção. Por vezes, a criminalidade se vale de estruturas até mesmo transnacionais que se assemelham às empresas, mas para finalidades ilícitas, atuando por via das chamadas Organizações Criminosas ou Crime Organizado.

A fim de fazer frente à crescente complexidade das estruturas criminosas, o fato social, cada país tem tomado suas providências internas e, cada vez mais, atuado em conjunto para apurar e compartilhar dados e provas fazendo frente às grandes estruturas voltadas ao crime, o fato jurídico. No Brasil, podemos citar a Lei nº 12.850/2013,

que, entre outras providências, define organização criminosa e trata de meios de obtenção de provas². A definição de organização criminosa no Brasil é apontada no Art. 1º, § 1º, da referida Lei:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Na experiência portuguesa, Carla Sofia Dias Mateus, acompanhando Alexandre Godinho, aponta que não se pode apontar uma definição concreta de crime organizado, mas, sim, características gerais, tais como:

"a acção ter um carácter permanente ou com alguma duração, com uma estrutura bem definida hierarquicamente, a busca por elevados lucros monetários de forma ilegal, ou a busca por um grande poder económico, e a existência de um grupo composto por três ou mais pessoas."³

Os diferentes sistemas exemplificados podem diferir em definições ou questões procedimentais, mas o objetivo de combater a criminalidade organizada é comum, e os esforços dos países crescem diante do fortalecimento de organizações voltadas aos crimes cometidos em diversos países, conforme as estruturas criminosas transnacionais, já mencionadas. Segundo a Convenção de Palermo, de

2 BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

3 MATEUS, Carla Sofia Dias. Criminalidade Organizada em Portugal - nos inícios do século XXI: contextualização, evolução e estado da situação. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa, 2017, data da defesa: 27/01/2017. p. 09.

2000⁴, de 2000, crimes transnacionais são os crimes cometidos em mais de um Estado; ou que tenha preparação, planejamento, direção e controle em outro Estado; ou que tenha participação de grupo criminoso que atue em mais de um Estado; ou ainda que seja cometido em um estado e tenha efeitos em outro Estado⁵.

Conforme se infere da leitura das premissas para considerar um crime como transnacional, as referências são os agentes, atos e efeitos, não a natureza da atividade tida por criminosa; logo não há, em princípio, restrição a que crimes poderiam ou não ocorrer de forma transnacional. Entretanto, os crimes financeiros e de corrupção têm ganhado especial destaque na imprensa e demonstram a utilidade dos mecanismos de cooperação internacional em matéria de investigação criminal.

Uma justificativa simples para a necessidade do combate aos crimes transnacionais é que o Brasil não tem mecanismos suficientes para investigar crimes de tal caráter, o que exigiria diálogo, muitas vezes via Carta Rogatória, com outros Estados, desacelerando as providências e tornando a apuração menos eficaz; da mesma forma ocorreria na via inversa, o que afrontaria o interesse público, consubstanciado no combate aos crimes em geral. Também cabe apontar os crimes cometidos em áreas de fronteira, e ainda os casos em que a própria apuração requer a cooperação para obter os requisitos mínimos para a justa causa, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, in verbis:

“Em crimes cujos atos executórios ocorrem quase que integralmente no exterior, a cooperação dos demais países é a única forma para que sejam colhidos elementos mínimos de autoria

4 BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília: Diário Oficial da União, 15/03/2004, p. 1.

5 “2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.”

e prova de materialidade, não havendo sem o referido repasse de informações sequer a presença de justa causa, condição da ação elementar para o recebimento de eventual ação penal”⁶

Nesse contexto, fica evidente que a persecução penal necessita de novas ferramentas para incrementar sua eficácia e fazer frente às novas estruturas criminosas, sendo que não basta a cooperação internacional para a busca de provas, pois as atividades ilícitas não só se tornaram mais abrangentes territorialmente, como também mais complexas em todas as fases, desde os atos preparatórios até a ocultação dos resultados.

Na Cooperação Internacional, um país solicita de outro informações ou medidas, administrativas, investigativas, ou judiciais. Para tanto, há autoridade previamente designada para pedir ou atender aos pedidos de cooperação, a chamada Autoridade Central, que é o ponto único de contato para os pedidos de cooperação, zelando pela boa condução e celeridade dos pedidos, seu aperfeiçoamento, adequação e complementação, a fim de que a cooperação tenha o melhor resultado possível, conforme Arnaldo Silveira esclarece:

“A existência da Autoridade Central facilita a identificação das contrapartes nacionais e estrangeiras, as quais sabem a quem se dirigir em questões relacionadas à cooperação jurídica internacional no seu próprio país e, no caso das autoridades centrais estrangeiras, também no exterior. Esta centralização permite, assim, o estreitamento de laços entre a Autoridade Central nacional e as estrangeiras. Daí decorre, também, a acumulação de expertise para a solução da miríade de situações que surge para o devido cumprimento de toda sorte de medidas nas mais diferentes jurisdições ao redor do Globo. A Autoridade Central única gera, ainda, inúmeras economias de escala, uma vez que a instituição de mais de uma autoridade central no mesmo país implica a necessidade de replicar em diversas unidades governamentais toda a sua estrutura técnica

⁶ LEMOS, Jordan Tomazelli. ZAGANELLI, Margareth Vetis. Cooperação Jurídica Internacional: do Auxílio Direto na Persecução de Crimes de Lavagem de Capitais. In: Revista Jurídica Cesumar, janeiro/abril 2018, v. 18, n. 1, p. 87-108. Disponível em DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n1p87-108>. Acesso em 12/03/2019. pp. 89-90.

e logística, o que demanda considerável aporte adicional de recursos humanos e financeiros.

No âmbito internacional, a negociação de tratados seria mais confusa e onerosa se fosse necessário envolver toda uma gama de autoridades centrais esparsas em diversos órgãos da administração. Igualmente, a participação em foros internacionais seria mais custosa e poderia revelar eventuais posições pouco coordenadas oriundas dos diversos atores nacionais envolvidos, cada um agindo em função das suas competências internas e da sua condição de Autoridade Central.⁷⁷

No Brasil, o Ministério da Justiça é a Autoridade Central para cumprir os acordos de Cooperação Internacional, atuando por via do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI – que intermedia as relações entre países para a cooperação, sem fazer juízo de valor sobre o caso.

Considerando que se trata de instituto novo, não apenas na prática penal, pois é igualmente aplicado na esfera civil⁸, a Cooperação Internacional por vezes encara situações em que as decisões judiciais estabelecem possibilidades ou impedimentos, visto que, novamente, os fatos sociais precedem os fatos jurídicos. Um exemplo é o acesso a mensagens tocadas via smartphones solicitadas diretamente de empresa estrangeira, sem passar pelo referido siste-

7 SILVEIRA, Arnaldo. O Papel da Autoridade Central na Cooperação Jurídica Internacional: A busca da efetividade e da celeridade para o exercício de direitos e da função jurisdicional do Estado em questões jurídicas transnacionais. In: *Cooperação em pauta*. N° 3 - Maio/2015. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. ISSN 2446-9211. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n3>. Acesso em 12/03/2019.

8 Conforme arts. 28 e 30, II, ambos do Código de Processo Civil:

Art. 28. Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos:

(...)

II - colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira;

(...).

ma de Autoridade Central⁹, ordem do então juiz Sergio Moro posteriormente confirmada pelo STJ na linha do entendimento prévio do STF quanto ao acesso a e-mails armazenados em computadores apreendidos pela polícia¹⁰.

Ao longo de diversas apurações de crimes transnacionais, especialmente crimes financeiros, de corrupção, tráfico de entorpecentes, tráfico de pessoas, entre outros, a Cooperação Internacional foi relevante para apurações, prisões e condenações.

Contudo, a cooperação não tem carácter ilimitado, é preciso considerar que diferentes sistemas jurídicos farão contato e ocorrerão casos em que as incompatibilidades surgirão. Nesses momentos, o Direito Internacional será o mediador entre a pretensão de quem solicita e a possibilidade daquele que é solicitado, conforme ensinam J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão:

Além de conforme ao direito internacional público, a cooperação deve ainda observar igualmente os ordenamentos jurídicos dos Estados cooperantes. É nesta última vertente que encontramos o *punctum saliens* do problema objecto da presente reflexão: a exigência de respeito pela ordem pública estadual que lhe é inerente como princípio rector da cooperação judiciária internacional estatal. Uma exigência que é há muito tida entre nós como imperativa, determinando a inadmissibilidade de aplicação de instrumentos jurídicos incompatíveis com os

9 “... O próprio início da Lava Jato esteve marcado por controvérsias desse tipo: em 2014, o acesso a mensagens trocadas por um dos réus, Alberto Youssef, foi o elemento-chave para a força-tarefa recolher elementos sobre o esquema de propinas operado - e depois delatado - por ele. A forma como a operação obteve acesso às mensagens foi questionada pela defesa: ela teria infringido os procedimentos formais existentes de cooperação internacional ao pedir diretamente para a matriz estrangeira da empresa fabricante dos telefones (RIM, que fabricara os Blackberries dos investigados) o conteúdo das conversas.

(...)

Para o STJ, Moro agiu corretamente. De acordo com a decisão, como não se trata de uma interceptação de comunicações, que exigiria o cumprimento de requisitos mais estritos de autorização judicial (como determina a Lei n. 9.296/1996), não haveria necessidade de obtenção de nova ordem específica. A decisão vai na linha do que o STF também já decidiu em relação ao acesso a e-mails armazenados em computadores apreendidos pela polícia (...)” ANTONIALLI, Dennys. [et. all.]. Smartphones: baús do tesouro da lava jato. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (eds.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. I. São Paulo. InternetLab, 2018. pp. 59-60.

10 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.416-8 SC. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Julg. 10 maio 2006.

princípios fundamentais do direito nacional vigente. Dela decorrem, na realidade, limites à cooperação interestadual, de acordo com uma dúplice teleologia. De uma banda, a ordem pública cumpre uma função de defesa do Estado (défense de l'Etat): a soberania estadual não pode ser ferida, funcionando como barreira aos actos de cooperação. De outra, procura acorrer à necessidade de protecção do visado (protection du delinquant), garantindo o respeito dos seus direitos fundamentais.¹¹

A lição transcrita expõe que a cooperação entre os países, no objetivo comum de combate ao crime, não importa em renunciar à sua soberania ou aos direitos e garantias que o ordenamento jurídico assegure, daí fica ressaltada a importância do papel “aperfeiçoamento, adequação e complementação” da Autoridade Central nos procedimentos de cooperação internacional.

A linha adotada pela jurisprudência, já referida, demonstra que, no Brasil, a Cooperação Internacional pode ir além, com pedidos diretos às empresas estrangeiras e aproveitamento dos dados recebidos, o que causa preocupação quanto aos eventuais excessos nesse contato direto, sem as diligências das autoridades centrais, o que pode vir a macular as provas obtidas.

Há de se ponderar se a via da requisição direta de dados, por exemplo, em algum momento possa vir a ser tida como ilegítima, visto haver tratados e procedimentos para obtenção dos mesmos resultados por via oficial. Também importa lembrar, conforme já abordado, que os diferentes sistemas jurídicos nem sempre serão totalmente compatíveis, por exemplo, a providência desejada pelo país solicitante pode não ser possível no sistema jurídico do país que demandado.

A teoria dos “frutos da árvore envenenada” aponta a nulidade dos atos que decorram de provas obtidas ilicitamente, o que já ensejou declaração de nulidades de provas e encerramento de apurações criminais, caso da Operação Satiagraha¹².

11 CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Secção de doutrina: Coimbra, Set-Out 2016. p. 18.

12 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 680.967. Data do julgamento: 19/08/2015.

Nesse diapasão, a Cooperação Internacional é necessária e já estabelecida, mas é necessário cuidado quando, no afã de investigar, o investigador não perceba eventuais excessos.

3. COLABORAÇÃO PREMIADA: INOVAÇÃO E NECESSIDADE DE CONTROLES

Quanto à colaboração premiada, importante frisar a inovação do instituto, que difere da tradição em matéria Penal, segundo a qual é garantida a presunção de inocência, ao passo que, o Estado, representado pelo Ministério Público ou órgão que faça as vezes de acusador, deve colher as provas do fato delituoso, adequando-o às hipóteses de condenação para que possa pleitear a punição do agente.

Não se alterou, obviamente, o princípio da presunção de inocência, como é regra nos sistemas jurídicos ocidentais, com raízes desde Magna Carta, de 1215¹³, o que se reflete na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹⁴, e em diversos textos constitucionais, como o espanhol (1978, art. 24.2), francês (1958, quando ratifica a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), português (1976, 32.2), italiano (1947, art. 27.2), brasileiro (1988, art. 5º, LVII) e ainda pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16/12/1966 (art. 14.2) e pela Declaração Americana de Direitos do Deveres do Homem, aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana (1948, art. 26)¹⁵.

13 “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.” Autor desconhecido. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em 11/03/2019.

14 Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. FRANÇA. Assembleia Nacional. Declaração de direitos do homem e do cidadão. 1789. In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, tradução Marcus Cláudio Acquaviva. apud. FERREIRA FILHO, Manoel G. et. alli. Liberdades Públicas. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 11/03/2019.

15 CANOTILHO J. J. Gomes. [et. al.]; Comentários à Constituição do Brasil. Outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lênio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). pp. 472-473.

A presunção de inocência deriva do princípio do devido processo legal. Assim, a eventual condenação necessariamente é precedida por um processo devidamente ordenado, contando, inclusive com a presunção de inocência, entre outras garantias individuais, a fim de se evitar o abuso de poder. No mesmo sentido, a Lei nº 12.850/2013, em seu artigo 4º, § 16, veda expressamente a condenação com fundamento apenas nas declarações do colaborador¹⁶.

A Colaboração Premiada, trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.850/2013, como um meio de obtenção de prova¹⁷, mas não obtido mediante medida judicial ou investigativa, mas, sim, oriunda de um processo negocial entre o investigado e o Ministério Público, também é possível o acordo com a autoridade policial, ouvido o Parquet¹⁸. O acordo de colaboração pressupõe que o investigado voluntariamente passe a ser colaborador e forneça meios de obtenção de provas relevantes à investigação, em troca de benefícios estabelecidos no artigo 4º da referida Lei nº 12.850¹⁹, sendo o acordo homologado judicialmente.

16 Art. 4º (...)

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

17 Lei 12.580/2013, Art. 3º, I.

18 Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade 5508. Julgamento em 20/06/2018.

Importante também pontuar o disposto na Lei nº 12.580/2013, Art. 4º, § 6º: "...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."

19 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.

O acordo de colaboração é um meio para obtenção de provas que seriam inalcançáveis ou de muito difícil obtenção sem que alguém com conhecimento intrínseco de um grupo criminoso indicasse sua existência e/ou localização, permitindo o conhecimento de fatos e dados ocultos. Não se trata, obviamente, de mera confissão, mas de acréscimo relevante para as investigações, revelação de fatos até então desconhecidos para a investigação e que, repita-se, não seriam obtidos sem a colaboração.

As tratativas do acordo ocorrem entre o colaborador e a autoridade, submetidos posteriormente ao Judiciário para homologação, a qual observa os aspectos de “regularidade, legalidade e voluntariedade da avença”, e, posteriormente, ao “cumprimento dos termos e eficácia do acordo”²⁰, sem fazer juízo de valor acerca das informações fornecidas ou dos benefícios, em atenção ao papel do Ministério Público na persecução penal e a considerar o princípio da segurança jurídica.

Néfi Cordeiro, Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ – aponta que a colaboração não busca correção de conduta ou apuração acerca da subjetividade do colaborador, mas que “... Incide a delação premiada como favor de resultado e não como favor de conduta, desimportando o arrependimento ou a regeneração do confitente, que terá admitido e dosado o favor legal pela regra da utilidade da delação...”²¹, e, em estudo posterior, avança no entendimento de que a colaboração não é necessariamente conexa ao elemento subjetivo, mas, sim, objetiva a busca do resultado útil à investigação e traz para a fase investigatória procedimento que já ocorria na fase judicial:

A colaboração premiada é favor de não persecução ou de pena a autor do crime que, além da confissão, revela e traz provas de outros agentes e produtos do crime. Não se premia o arrependimento moral, a boa intenção do agente, mas o resultado útil para a persecução criminal.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Questão de Ordem na Petição 7.074-DF, julgada em 29/06/2017. Data de publicação DJE 03/05/2018 - ATA Nº 60/2018. DJE nº 85, divulgado em 02/05/2018.

21 CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. Revista da AJURIS. ANO XXXVII - n. 117 - Março 2010 - Pg. 273-296. Trimestral - Porto Alegre. p. 21.

Embora seja até possível a premiação judicial sem prévio acordo, quando analisará o magistrado a utilidade da colaboração voluntária e unilateral do acusado, veio a lei de combate ao crime organizado (nº 12.850/13) a estipular negociação prévia, normatizando procedimento já antes realizado na prática judicial, para delimitar as promessas estatais ao cumprimento das promessas do agente colaborador.

Assim é que passam a autoridade policial e o ministério público a fazer com o investigado ou acusado um acordo, com critérios subjetivos, variáveis e com larga discricionariedade. É estipulação em contrato administrativo dentro de um processo judicial.

Se podem os representantes do estado (da investigação e da acusação) negociar redução de pena, regimes prisionais mais benéficos ou até mesmo a não persecução criminal, e se isto podem fazer ofertando grandes ou pequenos favores – pois pode a pena ser na lei reduzida em até 2/3 (dois terços) –, resta clara a amplitude e subjetividade da negociação na colaboração premiada.²²

O mesmo caráter de novidade que toca a Cooperação Internacional se repete na Colaboração Premiada, com a jurisprudência atuando para definir balizas aplicáveis ao instituto. É emblemático o caso da colaboração de Joesley Batista e outros, que, em uma ação sem precedentes no Brasil, envolveu gravação ambiental de diálogo com o Presidente da República, em um acordo criticado e que teve sua rescisão pleiteada pelo Ministério Público Federal²³, cuja discussão segue em trâmite perante o STF.

A possibilidade de negociação, seus legitimados e procedimentos são pontos reconhecidos e pautados com clareza, até pelo texto legal e pela experiência adquirida nos casos recentes. Contudo, as

22 CORDEIRO, Néfi. Colaboração premiada e combate à corrupção - princípios constitucionais da administração pública regulando o negócio judicial. In: *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção/ Regina Tamami Hirose (Coord.)*. - Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 334-335.

23 Supremo Tribunal Federal. Petição 7003. Relator Ministro Edson Fachin. Em andamento.

discussões ainda florescem quando se discute o conteúdo do acordo de Colaboração Premiada e os benefícios concedidos.

De pronto, não cabe defender uma fixação prévia de “que dados corresponderiam a que benefício”, dada a necessidade de análise de cada caso e dos benefícios concretos que as informações trazidas pelo colaborador à investigação, bem como seria ignorar as circunstâncias da realidade de cada caso concreto e até mesmo a individualização da pena²⁴. Ademais, não se pode ignorar que o acordo de colaboração, como o próprio nome sugere, tem natureza de negócio jurídico processual público²⁵, e como “negócio”, pressupõe um acordo de vontades, que não ocorreria de fato sem que as partes tivessem autonomia para negociar, em lugar de mera adesão a uma correspondência preexistente entre informações e benefícios.

Já se comentou que o procedimento de homologação do acordo de colaboração não contempla a análise material dos termos do acordo, logo o Judiciário, apesar do monopólio da aplicação de penas, não tem se imiscuído de averiguar os termos acordados nas colaborações, que usualmente ocorrem na fase investigatória, com a autoridade policial e /ou o Ministério Público, ainda que também possam ocorrer no andamento de procedimento judicial.

Nesse ponto, a novidade do instituto nos força a analisar os casos sob um prisma diferente do cânon penal: O Ministério Público e a Polícia são legitimados a celebrar acordos, e o tem feito, negociando, entre outras providências, penas e seus meios de cumprimento, o que o

²⁴ Importante lembrar que a garantia de individualização da pena é garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal de 1988:

“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:

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)”

²⁵ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

No mesmo sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. [Coords.] *Colaboração premiada [livro eletrônico]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

sistema penal e processual penal atribuiu originalmente ao Judiciário. O Estado-Juiz tem acolhido a tese de que não lhe caberia analisar os pontos do acordo em si, o que lhe retira atribuição que lhe é própria.

A discussão, pois, refere-se à possibilidade ou não do controle de proporcionalidade dos acordos de colaboração, a fim de que se assegure a isonomia, impessoalidade e igualdade aos colaboradores, não apenas com relação aos benefícios concedidos, mas também para com os benefícios auferidos pelas investigações, no intuito de impedir diferenciações casuísticas, assegurando que, em última análise, os negócios jurídicos celebrados pela administração pública cumpram os princípios que os informam.

Há necessidade de que os acordos de colaboração observem os princípios da administração pública, visto que por ela são celebrados, e que princípios são inegociáveis. Acordo de colaboração que favoreça ou prejudique o colaborador, violaria a impessoalidade, a igualdade e a isonomia; a colaboração deve obedecer a padrões mínimos de moralidade para prevenir sensação de impunidade ou desproporção; o amplo conhecimento do acordo, suas partes e termos permitem o controle adequado que a publicidade exige.

Alguns pontos hão de ser conciliados para a efetividade do acordo de colaboração aliado à possibilidade de um maior controle e uniformidade de seus termos.

Uma discussão é a manutenção da natureza contratual. Todo acordo de vontades requer a liberdade dos agentes para que haja uma efetiva convergência dos interesses, com cada caso analisado individualmente. Nesse sentido, entendemos pertinente que haja uma liberdade dos agentes públicos para negociar, pressupondo que eventuais revisões poderiam alterar o acordo sem desnaturá-lo, por exemplo, excluindo benefícios originalmente acordados.

A experiência de países em que a liberdade de negociação é até maior que no contexto brasileiro aponta para a efetividade de negociações, como nos Estados Unidos, onde o “plea bargain” é prática usual e o Departamento de Justiça aponta que, em 2010, 87.418 ca-

dos foram solucionados por pleas, enquanto 257 o foram pela Corte e 2.066 pelo Júri²⁶.

Uma providência possível seria o controle interno do acordo, seja no âmbito do Ministério Público ou da Polícia, com instância, preferencialmente colegiada, previamente designada para revisão e uniformização dos acordos, assemelhadas às Câmaras de Coordenação e Revisão que existem no Ministério Público Federal²⁷, órgãos de “coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na instituição²⁸”, sendo que o acordo somente seria firmado após a segunda análise.

A possibilidade de revisão encontra obstáculo na independência de cada integrante do Ministério Público, que é um órgão deste²⁹, por exemplo, cujas garantias incluem a independência funcional³⁰, mas entende-se que a própria existência de controles internos e de instâncias de revisão já permitiria o controle de mais esse ato funcional.

26 Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Table 5.22.2010. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>. Acesso em 13/03/2019.

27 Conforme Art. 43, IV da Lei Complementar 75/1993 - Dispões sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União.

“Art. 43. São órgãos do Ministério Público Federal:

(...)

IV - as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal;

(...)

VI - os Subprocuradores-Gerais da República;

VII - os Procuradores Regionais da República;

VIII - os Procuradores da República.

Parágrafo único. As Câmaras de Coordenação e Revisão poderão funcionar isoladas ou reunidas, integrando Conselho Institucional, conforme dispuser o seu regimento.”

28 Conforme Art. 58 da Lei Complementar 75/2013:

“Art. 58. As Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal são os órgãos setoriais de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na instituição.”

29 Conforme nota anterior, incisos VI, VII e VIII.

30 Conforme Art. 1º, § único da Lei nº 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:

“Art. 1º O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Parágrafo único. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Outro ponto a ser considerado é que a eficácia do acordo de colaboração depende de homologação judicial; logo a Colaboração Premiada é medida de natureza judicial, assim como o é o estabelecimento de pena, consoante já mencionado.

Fosse um acordo de direitos disponíveis, celebrado na esfera privada e homologado pelo Judiciário, não haveria maiores discussões, pois as partes estariam apenas dispondo livremente de seus direitos, e, caso sujeito à homologação, o Judiciário verificaria aspectos formais e de ordem pública.

Porém, no âmbito dos acordos de Colaboração Premiada se está a tratar de crimes, vários destes de ação penal pública, que lidam com valores e bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, sabidamente a ultima ratio em matéria legal e que não contam com a mesma esfera de disponibilidade conferida aos entes privados.

Verdade que a Polícia realiza atividades investigatórias, de caráter inquisitorial, e emite um relatório opinativo, e que o Ministério Público pode até mesmo entender por não denunciar o então investigado e arquivar o procedimento investigativo, o que somente é controlado internamente, não podendo o Judiciário compelir de nenhuma forma o órgão do Parquet a acusar. Mas a discussão é diversa: na Colaboração Premiada, o colaborador confessa a prática de crimes para passar a colaborar com as investigações, sendo, portanto, um criminoso confesso e, em tese, podendo ser apenado pelo Judiciário, após o devido processo legal.

Ocorre que os acordos de colaboração, em que pese o permissivo da Lei 12.850/2013 e o poder atribuído ao juiz, que, diante do requerimento da autoridade policial com manifestação do Ministério Público ou diretamente deste, titular da ação penal, torna-se o chamado poder-dever de conceder as medidas legalmente permitidas e requeridas no acordo, tratam de esfera de ação penal pública ao mesmo tempo em que tiram do julgador o poder de atribuir penas e seus consectários.

Em acréscimo aos aspectos mencionados, o entendimento do STF de que não cabe ao julgador avaliar os aspectos de mérito do acordo, acaba por transferir o poder do julgador de aplicar pena para o Ministério Público ou, em parte, até para a Polícia, que celebram acordos de colaboração estabelecendo penas, medidas acessórias e formas de cumprimento e nada mais resta ao magistrado do que verificar outros aspectos e homologar ou não o acordo.

A doutrina traz divergências quanto ao acordo de colaboração poder dispor sobre penas, como Jorge Figueiredo Dias já questionava em 2011:

"[...] um acordo sobre a medida concreta da pena não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha. Ao tribunal, e só a ele, pertence ponderar todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exacto quantum de pena."³¹

No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão, quando comentaram a correlação entre os institutos da Colaboração Premiada e Auxílio Judiciário em matéria penal, igualmente apontam limitações e até mesmo violação ao art. 5º da Constituição Federal na fixação de penas em acordo:

"O início de uma pena criminal, ainda para mais por simples e directa determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decrete configura uma autêntica aplicação de pena sine iudicio e sine iudex. Nada que, obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a República Federativa do Brasil e comandar a acção de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal (art. 5.º, LIV, da Constituição Brasileira). Tal como não consente, por mor da reserva absoluta de jurisdição

31 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O "Fim" do Estado de Direito ou um Novo "Princípio"?* Editor Ordem dos Advogados Portugueses. Porto, 2011. p. 51.

dos tribunais em matéria de aplicação e execução de penas criminais, que uma decisão dessa natureza seja tomada por um órgão externo ao poder judicial, como é o Ministério Público (art. 5.º, XXXV e LIII, da Constituição Brasileira).³²

O permissivo legal, interesse das autoridades investigadoras em obter provas, o interesse dos investigados em reduzir as penas ao mínimo possível, aliados ao entendimento jurisprudencial que se firmou para afastar da análise judicial do mérito do acordo de colaboração, passaram a alicerçar uma realidade em que, repete-se, as situações passaram a ser vistas sob um novo prisma, por meio do qual o julgador homologa o acordo entre investigador e investigado que dispõe inclusive sobre penas, tirando do magistrado o poder de aplicá-las.

Entende-se que o procedimento de negociação é salutar e agiliza o andamento de investigações e mesmo a punição em um contexto histórico de impunidade e corrupção, porém, em sendo alterado o sistema de apuração e processo penal, é necessário um debate acerca dos limites dos acordos.

A possibilidade de o Ministério Público negociar pena concreta e sua execução seria a concentração dos poderes de investigar, julgar e executar a pena no mesmo órgão, o que não se tem como adequado, ao menos nos modelos de Estado Democrático de Direito.

Entende-se que uma via para aperfeiçoar o sistema seria que o acordo sugerisse termos e penas e que o julgador pudesse homologá-los ou alterá-los conforme um juízo de mérito. A fim de preservar a segurança jurídica subjetiva, a legítima confiança, do colaborador depositada no Estado, se poderia cogitar de limitações à análise do magistrado. Contudo, limitá-lo ao papel de homologar acordo, com fatos e penas que seriam de interesse público, requer um debate maior.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. BRANDÃO, Nuno. Op. Cit., p. 32.

CONCLUSÃO

A alta percepção de corrupção e a crescente sofisticação das estruturas criminosas, em especial para execução de crimes financeiros e de corrupção, levaram diversos países a forjar meios de cooperação para fazer frente ao “crime organizado”.

As estruturas destinadas ao cometimento e ocultação de crimes, cada vez mais complexas e semelhantes muito mais a empresas, muitas vezes com atuação em diversos países, dificulta o trabalho investigativo e inclusive o objetivo de cessar a prática criminosa e a punição dos agentes, dada a limitação de cada Estado em atuar no território de outro e a lentidão dos mecanismos tradicionais de comunicação ou cooperação entre os diferentes sistemas jurídicos.

Tais necessidades levaram à percepção de que a cooperação entre os países deveria ser mais profunda e ágil, sob pena de que a organizações criminosas se utilizassem de sua complexidade para escapar da apuração dos fatos e punição de seus membros. Os instrumentos tradicionais de combate ao crime não mais eram suficientes, novos institutos vêm sendo aplicados para combater novas estruturas criminosas.

Da percepção de que o crime tem crescente atuação transnacional, a Cooperação Internacional vem sendo estruturada de modo a, via tratados e instituição de Autoridades Centrais em diversos países para atender e solicitar cooperação, ser uma resposta à necessidade de apurações mais ágeis e eficazes, permitindo uma resposta contra o crime organizado.

No mesmo sentido, as investigações, internas ou externas, vem obtendo sucesso ao adotar procedimentos mais ágeis por parte das autoridades investigadoras, no caso a Polícia e o Ministério Público, de obter dados e informações necessários à mais completa apuração de crimes, muitos dos quais somente seriam obtidos com colaboração de algum dos integrantes da organização criminosa.

Nesse passo, a Colaboração Premiada serve de meio para que, voluntariamente, um integrante de organização criminosa passe a colaborar com as investigações, potencializando a capacidade das autoridades de obter dados e apurar os delitos cometidos.

Os dois institutos são perfeitamente combináveis: pode haver Cooperação Internacional decorrente de informações obtidas por Colaboração Premiada; e informações obtidas por meio de Cooperação Internacional que levem a um ou a mais membros de organização criminosa, os quais optem por colaborar com as autoridades em troca de benefícios.

Porém, a inovação e seus benefícios não a isentam da necessidade de um olhar crítico, até porque o Estado não se permite agir de modo a violar o próprio sistema jurídico. Não se concebe a contradição do Estado que agiria na ilegalidade para aplicar a lei.

Assim, a aplicação dos institutos da Cooperação Internacional e da Colaboração Premiada geram novas situações e paradigmas que abrem espaço para questionamentos sobre eventuais excessos em sua aplicação ou necessidade de sua adequação aos ditames legais, aqui também entendidos os ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ANTONIALLI, DENNYS. [et. all.]. *Smartphones: baús do tesouro da lava jato*. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. I. São Paulo. InternetLab, 2018.

BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Brasília: Diário Oficial da União, 15/03/2004, p. 1.

BRASIL. *Lei Complementar 75/1993 - Dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União*. Diário Oficial da União, 21/05/1993.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento de Questão de Ordem na Petição 7.074-DF*, julgada em 29/06/2017. Data de publicação DJE 03/05/2018 - ATANº 60/2018. DJE nº 85, divulgado em 02/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 7003*. Relator Ministro Edson Fachin. Em andamento.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 418.416-8 SC*. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Julg. 10 maio 2006.

Bureau of Justice Statistics, U.S. *Department of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*, Table 5.22.2010. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>. Acesso em 13/03/2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato*. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Secção de doutrina: Coimbra, Set-Out 2016.

CANOTILHO, J. J. GOMES... [et. al.]; *Comentários à Constituição do Brasil*. Outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lênio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

CORDEIRO, Néfi. *Colaboração premiada e combate à corrupção – princípios constitucionais da administração pública regulando o negócio judicial*. In: Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção/ Regina Tamami Hirose (Coord.). – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. *Delação premiada na legislação brasileira*. Revista da AJURIS. ANO XXXVII - n. 117 - Março 2010 - pp. 273-296. Trimestral - Porto Alegre.

DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O "Fim" do Estado de Direito ou um Novo "Princípio"?* Editor Ordem dos Advogados Portugueses. Porto, 2011.

LE MOS, Jordan Tomazelli. ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Cooperação Jurídica Internacional: do Auxílio Direto na Persecução de Crimes de Lavagem de Capitais*. In: Revista Jurídica Cesumar, janeiro/abril 2018, v. 18, n. 1, p. 87-108. Disponível em DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n1p87-108>. Acesso em 12/03/2019.

MATEUS, Carla Sofia Dias. *Criminalidade Organizada em Portugal*

- *nos inícios do século XXI*: contextualização, evolução e estado da situação. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa, 2017, data da defesa: 27/01/2017. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/27259/1/ulfl228116_tm.pdf. Acesso em 13/03/2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada*: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. [Coords.] *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVEIRA, Arnaldo. *O Papel da Autoridade Central na Cooperação Jurídica Internacional*: A busca da efetividade e da celeridade para o exercício de direitos e da função jurisdicional do Estado em questões jurídicas transnacionais. In: *Cooperação em pauta*. Nº 3 - Maio/2015. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. ISSN 2446-9211. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n3>. Acesso em 12/03/2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepção da corrupção*. Disponível em <http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em 11/03/2019.



LEONARDO BUÍSSA FREITAS

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP), Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas (PPGDP/UFG) e Juiz Federal (TRF1).

LUCAS BEVILACQUA

Doutor e Mestre em Direito Financeiro e Tributário (USP), Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Conselheiro Titular CARF/MF (2016-19) e Prof. Dr. permanente do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas (UFG).

LEONARDO BUÍSSA FREITAS E
LUCAS BEVILACQUA

JUSTIÇA E SEGURANÇA NA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES PELOS CONSELHOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTÁRIOS

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar algumas das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil (NCPC) ao Processo Tributário. Entre as várias inovações trazidas o artigo se dedica à análise daquelas de repercussão imediata no Processo Administrativo Tributário (PAT) como a aplicação supletiva e a aplicação dos precedentes judiciais vinculantes. Ao final, procede análise de situação específica consistente no sobrestamento do PAT ante afetação da matéria em repetitivo; o que bem reporta o dilema encontrado no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que se vê entre a eficiência de sua atividade jurisdicional e a segurança jurídica na tributação.

Palavras-Chave: Novo Código de Processo Civil. Precedentes Judiciais Vinculantes. Conselhos Administrativos Tributários

INTRODUÇÃO

A idéia de segurança remonta aos primórdios da humanidade: o Homo sapiens abandonou o nomadismo em busca de segurança. Humberto Ávila, em feliz apresentação de sua tese de titularidade nas Arcadas, sentencia com propriedade que “o coroamento da ideia de segurança é, porém, o Estado e, acima de tudo, triunfa o Direito”¹

Importante registrar desde já que um Estado de Direito é muito mais do que um Estado sob a égide da lei; é um Estado firmado no princípio da segurança jurídica, e seu consectário da proteção da confiança,² no qual deve vigorar o respeito ao ato jurídico perfeito, a coisa julgada e ao direito adquirido.³

A complexidade das relações estabelecidas marcadas pela ambivalência, pela insegurança, pela busca de novos princípios e pelo redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade caracterizam a sociedade de risco ao que se instala um Estado da Sociedade de Risco.⁴

Entre os reclamos dos contribuintes brasileiros - alta carga tributária, complexidade das obrigações acessórias, insegurança jurídica, justiça fiscal, etc., ganha destaque o desejo por segurança jurídica e certeza na tributação.

Muito antes de pagar menos tributos, almeja o contribuinte ter a certeza do que, quanto e quando vai pagar ao que o valor da segurança jurídica manifesta-se não só através de princípios típicos da ordem tributária: anterioridade, legalidade, irretroatividade, mas, também, através das garantias de livre acesso ao Poder Judiciário e do devido processo legal, judicial e administrativo.

1 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.5.

2 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 570.

3 Art.5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

4 TORRES, Ricardo Lobo. *Segurança jurídica e sociedade de risco*. In: SCHOEURI, Luís Eduardo. *Direito Tributário - homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 256-267. p. 261.

Fundado nessas garantias constitucionais foi editado já há mais de três anos o Novo Código de Processo Civil (NCPC) que representou um novo marco nas relações jurídicas, inclusive, tributárias.

Editado a partir das premissas de cooperação e eficiência na prestação da atividade jurisdicional, o NCPC inaugurou um novo padrão de procedimento entre o jurisdicionado e a jurisdição seja judicial, seja administrativa, onde a segurança jurídica é valor sempre perseguido.

O Código de Processo Civil de 1973 foi concebido com enfoque nas relações jurídico-privadas ao que há muito se revelara em descompasso com algumas das garantias veiculadas na Constituição de 1988; mais ainda com a última Reforma do Judiciário (EC 45/2004) que introduziu, ainda que de modo incipiente, um regime de precedentes através de precedentes judiciais vinculantes.

O presente artigo propõe-se a compreender os efeitos do NCPC nos Processos Administrativos Tributários (PATs) a partir do levantamento de seus vetores, com destaque para eficiência do sistema justiça e segurança jurídica para, ao final, enfrentar questão específica atinente a sistemática de precedentes perante os Conselhos Administrativos Tributários.

1. PROCESSO, DEMOCRACIA E SEGURANÇA JURÍDICA: AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO NCPC E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO (PAT)

Em primeiro lugar, impende fixar que a concepção filosófica ou ideológica que fundamenta o presente estudo envolvendo alguns contornos do Novo CPC e o Processo Administrativo Tributário é a da tutela das garantias fundamentais, notadamente da segurança jurídica e da justiça. Assim, tudo será analisado sob a orientação da opção política fundamental, plasmada no Texto Constitucional, do Estado Democrático de Direito, ou seja, a efetivação da proteção às garantias como norte a ser seguido.⁵

⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 47-49.

Firme nas lições de Humberto Ávila há um inegável liame entre processo, democracia e segurança jurídica.⁶

Processo não se resume a meras formalidades preconizada na lei ordinária. O processo, em verdade, é tradução efetiva dos valores da segurança jurídica e da justiça, tão caros ao Estado democrático. O respeito ao rito, estabelecido em norma impessoal, genérica e abstrata é imprescindível para a segurança dos litigantes, como também para o trato isonômico, onde descabem discriminações desarrazoadas.

Neste sentido, o NCPC já inicia estabelecendo que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” (art. 1º, CPC).

Insta fixar, de pronto, que mesmo no processo tributário em que uma das partes envolvidas é necessariamente o Estado, com os privilégios e limitações a ele inerentes, a regra é o estrito respeito aos valores, princípios e normas plasmadas no Texto Constitucional.⁷

Igualmente, a regra de paridade esculpida nos artigos 7º e 139, I do NCPC deve estar presente no processo tributário, administrativo ou judicial, sem perder de mira, obviamente, as normas específicas como a do prazo em dobro para todas as manifestações da advocacia pública, nos termos do art. 183 do NCPC.

Com efeito, a proibição da “decisão-surpresa”⁸, estabelecida no artigo 10 do novo diploma processual civil básico, também é aplicável em processo cujo tema é direito tributário. Ora, as partes apresentam seus fundamentos ao magistrado, juiz togado ou conselheiro de Tribunal Administrativo Tributário, e este não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se concedeu oportunidade às partes de se manifestarem. Aqui cabe ressaltar que prevalece o

6 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.34.

7 CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 15-17.

8 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela do Contraditório no Novo Código de Processo Civil: Vedação à Decisão-Surpresa; Requisito para Extensão dos Limites Objetivos da Coisa Julgada; Identificação das Decisões Imotivadas*. In: MARTINS, Sérgio Pinto (Coord.). *O Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 96-99.

entendimento de que para a formação de precedentes, tema a ser desenvolvido adiante, só podem ser utilizados argumentos submetidos ao contraditório.

Com isso, aspectos importantes das reformas processuais, como a promovida pela Lei 13.105/2015, como também especificidades concernentes à celeridade, efetividade, proteção ao interesse estatal no recebimento de créditos públicos, deverão ser estudados sob a segura orientação dos valores ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

De pronto, pode-se vislumbrar que tais fundamentos do novo direito processual civil se aplicam com perfeição ao processo administrativo tributário que, nada obstante as suas peculiaridades, deve seguir o norte de solucionar controvérsias com segurança, celeridade e justiça.⁹

2. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCP) AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Como é cediço, o processo tributário é dividido em duas espécies: o processo administrativo tributário ou procedimento administrativo tributário e o processo judicial tributário.

Vale observar aqui a diferença entre processo administrativo e judicial formulada por Carlos Ari Sunfeld:

“O procedimento administrativo e o processo judicial, na medida que constituem métodos para a aplicação da lei, possuem princípios comuns como o da legalidade objetiva, da imparcialidade, da impulsão oficial, da garantia de defesa, igualdade, publicidade, tipicidade e motivação. As diferenças essenciais entre o procedimento administrativo e o processo judicial correspondem às características essenciais das funções jurisdicional e administrativa.”¹⁰

⁹ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 84-90.

¹⁰ SUNFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, 1987, p. 65.

Nada obstante essas judiciosas ponderações, importa notar que o artigo 13 do NCPC estipula que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras e que, como visto, o processo administrativo, será regulado, supletiva e subsidiariamente, pelo diploma processual básico, nos termos do art. 15, que estabelece que na ausência de norma que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Com isso, vislumbra-se que a codificação da jurisdição civil – entendida como a não penal – não é absoluta. Como estatui o novo diploma legal, há a aplicação supletiva e a aplicação subsidiária. Na primeira, simplesmente não há norma regulando, enquanto na segunda a norma se apresenta de pequena amplitude, pelo que se torna necessário a aplicação subsidiária do NCPC.

Assim, pode-se concluir que a jurisdição administrativa é ontologicamente idêntica à jurisdição judicial, devendo respeitar princípios jurídicos comuns, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e o dever de fundamentar as decisões.¹¹ Os órgãos julgadores do processo administrativo, devem observar as regras processuais estabelecidas pelo NCPC.

Com efeito, regras ligadas à paridade (art. 7º), à publicidade (art. 11), ao julgamento em prazo razoável (art. 4º), à observância dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (art. 8º), ao contraditório (arts. 9º e 10) devem ser observados no processo administrativo tributário. Há, pois, patente influência do NCPC ao contencioso administrativo.

Por fim, impende salientar que, visando garantir a isonomia e a segurança jurídica, o sistema de precedentes consagrado pelo NCPC (art. 927) merece ser levado em consideração pelos órgãos julgadores no processo administrativo tributário, como será abordado na parte final deste estudo.

11 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 50-57.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: BOA-FÉ OBJETIVA E COOPERAÇÃO

Vale assinalar, nesta altura do trabalho, que a boa-fé e o dever de cooperação se fazem presentes no processo administrativo tributário, mesmo porque a ele se aplicam as regras do moderno processo civil, nos termos do artigo 15 do NCPC, acima referido.¹²

Assim, o artigo 5º do NCPC ao dispor que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé, atinge a todos os sujeitos participantes do processo, inclusive o julgador¹³, seja no processo judicial ou no administrativo.

Com isso, entende-se que a vedação de comportamento contraditório¹⁴ aplica-se ao julgador, impedindo então que este profira, sem apresentar os motivos da alteração de entendimento, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicada a situações de fato análogas, mesmo que em processos distintos. Esta concepção é assaz importante para o Direito Tributário onde, não raras vezes, há mudanças radicais no entendimento jurisprudencial, seja nos Tribunais Superiores, seja no Conselhos Administrativos Tributários.

Não se pode olvidar, ademais, que a boa-fé processual a que alude o dispositivo em foco ser refere à boa-fé objetiva¹⁵, não sendo necessário se perquirir sobre a intenção do sujeito processual. Permite-se então a reprimenda do abuso de direito e de todas as condutas dolosas dos sujeitos, vedando-se comportamentos contraditórios.

12 FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo tributário. In: DIDIER JR., Fredie. BUENO, Cássio Scarpinella. RODRIGUES, Marco Antônio. Processo Tributário. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 325-328.

13 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 111-112.

14 TUNALA, Larissa. Comportamento processual contraditório - a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 293-295.

15 RUBINSTEIN, Flávio. Boa-fé objetiva no Direito Financeiro e Tributário. Série Doutrina Tributária Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

No que concerne ao dever de cooperação, observa-se que o artigo 6º do novo diploma processual reza que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.¹⁶

No processo tributário tal dever se mostra patente. A uma porque ao menos uma das partes é o Estado que tem o dever absoluto de atuar com ética e lealdade, até mesmo pela presunção de legitimidade que envolve os seus atos. A duas porque o objeto tratado está ligado a aspectos caros à pessoa, física ou jurídica, tais como a renda, o patrimônio, os atos negociais, a liberdade econômica, contratual, de iniciativa.

Enfim, no nosso sistema de garantias constitucionais o Direito Tributário se estrutura num conjunto de limitações, formado por princípios e por regras de imunidade.¹⁷ Tais limitações colimam garantir a segurança e a igualdade na tributação. Para conferir efetividade a tais princípios e normas, o processo judicial e administrativo devem guardar consonância com as novas regras do processo civil no Estado democrático.

4. PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO (PAT)

Conforme antes visto em sede de introdução a entrada em vigor do nCPC trouxe um novo paradigma ao direito processual marcado, sobretudo, pela “cultura dos precedentes” com vistas a propiciar não só eficiência ao sistema justiça, mas segurança jurídica ao consolidar uma jurisprudência íntegra e coerente.

Nesses três anos de vigência do NCPC algumas questões são ainda desafiadoras na aplicação da nova sistemática de precedentes judiciais vinculantes, sobretudo, no âmbito do Processo Administrativo Tributário (PAT).

16 MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 89-90.

17 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71-81.

A "cultura dos precedentes" implica na vinculação não apenas dos membros do Poder Judiciário, mas de todos os jurisdicionados, inclusive, a Administração Tributária. Desde a Emenda Constitucional n.º 45/2004 a Administração Pública já se encontrava vinculada à observância das Súmulas Vinculantes; sendo igualmente estendido com a edição da sistemática de recursos repetitivos aperfeiçoada pelo Novo Código de Processo Civil.

Com o significativo aumento das demandas de natureza tributárias afetadas em repetitivos perante os Tribunais Superiores, foram promovidas alterações nos regimentos internos com vistas à (re)orientar o julgamento de PATs nos Conselhos Administrativos Tributários.¹⁸

Antes mesmo do NCPC, no âmbito federal, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já havia promovido alterações ao seu Regimento Interno (RICARF) com vistas à adequar-se a nova sistemática dos precedentes judiciais (EC 45/2004), garantindo maior efetividade e segurança jurídica aos atos administrativos e jurisdicionais.

Nessa perspectiva institucional, a preservação dos princípios da atividade administrativa e a observância aos precedentes judiciais ocasionou a instituição do artigo 62-A e seus §1º e §2º no RICARF pela Portaria MF n.º 586, de 21 de dezembro de 2010: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Revogado)

O dispositivo determinava ainda, em seu parágrafo primeiro, o sobrestamento "dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B", por decisão de ofício do relator ou por provocação das partes (§2º do art. 62-A do RICARF).

18 Por exemplo: ESTADO DE GOIÁS. Decreto n.9373, de 28 de dezembro de 2018.

Tal dispositivo que previa o sobrestamento ante a afetação da matéria em repetitivo foi, no entanto, suprimido do RICARF na medida em que muitos eram os casos em que os contribuintes pretendiam sobrestamento o que estava a comprometer a atividade jurisdicional do órgão.

Questão agora a ser enfrentada é se o NCPC, de aplicação subsidiária e supletiva como visto, alcança também os processos em trâmite no CARF na medida em que há previsão expressa de sobrestamento dos feitos ante a afetação em repercussão geral.

5. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO ANTE A AFETAÇÃO EM REPERCUSSÃO GERAL NO STF

Com vistas a manter a uniformização da jurisprudência a garantindo-se, assim, segurança jurídica, o nCPC dispõe que o relator ao reconhecer a afetação de recurso extraordinário (RE) à sistemática de repercussão geral (RG) "determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional" (art.1035, §5º).

Os Tribunais a quo, por consectário lógico, estão vinculados a proceder ao sobrestamento dos recursos que versarem sobre controvérsia de caráter repetitivo conforme o artigo 1.030, inciso III. Atualmente, diversas foram as alterações regimentais promovidas pelas Cortes Superiores, Tribunais Regionais e Estaduais visando o combate à crise de eficiência dos sistemas processuais e a adequação aos novos instrumentos do CPC.¹⁹

¹⁹ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. [...]

A discussão que surge ante aos divergentes entendimentos no Supremo Tribunal Federal (STF) é se a determinação do sobrestamento dos feitos está sujeita ao arbítrio do ministro-relator ou trata-se de efeito automático da afetação da matéria em repercussão geral (RG). Para o ministro Marco Aurélio o sobrestamento está ao arbítrio do relator tendo, inclusive, o i. ministro negado pleito de sobrestamento do Estado do Rio de Janeiro no RE n.714.139/SC que trata da aplicação da seletividade ao ICMS (energia elétrica) sob o argumento de que há mais de uma centena de processos afetados pela repercussão geral no STF que ainda demandarão mais de uma década para seus julgamentos.

De outro lado, o ministro Edson Fachin entende pela aplicação imediata do art.1035, §5º aos processos judiciais em curso determinando o sobrestamento do trâmite processual até o julgamento definitivo da matéria pelo STF (ACO 792/PR, RE n.628.075/RS e outros).

Afigura-nos mais razoável a posição por último apresentada. Considerando que a "cultura dos precedentes" fora incorporada no processo civil pátrio com vistas a promover não só eficiência do sistema justiça, mas, simultaneamente, uniformização da jurisprudência. Portanto, constitui medida de bom alvitre suspender os feitos judiciais que versem sobre matéria afetada em RG até pronunciamento definitivo do STF sob o risco de em nome da celeridade adotar-se postura contraproducente e ameaçadora à segurança jurídica.

Questão ainda mais tormentosa é o sobrestamento, ante a afetação de dada matéria em RG, no processo administrativo tributário.

O CARF já se deparou repetidas vezes diante do dilema de cumprir com o princípio constitucional da eficiência ao empreender o célere julgamento do PAT, ainda que sua matéria tenha sido afetada em RG, ou sobrestar julgamento administrativo no aguardo da deliberação final do STF na medida em que estará automaticamente vinculado a essa decisão.

Art. 1.037. Seleccionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: [...] II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

Em declaração de voto o d. Conselheiro Fernando Brasil bem reporta o dilema encontrado no CARF²⁰ para ao final assumir posição de que não deve ocorrer o sobrestamento, vejamos:

“(...) o sobrestamento do julgamento dos processos administrativos fiscais em razão de normas aplicáveis ao processo civil somente ocorrerá se houver menção expressa na norma específica, qual seja, o Decreto nº 70.235/72 ou no Regimento Interno do CARF, que, por força do art. 37 do Decreto nº 70.235/72, pode dispor como se dará o julgamento no âmbito desta Corte Administrativa.

E veja-se que por meio da Portaria MF nº 586/2010, inseriu-se no então vigente Regimento Interno do CARF norma que previa o sobrestamento dos julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestasse o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que fosse proferida decisão no recurso representativo de controvérsia.

Em razão do verdadeiro caos administrativo advindo do sobrestamento de inúmeros processos no CARF, a Portaria MF nº 545/2013 revogou o dispositivo regimental que previa o sobrestamento dos julgamentos em razão do reconhecimento da repercussão geral no STF. (...)

Nesse contexto, ao se interpretar os ditames do CPC sobre o sobrestamento dos julgamentos no âmbito administrativo, deve-se atribuir a tais normas o sentido que lhes permite a realização de suas finalidades e a preservação da harmonia do sistema jurídico do contencioso administrativo, pois, como já dizia o clássico doutrinador Carlos Maximiliano “prefira-se a inteligência dos textos que tornem viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade” (In: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 216.

20 BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF/MF). Processo n.10166.728999/201187, Resolução n.1402-000.401. Relator Conselheiro Lucas Bevilacqua. Julgado em 05 de outubro de 2016.

Como consequência, entendo que há de se de limitar aos processos judiciais a aplicação do CPC quanto ao sobrestamento de julgamentos de processos que envolvam matérias objeto de repercussão geral reconhecida pelo STF.

Nessa assentada discutia-se a delimitação dos limites da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental da Lei n.7.689/1988, por sua vez declarada posteriormente constitucional na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) n.15.

Tal matéria, em 13/05/2016, foi afetada pelo STF na sistemática de repercussão geral (RG) no Recurso Extraordinário (RE) n. 949.297 o que para o relator do PAF implicaria na suspensão de todos os feitos que tratam sobre mesma matéria nos termos do previsto no art. 1.035, §5º do novo Código de Processo Civil/2015; até que proferida decisão definitiva do STF.

No RE 949.297, o contribuinte foi dispensado do pagamento da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei nº. 7.689/88, que foi considerada inconstitucional por meio de decisão transitada em julgado em 1992. Posteriormente, em 2007, o STF considerou a referida contribuição constitucional, em decisão proferida nos autos da ADC n. 15, cujos efeitos se aplicam a todos os contribuintes que se encontrem na mesma situação. Nesse cenário, o STF ainda decidirá se a coisa julgada obtida pelo contribuinte mantém seus efeitos mesmo após decisão em sentido contrário proferida em sede de ADC.

Após o julgamento da RG o entendimento alcançado pelo STF na matéria terá aplicação a todos os processos que versam sobre o mesmo tema, inclusive, perante o CARF; o que imprescindível para confirmar ou afastar o entendimento sobre a matéria da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do CARF²¹.

21 BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Câmara Superior Recursos Fiscais. Acórdãos n. 9101-002.287, 9101-002.013 e 9101002.044. Disponível em: www.carf.fazenda.gov.br. Acesso em 08 de setembro de 2017.

Um dos propósitos do NCPC é justamente propiciar a desjudicialização representando a "cultura dos precedentes" importante mecanismo de eficiência e segurança de modo que demandas de massa, a exemplo do constatado na seara tributária, não venham a ser judicializadas resolvendo-se as questões pela aplicação dos precedentes judiciais vinculantes.

Para tanto representa medida de bom alvitre empreender leitura dos artigos 1.030, inciso III e 1035, §5º, do NCPC, a contemplar, também, o sobrestamento dos processos administrativos tributários, o que não se impõe à lógica do sistema, vez que igual dispositivo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF) que, no entanto, foi revogado antes da edição do NCPC permitindo-se, assim, que mesmo matérias já afetadas em repercussão geral fossem julgadas.

Tal questão foi posta perante o STF em Recurso Extraordinário de relatoria ministro Marco Aurélio (RE n.º 566.622/MG) que determinou ao CARF o sobrestamento dos processos administrativos tributários até pronunciamento definitivo do STF na matéria afetada como repercussão geral, independentemente de previsão regimental nesse sentido.

O que se tem é que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, o sobrestamento previsto nos artigos 1.030, inciso III, e 1.035, §5º, por força do art. 15, deverá ser aplicado de maneira supletiva e subsidiária aos processos administrativos, na ausência de normas reguladoras acerca de determinado tema.

De fato, há tempos a questão possuía a resistência de alguns, sobretudo no âmbito do Processo Administrativo Fiscal. Porém, com o novo modelo da "cultura dos precedentes" aperfeiçoado pelo NCPC, negar a aplicação das normas processuais gerais ocasionaria ruptura da coerência do sistema.

A Administração Tributária não se encontra autorizada a decidir sobre matéria afetada em repercussão geral pelo STF na medida em que tais decisões ocasionam maior insegurança jurídica e violam o princípio da eficiência; vetor que deve orientar o Contencioso Administrativo Tributário.

É absolutamente contraproducente que o Tribunal Administrativo empreenda decisão de matéria que já foi afeta à sistemática de repercussão geral perante o STF; órgão responsável por estabelecer a orientação definitiva da matéria a qual a Administração Tributária se encontrará adstrita por consubstanciar um precedente judicial vinculante.

Por certo que promover sobrestamento geral das matérias afetadas em repercussão geral é assumir postura arrojada; pior que isso é continuarmos com "pré-julgamentos" que inevitavelmente sucumbirão com a apreciação final pelo STF porventura adotado entendimento contrário pelo CARF; o que representa ofensa grave à segurança jurídica e eficiência no PAT.

Ademais, oportuno observar que o STF vem empreendendo, com alguma usualidade, a modulação temporal dos efeitos de suas decisões, inclusive, em matéria tributária; o que repercutirá imediatamente nos processos administrativos fiscais, porventura, não sobrestados; o que compromete a segurança jurídica na tributação que indubitavelmente tem influxos no processo administrativo.

CONCLUSÃO

Indubitavelmente o NCPC trouxe ferramentas a propiciar maior isonomia de tratamento, celeridade, e estabilidade nas relações jurídicas tributárias, sejam nas tutelas judiciais, sejam administrativas. Naturalmente, haverá eventuais conflitos entre essas regras que devem ser sanados mediante ponderação a resguardar valores constitucionalmente expressos em nosso Sistema Tributário Nacional, com destaque para justiça fiscal e segurança jurídica na tributação.

A aplicação subsidiária e supletiva do NCPC ao PAT é medida salutar que promoverá, inclusive, como instrumento de fomento à harmonização dos diferentes interesses dos contribuintes e Fisco, que ver-se-ão motivados pelos princípios da boa-fé e da cooperação com vistas a alcançar a melhor prestação jurisdicional, seja judicial, seja administrativa.

O sistema de precedentes judiciais vinculantes representa grande inovação na ordem jurídica pátria que demanda ainda melhor compreensão das instâncias julgadoras, inclusive, do processo administrativo fiscal em prol da eficiência do sistema justiça e segurança jurídica na tributação.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo tributário*. In: DIDIER JR., Fredie. BUENO, Cássio Scarpinella. RODRIGUES, Marco Antônio. *Processo Tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela do Contraditório no Novo Código de Processo Civil: Vedação à Decisão-Surpresa; Requisito para Extensão dos Limites Objetivos da Coisa Julgada; Identificação das Decisões Imotivadas*. In: MARTINS, Sérgio Pinto (Coord.). *O Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

RUBINSTEIN, Flávio. *Boa-fé objetiva no Direito Financeiro e Tributário*. Série Doutrina Tributária Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SUNFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. In: MARTINS, Sérgio Pinto (Coord.). *O Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2016.

TUNALA, Larissa. *Comportamento processual contraditório - a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 293-295.

MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

NEDER & LÓPEZ, Marcos Vinícius e Maria Teresa Martínez. *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado* (de acordo com a Lei n. 11.941, de 2009, e o Regimento Interno do CARF). 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 570.

TORRES, Ricardo Lobo. *Segurança jurídica e sociedade de risco*. In: SCHOEURI, Luís Eduardo. *Direito Tributário - homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: RT, 2011.



LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduando em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito, com ênfase em Estado e Sociedade, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

LUIS FERNANDO
DE FRANCA ROMÃO

A EXPERIÊNCIA DO AGENTE ENCOBERTO NO DIREITO PORTUGUÊS PARA A JUSTIÇA CRIMINAL DO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE O AGENTE POLICIAL DISFARÇADO PROPOSTO NO PACOTE ANTICRIME

RESUMO

O artigo trata do agente encoberto previsto no Direito português e os argumentos favoráveis e contrários que se extraem dessa experiência a fim de subsidiar o debate para o Direito brasileiro envolvendo a proposta do agente policial disfarçado prevista no Pacote Anticrime, apresentado ao Congresso Nacional em fevereiro de 2019. Busca-se, através do método analítico documental doutrinário luso-brasileiro fomentar o debate jurídico acerca do tema na agenda brasileira que envolve a reforma de sua justiça criminal com vistas a contribuir para a segurança pública. Conclui-se que novas formas de investigação e colheita de provas pela polícia, à luz da experiência do ordenamento jurídico português, podem colaborar para o aperfeiçoamento da justiça criminal no Brasil, desde que se reforce o controle jurisdicional sobre a atuação policial, sem comprometer os direitos e as garantias fundamentais previstas na Constituição.

Palavras Chaves: Pacote anticrime. Segurança pública. Justiça criminal. Agente encoberto. Agente infiltrado

INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2019 o governo do Presidente da República do Brasil, Jair Bolsonaro, eleito em outubro do ano anterior com apelo à “segurança e combate à corrupção”¹, apresentou ao Congresso Nacional o que ficou denominado como Pacote Anticrime, um anteprojeto de lei contendo reformas na legislação penal e processual penal.

Entre as medidas propostas está a inclusão na legislação penal especial brasileira da figura do agente policial disfarçado, que se assemelha, em tese, ao agente encoberto previsto na legislação portuguesa. O Projeto de Lei tem gerado debate em diversos segmentos da comunidade jurídica nacional.

De início, o principal risco que se tem com a proposta do agente policial disfarçado seria o de legalizar o flagrante provocado, atualmente vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Mas como seria a experiência em Portugal com a figura do agente encoberto? Será que o Direito português, do qual o Brasil sofre influência desde a sua colonização, é arbitrário e violador dos direitos e das garantias fundamentais de seus cidadãos? Decerto, a questão precisa ser analisada com o distanciamento dos embates eleitorais que marcaram as últimas eleições presidenciais.

O presente artigo não é um estudo de direito comparado luso-brasileiro. Não enfoca no comparatismo clássico europeu em busca de um discurso legitimador para seus usos na América Latina. O método utilizado é analítico documental predominantemente doutrinário e qualitativo. Com efeito, o referencial a Portugal cumpre dois propósitos justificadores: o primeiro, pelo presente trabalho desenvolver-se no âmbito das atividades do VII Fórum Jurídico de Lisboa, com o objetivo de fomentar o debate jurídico acerca de temas relevantes no contexto global com foco no Brasil e em Portugal; e o

1 A primeira linha de ação da proposta de plano de governo (“O caminho da prosperidade”) do candidato vencedor fora “Segurança e combate à corrupção: enfrentar o crime e cortar a corrupção”, tendo como uma das propostas nessa área “prender e deixar preso! Acabar com a progressão de penas e as saídas temporárias!”. Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2018. Propostas de governo dos candidatos ao cargo de Presidente da República. 2º Turno. Jair Bolsonaro. Disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517//proposta_1534284632231.pdf. Acesso em: 3 mar. 2019.

segundo, pela compreensão de que a experiência portuguesa pode fornecer argumentos favoráveis e/ou contrários à proposta brasileira de reforma jurídica dos meios de provas no processo penal, notadamente no que se refere à atuação do agente policial.

Assim, contextualizado o tema e sua problematização para o Direito brasileiro, o presente artigo é desenvolvido a seguir dimensionando o Pacote Anticrime na perspectiva nacional atualmente em voga no Brasil de se buscar um Poder Judiciário atuante em prol da segurança pública. Feito isso, apresenta-se a proposta contida no Projeto de Lei nº 882/2019 em tramitação na Câmara dos Deputados que inclui o agente policial disfarçado na legislação penal extravagante.

A experiência do Direito português acerca do agente encoberto é apreciada tendo como base a doutrina lusitana especializada, envolvendo tanto os aspectos dogmáticos do processo penal quanto da ciência policial, considerando-se, ainda, a referência constitucionalista portuguesa. Lei, doutrina e jurisprudência serão as três variáveis de análise dessa experiência europeia.

Ademais, compreende-se a questão no âmbito dos esforços de aperfeiçoamento da investigação criminal, pontuando o entendimento recente sedimentado no Supremo Tribunal Federal quanto à distinção entre agente de inteligência e agente infiltrado, à luz das garantias fundamentais, não podendo o agente policial disfarçado se tornar um propulsor de prisões em flagrante, devendo, pois, ser concebido como uma ferramenta de incremento da investigação criminal, fortalecendo a atuação da polícia investigativa.

Com efeito, no atual estágio de desenvolvimento da matéria no Brasil, concebe-se que as oscilações com reflexo na política criminal capazes de pressionar por reformas jurídicas na legislação penal a serem deliberadas pelo Poder Legislativo, buscando redimensionar a interseção entre Justiça e Segurança Pública, não substituem a necessidade de desenvolvimento pelos governos de políticas públicas na área. Eventual atuação cooperativa do Poder Judiciário para a segurança pública não isenta ou retira o protagonismo do agir administrativo do Poder Executivo, através de políticas públicas em escala.

1. O PACOTE ANTICRIME E O REFORÇO DA FICÇÃO E DO MITO: IDEOLOGIA POLÍTICA E INICIATIVA LEGISLATIVA

Em 19 de fevereiro de 2019, o Presidente da República do Brasil submeteu ao Congresso Nacional, através da Mensagem nº 50, Projeto de Lei contendo alterações em diversos diplomas legais² visando “estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa”, formando, juntamente com outros Projetos de Lei³, o denominado Pacote Anticrime.

Em Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Lei⁴, o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública asseverou que “o Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública”, registrando a impressão de que ambas avançam “de forma assustadora”, afirmando, ainda, que “nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural”.

Com efeito, o Ministro justificou o Pacote Anticrime consignando estar-se diante de uma “criminalidade diferenciada, que põe em risco a existência do próprio Estado, planejando e executando a morte de seus agentes”. Nesse diapasão, defendeu junto ao Presidente da República a necessidade das reformas a serem propostas ao Poder Legislativo com o objetivo de se ter um Poder Judiciário capaz de dar respostas eficientes garantindo o direito à segurança pública:

2 No PL 882/2019, propõem-se alterações nas seguintes leis: Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), Lei nº 7.210/1984 (execução penal), Lei nº 8.072/190 (crimes hediondos), Lei nº 8.429/1992 (enriquecimento ilícito), Lei nº 9.296/1996 (interceptação das comunicações telefônicas), Lei nº 9.613/1998 (crimes de “lavagem de dinheiro”), Lei nº 10.826/2003 (registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição), Lei nº 11.343/2006 (tratamento legal às drogas), Lei nº 11.671/2008 (estabelecimentos penais federais), Lei nº 12.037/2009 (identificação criminal), Lei nº 12.850/2013 (organizações criminosas) e Lei nº 13.608/2018 (serviço telefônico de recebimento de denúncias).

3 PL 881/2019, propõe alterar o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) para criminalizar o uso de caixa dois em eleições; PLP 38/2019, objetiva alteração do Código Eleitoral e do Código de Processo Penal para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral.

4 Mensagem nº 50/2019 e Exposição de Motivos nº 14/2019 referente ao PL 882/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192357>. Acesso em: 3 mar. 2019.

É evidente que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas. [...] Em poucas palavras, as reformas são necessárias para adequar o ordenamento jurídico a uma nova realidade. É imprescindível agilizar-se a tramitação das ações penais, a fim de que a resposta seja dada pelo Poder Judiciário em tempo razoável, evidenciando a existência de um Estado que seja, a um só tempo, eficiente e respeite a garantia constitucional do devido processo penal. Não será demais, aqui, lembrar que a segurança pública é, também, direito assegurado a todos pela Constituição Federal no art. 144. [...] Os meios de provas tradicionais, da mesma forma, exigem mudança. É inquestionável que as formas tradicionais não servem para apurar delitos de pertinência à organização criminosa.⁵

Vislumbra-se, pela Exposição de Motivos do Ministro da Justiça e Segurança Pública, que o Pacote Anticrime reforça duas teses jurídicas: i) a ficção do fracasso do Direito latino-americano (Jorge L. Esquirol); e ii) o mito do processo penal como instrumento de segurança pública (Rubens R. R. Casara).

A visão que se tem do Direito da América Latina, conforme análise crítica de Jorge L. Esquirol, é a do europeísmo e a do direito falido, sendo ambas ficções, efeitos de preconceito automático e projeções exageradas. A ficção do direito falido seria respaldada pela história tumultuada dos governos, da economia e da sociedade locais, sofrendo de um estigma permanente de sua ineficiência prática. O diagnóstico comum é o de que o Direito fracassa nessa região em diversos aspectos, parecendo ineficaz e inapropriado, com judiciários nacionais vistos como ineficientes e corruptos e com o Estado de Direito praticamente inexistente. Esse tem sido o pano de fundo comum a projetos de reforma jurídica. Salienta o autor que o falidismo do Direito local abre vastos espaços para mu-

5 *Ibid.*, p. 3,4 e 14.

danças transformadoras, como o sistema processual penal, a administração judiciária e o ensino jurídico, entre outros. Não obstante, observa ainda Jorge Esquirol que tal diagnóstico do fracasso do Direito nessa região é uma estratégia contemporânea de política jurídica, pois “o direito fracassado da América Latina é antes de mais nada um discurso que facilita os projetos de reforma”, fornecendo, nas palavras do autor, “um balizador móvel, sempre disponível para o desencadeamento de reforma em larga escala”.⁶

Já o mito do processo penal como instrumento de segurança pública, diz Rubens R. R. Casara, surge a partir de uma preocupação com critérios de eficiência punitiva, em uma perspectiva utilitarista do juiz criminal como órgão de segurança pública, havendo, com isso, a tendência à administrativização do juízo criminal que passa a atuar, de forma parcial, no combate aos criminosos. Nesse mito, as garantias processuais são vistas como entrave à eficiência repressiva, ocorrendo a substituição das garantias de liberdade por garantias de eficiência, sujeitando, pois, o processo penal às oscilações emanadas das políticas criminais e das ideologias que o direcionam. Registra o autor que a maioria dos magistrados acredita atuar como agente garantidor da segurança pública, o que reforça o mito.⁷

Ademais, em que pese a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça e Segurança Pública ter cumprido o conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração da proposta normativa⁸, além de ter reforçado a ficção do direito fracassado nesta região da América Latina e a crença no mito do processo penal como instrumento da

6 ESQUIROL, Jorge L. *Ficções do direito latino-americano*. São Paulo: Saraiva, 2016.

7 CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-218. “Em pesquisa realizada mediante questionário apresentado a todos os juízes criminais em atuação no mês de maio de 2011 no fórum central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, identificaram-se indícios de que os magistrados fluminenses, em sua maioria, acreditam atuar como agentes garantidores da segurança pública. Na coleta de dados para a investigação, foram apresentadas três questões objetivas e fechadas (1ª - Nas decisões criminais, leva-se em conta a segurança pública? 2ª - As decisões criminais produzem efeitos na redução da criminalidade? 3ª - O bem jurídico ‘segurança pública’ é levado em consideração no momento da fixação da pena?).”

8 BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 143: “Do ponto de vista operacional, o conteúdo mínimo do DPEN [devido procedimento na elaboração normativa] significa que todo ato normativo deverá ser acompanhado de uma justificativa pública, e essa justificativa deverá apresentar, necessariamente, razões e informações sobre três temas específicos: (i) o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar; (ii) os impactos esperados pela medida proposta; (iii) os custos dessa medida”.

segurança pública, usou de uma retórica ad terrorem ao mencionar que o Brasil atravessa “a mais grave crise de sua histórica em termos de corrupção e segurança pública”, avançando “de forma assustadora”, acuando o Estado brasileiro cuja existência estaria em risco diante de uma criminalidade diferenciada. Essa narrativa farfalhada tangencia, ou mesmo reforça, a política do pânico e circo⁹ e abre caminho para o populismo penal em matéria legislativa.¹⁰

Cabe, pois, ressaltar e dimensionar a iniciativa legislativa do Poder Executivo com o denominado Pacote Anticrime. Neste sentido, fundamenta José Afonso da Silva¹¹ haver íntima relação entre ideologia política e formação das leis, especialmente quando é o Poder Executivo que exerce a iniciativa, apresentando projeto de lei ao Parlamento, ocasião em que faz atuar a ideologia de governo, esforçando-se na adoção da matéria contida na proposição legislativa porque configurativa da posição ideológica informativa do programa político de realizações governamentais. Isso se confirma ao cotejar o conteúdo do PL 882/2019, submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, com o veiculado na proposta de governo registrada pelo então candidato durante a campanha eleitoral, havendo uma interseção dinâmica entre a ação política eleitoral e a ação governamental inauguradora da fase legislativa para produção da norma penal, correspondência esta que é político-ideológica.

9 MENDES, Conrado Hübner. A política do pânico e circo. In: ABRANCHES, Sérgio et al. *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 230-246: “A presença da política do pânico e circo, secundada por um governo com as próprias mãos, é produto incontornável da vitória de Bolsonaro. A grande questão em aberto é saber sua magnitude, seu escopo e sua durabilidade”.

10 GAZOTO, Luís Wanderley. Justificativa do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 25, n. 2, p. 407-408, Ago. 2010: “A pesquisa revelou que 1. As exposições dos motivos dos projetos de leis quase sempre trazem como argumento a necessidade da repressão, sem, todavia, a apresentação de dados empíricos que possam sustentar suas posições; 2. É comum o apelo exagerado, puramente retórico, do valor ético-moral da proteção estatal ao interesse em questão, mas sem nenhuma referência a critérios de proporcionalidade; 3. Não poucas vezes, os parlamentares deixam expresso que suas preocupações decorrem de leituras de jornais e influência da mídia, em geral; [...] pode-se extrair a conclusão geral de que o Poder Legislativo brasileiro contemporâneo muitas vezes justifica o maior rigor penal nas representações sociais, na opinião pública e da mídia indicativas da necessidade da repressão penal, porém, tal procedimento, afastado dos demais princípios que regem as sanções penais, vem resultando em penas excessivamente rigorosas, caracterizando um populismo penal legislativo”.

11 SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 134.

2. A PROPOSTA DO AGENTE POLICIAL DISFARÇADO: CONTEÚDO LEGAL E JUSTIFICATIVAS

A figura do agente policial disfarçado, proposta no Pacote Anti-crime, é inserida em três diplomas legais: i) Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; ii) Lei nº 10.826/2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição (Estatuto do Desarmamento); e iii) Lei nº 11.343/2006, que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

No artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, que tipifica como crime apenado com reclusão de três a dez anos e multa a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, propõe-se a inclusão de um § 6º dispondo que "não exclui o crime a participação, em qualquer fase, da atividade criminal de lavagem, de agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".

Em justificativa, defendeu-se que a infiltração do agente policial disfarçado já está prevista no ordenamento jurídico brasileiro – Lei nº 12.850/2013, art. 10, que trata das organizações criminosas¹² – porém, "seja pelos riscos que oferece, seja por simples falta de prática, ela não vem sendo adotada. O dispositivo proposto deseja implementá-la nos crimes de lavagem de dinheiro". Vislumbra-se, aqui, uma contradição de argumentos, pois dá a entender que se quer expandir a previsão normativa de um instituto que, na prática, segundo a própria justificativa, não é adotado, além de ampliar os riscos que ele já oferece hoje, estendendo-o para a coerção de outras modalidades criminosas.

12 Lei nº 12.850/2013: "Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites".

É dito, ainda, pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública subscritor da Exposição de Motivos: “o que aqui se pretende é dar maior efetividade às investigações sobre lavagem de dinheiro utilizando-se este método de grande relevância”. Para reforçar a proposta, é lembrado que “as operações policiais disfarçadas, undercover operations nos Estados Unidos, são extremamente eficazes naquele país. A exigência de indícios de conduta criminal preexistente visa evitar aquilo que os norte-americanos chamam de entrapment” (que viria a ser a provocação, pelo agente policial, da prática de um crime por um inocente ao invés do criminoso).¹³

Ademais, argumenta-se na justificativa da proposição legislativa que a Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal - “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” - não seria um óbice para a aplicação do dispositivo que trata do agente policial disfarçado, vez que “além de ser antiga e ter analisado matéria legal” (o enunciado da Súmula 145 foi aprovado em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, tendo por referência legislativa o art. 14 do Código Penal de 1940 e o art. 302 do Código de Processo Penal de 1941), a própria Suprema Corte, em precedentes, tem flexibilizado a rigidez do enunciado.¹⁴

13 Essa alusão ao Direito norte-americano reforça a ideia de que o Direito da América Latina é um fracasso e o que é operado na América do Norte é uma imagem de “extrema eficácia”. Isso corrobora a ideia que muitos leigos têm acerca da suposta existência de supersistemas jurídicos, geralmente operados nos Estados Unidos ou em alguns países da Europa. Nesta lógica, Diego López Medina observa: “Para muitos leigos do terceiro mundo, no entanto, existem supersistemas jurídicos fabulares (especialmente no Norte) que cumprem essa função com regularidade quase inexorável. ‘Se cometes um delito, és responsabilizado’ parece ser a máxima que resume o funcionamento desses supersistemas jurídicos; na teoria do direito sabe-se com certeza analítica que a máxima correta para todos os países é a seguinte: ‘Se cometes um delito, deves ser sancionado’. Para a América Latina, descrita com olhos de pessimismo institucional alimentado pelo direito comparado, a máxima converte-se na seguinte: ‘Se cometes um delito, certamente não és sancionado’. [...] Não existe, pois, a nítida separação entre superdireitos, de um lado, e direitos falidos, de outro. Existem direitos, nesta terra de seres humanos, incrustados em uma história e em uma cultura, com diferenças socioeconômicas significativas, com incerteza normativa e probatória e, em geral, cheios das ‘imperfeições’ próprias do fato óbvio de que se tratam de seres humanos os que buscam controlar e sancionar outros, e não de Deus impondo a justiça divina em sua onisciência”. MEDINA, Diego López. Prólogo: por uma refundação do direito comparado para a América latina e a partir dela In: ESQUIROL, Jorge L. Op. cit., p. 10-11. (destaques no original).

14 São referenciados na Exposição de Motivos do PL 882/2019 os seguintes julgados do STF: 2ª Turma, HC 67.908/SP, Rel. Min. Celso Borja, j. 8 mar. 1990, DJ 20 abr. 1990 (“Habeas Corpus. Flagrante preparado. Súmula 145. Inaplicabilidade. Denunciado o paciente pela ‘guarda de haxixe’, para ‘comercialização’. Fato delituoso preexistente à venda ficta da substância entorpecente aos policiais. Não há falar em crime impossível em face de provocação do flagrante”); 2ª Turma, HC 69.476/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 4 ago. 1992, DJ 12 mar. 1993 (“Alegações de flagrante preparado e colidência de defesas. Posse do entorpecente pelo réu, que preexistia à atuação do agente provocador, ao manifestar interesse pela aquisição da droga, para fixar a prova do crime já consumado. Não é invocável, na espécie, a súmula 145”); 2ª Turma, HC 72.674/SP, Rel. Min. Maurício

Sob a justificativa de “dar à autoridade policial melhores condições de interromper” a prática de venda ou entrega de armas de fogo, acessório ou munição, são propostas alterações no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) incluindo a figura do agente policial disfarçado tanto no tipo penal incriminador do comércio ilegal de arma de fogo (Art. 17, § 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente), quanto no delito de tráfico internacional (Art. 18, parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistentes).

Por fim, na norma jurídica que trata da repressão às drogas, a criminalização proposta consiste na inclusão de inciso IV ao § 1º do artigo 33, fazendo incorrer, pois, nas penas de reclusão de cinco a quinze anos, e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa, quem vender ou entregar drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Corrêa, j. 26 mar. 1996, DJ 3 mai. 1996 (“O flagrante preparado, em operação de ‘venda’ de droga, não anula o processo-crime se a condenação está fundada também na sua ‘posse’, preexistente à simulação policial [...] não se aplica a Súmula 145”); 2ª Turma, HC 73.898/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 21 mai. 1996, DJ 16 ago. 1996 (“Não ocorre, no caso, a hipótese de flagrante preparado, mas a de esperado; não tem aplicação a Súmula 145 porque o art. 12 da Lei de Tóxicos prevê diversos tipos penais, entre eles a posse da substância entorpecente, suficiente para consumir o crime de tráfico, sendo irrelevante que a sua venda tenha se consumado ou não”); 1ª Turma, HC 74.510/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 8 out. 1996, DJ 22 nov. 1996 (“Não fica evidenciada hipótese de crime provocado, ou de flagrante forjado, se os agentes participam da obtenção, da guarda e do transporte de cocaína, que se destina ao exterior, consistindo a atividade da Polícia, apenas, em obter informações sobre o propósito deles e em acompanhar seus passos, até a apreensão da droga, em pleno transporte, ainda no Brasil, seguida de prisão em flagrante”); 1ª Turma, HC 81.970/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28 jun. 2002, DJ 20 ago. 2002 (“Flagrante preparado. Não ocorrência. Paciente que, no momento dos fatos, se encontrava em local considerado ponto de tráfico, tendo ido buscar a droga após a solicitação de compra. A ser verdadeira a versão dos policiais, o paciente, após o pedido, teria ido buscar a droga em local onde a estava depositando, conduta que incidiria no art. 12, caput da Lei nº 6.368/76, na modalidade ‘ter em depósito’, como capitulado na denúncia, inexistindo o flagrante preparado porque, a exemplo do entendimento esposado no HC nº 72.824/SP (Min. Moreira Alves), o crime, de caráter permanente, já se teria consumado”).

Justificou-se a proposta criminalizadora para “dirimir qualquer dúvida sobre a possibilidade de a conduta ser considerada crime”, fazendo referência à posição doutrinária de Guilherme de Souza Nucci que considera impossível o crime se o policial, pessoalmente ou por usuário, induzir o traficante a conseguir a droga.¹⁵

De igual maneira, o Ministro da Justiça e Segurança Pública argumentou que o dispositivo proposto “visa esclarecer a possibilidade da realização de operações policiais disfarçadas, o que nos US chama de *undercover operations*”. Ademais, salientou ainda que “o tema não é novo no Brasil, porém praticamente não é aplicado, muito embora se trate de meio de investigação eficaz e consentâneo com a atualidade”. Fez-se, mais uma vez, a defesa de não aplicabilidade da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo porque aquele tribunal maior já excepcionou a sua aplicação em casos de tráfico de drogas, reiterando-se os precedentes anteriormente citados¹⁶ a fim de reforçar o argumento de que a previsão legal expressa do agente policial disfarçado, da forma como fora proposta no Projeto de Lei, não encontra nenhum óbice legal.

Vale mencionar que a incorporação à legislação penal especial da figura do agente policial disfarçado, pelo conteúdo da proposta do Pacote Anticrime, é associada diretamente à condicionante de haver, no caso concreto, elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. Esse elemento do tipo é usado para se afastar o óbice do crime impossível pela preparação do flagrante, consoante enunciado da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Assim, pelo PL 882/2019, a estrutura dos tipos trará como elementos tanto o agente policial disfarçado quanto a conduta criminal preexistente do autor do delito.¹⁷

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205.

¹⁶ Além dos julgados já mencionados, acrescentou-se mais uma referência: STF, 2ª Turma, HC 105.929/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24 mai. 2011, DJe 6 jun. 2011 (“[...] Quanto à segunda alegação, em que requer seja reconhecido o flagrante preparado, tenho para mim ser de todo irreparável a decisão proferida pelo STJ que assentou: ‘o fato de os policiais condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie’ [...]”).

¹⁷ Sobre a estrutura dos tipos penais: “Também integram o tipo todos os dados que

3. O AGENTE ENCOBERTO NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, a Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, instituiu o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, possuindo, todavia, uma falha técnica apontada pela doutrina, pois em verdade, trata o diploma legal da normatização do instituto do agente infiltrado que difere do instituto do agente encoberto. Neste sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente¹⁸ pondera que o regime aprovado é próprio do agente infiltrado, cujas características se distanciam do agente encoberto pela natureza e pelas competências objetiva e subjetiva.

Dessa maneira, segundo o mencionado autor, a natureza do agente encoberto não necessita de autorização judicial prévia à sua atuação, tendo em vista que ele não atua ao lado dos agentes dos crimes a serem investigados e prevenidos: “o agente encoberto é uma técnica e tática policial em que o elemento policial se encontra à espera que a infração ocorra para deter os agentes do crime”.¹⁹

Diz Manuel Valente, quanto à diferença pela competência objetiva, que o agente encoberto não procede a investigações em locais cujo acesso careça de autorização judicial e não se cinge a um rol taxativo de crimes, como é prescrito para o procedimento da infiltração de agentes. Já no que se refere à distinção pela competência subjetiva, destaca não ser o agente encoberto, necessariamente, um policial judiciário, podendo ser de outra força de segurança.²⁰

Verifica-se, pois, que “a natureza, os fundamentos, os fins e os limites diferem de um instituto jurídico para o outro [...] pena é que o legislador, em uma lógica de tradução literal, tenha optado por

constituem a relação da ação com o mundo da vida e com o sujeito responsável: o resultado, a relação de causalidade, os critérios de imputação e os elementos subjetivos”. TAVAREZ, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 181.

18 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 497.

19 Ibid., p. 497.

20 Como a Polícia de Segurança Pública, a Guarda Nacional Republicana ou o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, dentro das atribuições atinentes à investigação. Cf. Ibid., p. 497.

designar o regime jurídico de agente encoberto”.²¹ Sendo assim, o agente infiltrado possui como amparo legal a Lei nº 101/2001, que traz um regime jurídico específico para a infiltração, já a base legal para atuação do agente encoberto é simplesmente o dispositivo do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 78/1987, de 17 de Fevereiro) que versa sobre a detenção em flagrante delito.²²

Enquanto o agente encoberto é uma técnica e tática policial em que se espera o criminoso cometer o delito, o agente infiltrado por outro lado, segundo Manuel Monteiro Guedes Valente, possui enquadramento jurídico-político de técnica de investigação excepcional, sendo um recurso também excepcional de prevenção criminal, isso porque a sua operação restringe os direitos fundamentais, por ser o infiltrado um meio de obtenção de prova que colide com o exercício dos direitos pessoais, “como a reserva da vida privada e familiar, pois o agente ao se tornar uma pessoa de confiança do suspeito pode aceder a fatos da vida e da família daquele, cujo conhecimento não se efetuaria se não fosse a atuação como agente infiltrado”.²³

Salienta ainda o autor português ser muito tênue a barreira entre a ação infiltrada e a provocação.²⁴ Vale dizer, o mesmo também ocorre entre o agente encoberto e o agente provocador. Isso porque o agente provocador, nos dizeres de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, ao determinar outra pessoa, dolosamente, à prática de um crime, torna-se ele um instigador, por ter feito, com a sua conduta, nascer o delito o qual não seria praticado se não fosse a sua intervenção.²⁵

21 Ibid., p. 499.

22 “Artigo 255º. Detenção em flagrante delito. 1 - Em caso de flagrante delito, por crime punível com pena de prisão: a) qualquer autoridade judiciária ou entidade policial procede à detenção; b) qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil. 2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, a pessoa que tiver procedido à detenção entrega imediatamente o detido a uma das entidades referidas na alínea a), a qual redige auto sumário da entrega e procede de acordo com o estabelecido no artigo 259º. 3 - Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de queixa, a detenção só se mantém quando, em ato a ela seguido, o titular do direito respectivo o exercer. Neste caso, a autoridade judiciária ou a entidade policial levantam ou mandam levantar auto em que a queixa fique registrada. 4 - Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de acusação particular, não há lugar a detenção em flagrante delito, mas apenas à identificação do infrator”.

23 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Op. cit., p. 494-495.

24 Ibid., p. 494.

25 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. Crime, medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador. Coimbra: Almedina, 2015, p. 294.

O vício da provocação pelo agente viola flagrantemente os princípios democráticos e da lealdade processual. A violação do conteúdo do princípio democrático ocorre porque este também é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e organizativo-procedimentais, conforme destaca José Joaquim Gomes Canotilho, de modo que em termos normativo-processuais a Constituição Portuguesa de 1976 “vinculou a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos”, conformando-se normativamente o princípio democrático como “forma de vida, como forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação do poder”.²⁶

Já o vício que atinge o princípio da lealdade (ou fair trail) compromete a exigência imposta à administração da Justiça, segundo Manuel Monteiro Guedes Valente, de que esta não recorrerá a meios enganosos, métodos arditos para obter provas de forma ilícita, induzindo o agente provocado à prática de fatos que não os praticaria se não fosse arditamente interpelado, provocado e incitado. “O princípio de lealdade proíbe que o Estado persiga o crime com a prática de crimes”, devendo, pois, qualquer investigação criminal ser executada segundo os princípios e as regras exigidas pela transparência democrática: “A investigação criminal deve decorrer de forma transparente sem qualquer subterfúgio capaz de conduzir o cidadão mais incauto a atos ilícitos”, realçando-se os dois princípios orientadores da atividade policial, especialmente, frisa o autor, no quadro do agente infiltrado e das ações encobertas: princípio democrático e princípio da lealdade na atuação da polícia.²⁷

Por essa razão, Fernando Gonçalves e Manuel João Alves destacam que o agente provocador é punido como autor, independentemente da sua motivação ser de relevante valor social ou moral – notadamente a provocação desencadeada tendo como objetivo o combate ao crime – podendo tal circunstância, por exemplo, ser considerada como atenuante, mas não tendo o mérito de, em regra, excluir a culpa ou a ilicitude do agente provocador. Além disso,

26 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 287-288.

27 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Op. cit.*, p. 506-507 e 511.

observam os autores, as provas obtidas com o recurso da provocação são ilícitas, proibidas e inadmissíveis, sendo reconduzíveis aos métodos proibidos de prova pela utilização de meios enganosos, conforme previsão no Código de Processo Penal²⁸, só as sendo usadas “para o seguinte e exclusivo fim: proceder criminalmente contra quem as produziu (agente provocador)”.²⁹

E, neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão paradigmático que data de 15 de janeiro de 1997, assentando a controvérsia acerca do agente investigador e do agente instigador envolvendo caso de tráfico de estupefacientes:

Tráfico de estupefacientes. Agente investigador. Agente investigador. I - Tal como tem sucedido em outras legislações, também entre nós o art.º 52, do DL 430/83, de 13/12, e o subsequente art.º 59, do DL 15/93, de 22/01, vieram permitir que um funcionário de investigação criminal, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceite a entrega de substâncias cujo tráfico é objeto daqueles diplomas. Trata-se do que entre nós diversa jurisprudência, tem chamado de “agente investigador”, envolvido em necessária, mas dissimulada colaboração com indivíduos dedicados ao crime. II - No entanto, tal desvio aos métodos clássicos de investigação só é consagrado, no sentido de tolerar aquilo que aparentemente é uma colaboração com uma atividade criminosa em curso, não pretendendo com isso a lei permitir que o investigador adote uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade. III - A alª a) do n.º 2 do art.º 126 do CPP, proí-

28 “Art. 126º. Métodos proibidos de prova. 1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular; 4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, pode aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”.

29 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. Op. cit., p. 295.

be a utilização de meios enganosos na obtenção das provas, de que é exemplo máximo, a hipótese em que o delinquente é levado a agir por pressão ou sugestão de pessoa que julga ser um coparticipante, ou no caso de crimes de tráfico, uma pessoa interessada em adquirir o que ele se dispõe a vender, mas que é simplesmente um membro de entidade investigadora que age com o objetivo de arranjar elementos conducentes à sua punição.³⁰

Ademais, também se pronunciou o Tribunal Constitucional em Acórdão de 1998, em um dos primeiros julgados da Corte sobre o tema dos agentes infiltrado e provocador, ao apreciar a alegação de inconstitucionalidade e nulidade da atuação do agente infiltrado sem a existência prévia de inquérito, questionando-se se haveria uma invasão da esfera dos direitos, liberdades e garantias levada a cabo pela Polícia sem autorização e controle da autoridade judiciária. O Procurador-Geral Adjunto, na ocasião, alegou que em termos jurídico-constitucionais o que importava saber era se a conduta do agente infiltrado dependia ou não de autorização prévia ou, em certos casos, de regularização posterior, sendo irrelevante haver ou não inquérito prévio, concluindo parecer no sentido de que a não necessidade da existência prévia de inquérito a decorrer efeitos para atuação do agente infiltrado não violava a Constituição da República Portuguesa. Destacam-se os seguintes excertos da fundamentação do julgamento do Tribunal Constitucional:

[...] Não obstante os perigos que comporta a utilização de agentes infiltrados, e a dose de deslealdade que nela vai implicada, considera-se hoje que, estando em causa certo tipo de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada), é impossível renunciar ao serviço do undercover agent. Está-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem, e os meios, de que os criminosos dispõem, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma excepciona-

30 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Janeiro de 1997, Processo nº 870/96 - 3ª Seção, Relator Ribeiro Coelho.

lidade no modo de obter as provas. [...] Convém, no entanto, advertir que a utilização de métodos encobertos de investigação (maxime, o recurso ao agente infiltrado) há-de fazer-se sempre sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de Direito. De fato, na ânsia de dar combate ao crime grave, que mina as bases da sociedade, não podem legitimar-se comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas. E isso, mesmo que tal se faça no propósito de desmascarar o criminoso, de pôr a descoberto a sua atividade delituosa. Quando se afeta intoleravelmente a liberdade de vontade ou a de decisão da pessoa, a deslealdade atinge um tal grau de insuportabilidade que é a integridade moral do sujeito que, então, é violada e, com ela, o artigo 25º, n.º 1, da Constituição. [...] Do ponto de vista da legitimidade constitucional da intervenção do agente infiltrado, é, assim, relativamente indiferente que, contra determinado sujeito, esteja ou não a correr termos um inquérito. O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária.³¹

Verifica-se, nesse diapasão, que a atuação do agente provocador é substancialmente distinta, porquanto “cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de atos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador e fornecedor de bens ilícitos”.³² Já o agente encoberto, distingue Manuel Augusto Alves Meireis, possui “absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”, de maneira que é

31 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98, de 14 de Outubro de 1998, Processo n.º 835/98, 3.ª Seção, Relator Conselheiro Messias Bento.

32 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. Op. cit., p. 296-297.

esse agente indiferente para determinar os acontecimentos, podendo no momento e no local ter estado qualquer outra pessoa que a conduta criminosa aconteceria da mesma forma, destacando o autor que “o risco corre, no todo, por conta do delinquente”, não tendo, pois, o agente encoberto nem o domínio absoluto e nem o domínio funcional do fato delituoso. O agente encoberto, para Manuel Meireis, é expressão de uma “medida de profilaxia criminal”.³³

Assim, Fernando Gonçalves e Manuel João Alves sintetizam que o agente encoberto é um órgão de polícia criminal, ou um particular de forma concertada com o órgão policial, atuando sem revelação de sua identidade, frequentando lugares conotados com o crime com a finalidade de identificar e deter possíveis suspeitos da prática de infrações penais, sem contudo determinar a prática de qualquer delito (diferenciando-se do agente provocador) ou conquistar a confiança de alguém (distinguindo-se do agente infiltrado). Sua atuação, com efeito, segundo os autores, é totalmente lícita e legalmente admissível, ao abrigo dos princípios da liberdade, da atipicidade dos meios de prova que não forem proibidos por lei, da oficialidade e da investigação, produzindo-se provas válidas a serem apreciadas e valoradas pelo tribunal.³⁴

33 MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal. Coimbra: Almedina, 1999, p. 192-193.

34 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. Op. cit., p. 301-302.

4. REFLEXÕES SOBRE O AGENTE POLICIAL DISFARÇADO: ALGUNS PRÓS E CONTRAS À LUZ DO PACOTE ANTICRIME

Convém salientar, de início, que agente disfarçado não é agente infiltrado. Dessa forma, equivocou-se o Ministro da Justiça e Segurança Pública ao dizer na Exposição de Motivos nº 14/2019 MJSP, de 31 de janeiro de 2019, que “a infiltração do agente policial disfarçado está prevista no art. 10 da Lei nº 12.850, de 2013, que trata das organizações criminosas”. O que está disposto naquela legislação especial é o instituto do agente infiltrado, possuindo disciplina jurídica absolutamente distinta do agente disfarçado ora proposto para as leis que tratam de lavagem de dinheiro, comércio ilegal e tráfico de armas, bem como tráfico de drogas.³⁵

A infiltração do agente policial para fins de investigação, prevista na Lei das organizações criminosas, exige prévia, circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, sendo ouvidos anteriormente a autoridade policial e o Ministério Público. Além disso, só é permitida a infiltração se houver indícios da prática de crime e a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, sendo autorizada pelo prazo de até seis meses, e eventuais renovações exigem a sua comprovada necessidade, sendo apresentado ao juízo, com ciência ao Parquet, do relatório circunstanciado da atividade policial de infiltração. Tem-se, portanto, um procedimento juridicamente disciplinado e sob controle judicial antes, durante e após a ação do agente policial.

Ainda sobre a infiltração do agente policial, aduz o Ministro da Justiça e Segurança Pública, na Exposição de Motivos ao PL 882/2019, que “seja pelos riscos que oferece, seja por simples falta de prática, ela não vem sendo adotada. O dispositivo proposto deseja implementá-la nos crimes de lavagem de dinheiro”. Da mesma forma, ao justificar a proposta para a Lei de drogas, mencionou que

35 Sobre a disciplina jurídica do agente infiltrado segundo a lei brasileira, cf. LIMA, Sônia Silva Brito. *O agente infiltrado: o problema da legitimidade no processo penal do estado de direito e na experiência brasileira*. Coimbra: Almedina, 2016. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 565-586. WOLFF, Rafael. *Agentes infiltrados: o magistrado como garantidor e ferramenta de aprimoramento deste meio especial de investigação*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

“o tema não é novo no Brasil, porém praticamente não é aplicado, muito embora se trate de meio de investigação eficaz e consentâneo com a atualidade”.

Desconsiderado o equívoco incorrido pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública ao citar o agente policial infiltrado como paradigma e exemplo para o agente policial disfarçado, já supra-apontado, é de se indagar o porquê não vem sendo aplicada a infiltração de agentes apesar de sua previsão legal³⁶ e, a partir de tais reflexões, após escuta dos policiais brasileiros, deveria o governo buscar o aperfeiçoamento jurídico-normativo do instituto da infiltração, ao invés de positivar de forma à brasileira a figura do agente encoberto que, a rigor, já se encontra intrínseco atualmente à dinâmica da prisão em flagrante delito e com sólido entendimento jurisprudencial quanto à sua aplicação na repressão ao crime de tráfico de drogas.

Além disso, como um “pró” à positivação do agente policial disfarçado, aparentemente, seria o incremento de uma nova técnica policial de investigação criminal, como reforço na inteligência policial, fortalecendo, assim, o órgão de segurança pública responsável pela polícia judiciária e de investigação. Porém, uma análise um pouco mais detida da disciplina jurídica, cotejando o Projeto de Lei, as contribuições da doutrina e da jurisprudência, é possível vislumbrar um “contra”, pois ocorrerá, em verdade, a flexibilização do flagrante preparado ou provocado³⁷ ao invés de ser tão somente

36 LATERZA, Rodolfo Queiroz. Breves considerações críticas sobre os desafios da infiltração policial na persecução penal. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (coords.). *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 251-264: “No Brasil, verifica-se uma insipiência intolerável na utilização deste instituto, até mesmo com certo desprezo acadêmico e institucional, talvez em decorrência de estereótipos que aludem a infiltração policial às práticas arbitrárias perpetradas pelos órgãos de repressão política durante o regime militar constituído a partir de 1964. [...] As inovações trazidas à luz da Lei 12850/13 quanto à novel normatização da infiltração policial nas organizações criminosas não esgotam de modo algum os desafios operacionais e procedimentais inerentes a esta medida investigatória. Tanto a Polícia Federal quanto as Polícias Cíveis dos 27 estados da Federação deverão criar estruturas necessárias à capacitação, formação e especialização de policiais aptos psicológica e profissionalmente para serem selecionados para o cumprimento de uma diligência tão desafiadora e iminentemente fatal. Ademais, serão necessárias a criação de uma doutrina operacional, a estruturação de uma escolástica com metodologia rigorosa e a consolidação de uma estrutura organizacional que dê respaldo institucional, profissional e pessoal aos policiais que voluntariamente se ofereçam para o cumprimento de tais funções”.

37 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 408: “[...] a situação de flagrância é preparada ou provocada por terceiros ou por agentes policiais. Assim, diante da suspeita da prática de delitos anteriores, a autoridade policial prepara uma situação na qual o suspeito como que se vê atraído para praticar novamente a infração, momento no qual a polícia, previamente situada em posição estratégica, poderá efetuar a prisão em flagrante. Sobre esses casos de flagrante preparado, a jurisprudência tem seguido a linha de negar validade às prisões, diante da impossibilidade da consumação do crime em situação fática toda preparada ou provocada pela ação policial”. (destaques no original).

um flagrante esperado³⁸ (sem desconsiderar aqui o posicionamento doutrinário que entende pela não diferenciação entre flagrante preparado e flagrante esperado³⁹), atuando o agente policial disfarçado como um propulsor de prisões em flagrante delito, incrementando, de fato, a ação da polícia ostensiva em detrimento das investigações criminais a partir de inquéritos policiais ou outros procedimentos investigatórios com técnicas e meios de colheita de provas para persecução penal.⁴⁰

Quer-se, com essa proposta do agente policial disfarçado, entender a dinâmica das prisões em flagrante ocorridas no âmbito dos delitos envolvendo o tráfico de drogas para outras modalidades criminosas. Vale dizer que há provocação do flagrante nos crimes de tráfico, quando a prisão é decorrente de venda simulada de droga, contudo, não há falar em crime impossível e incidência da já mencionada Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal porque a provocação do agente policial incide só em uma das dezoito ações identificadas no núcleo do tipo incriminador de ação múltipla⁴¹, e, portanto, se qualquer uma das outras condutas for preexistente à atuação provocadora do agente policial, legitima-se o flagrante.⁴²

38 *Ibid.*, p. 408: “Por outro lado, as hipóteses de flagrante esperado, têm sido admitidas pela jurisprudência. Nesses casos, a situação de flagrância não é preparada ou provocada por terceiros, mas sua ocorrência natural é apenas informada à autoridade policial, que então se posta em posição estratégica para encontrar os agentes criminosos no ato da execução do crime, impedindo a sua consumação. Como bem acentuava o Ministro Alfredo Buzaid, ‘no flagrante esperado, a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração; procura colhê-la ou frustrá-la na sua consumação’”.

39 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517: “Note-se, porém, que ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou o seu exaurimento), tudo dependendo de cada caso concreto. Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a preparação e a espera do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na ideia da eficiente atuação policial. Em ambos os casos, como visto, seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e invalidade de outro (o preparado)? Mas, que fique repetidamente registrado: jurisprudência e doutrina permanecem alheios a essas questões, reproduzindo o antigo entendimento”.

40 Sobre o enfraquecimento dos padrões investigatórios criminais, notadamente em detrimento do inquérito policial e assunção de centralidade do auto de prisão em flagrante a partir da década de 1990, cf. COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVERA JUNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. Sociedade e Estado. Brasília, v. 31, n. 1, p. 147-164, Abr. 2016.

41 Lei nº 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

42 GRECO, Rogério. Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 7. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 53-54: “[...] em algumas infrações penais, a exemplo

Quando o Pacote Anticrime propõe a instituição do agente policial disfarçado, com a associação da condicionante de haver “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, quer-se, com isso, minimizar a atuação estimuladora ou provocativa do agente disfarçado em uma conduta e legitimar o flagrante pela ação delinquente preexistente àquela estimulada ou provocada. Isso nada mais é do que flexibilizar a rigidez da vedação ao flagrante preparado ou provocado, com a sua extensão do delito de tráfico de drogas para o de lavagem de dinheiro, de comércio ilegal e de tráfico internacional de armas de fogo, acessório ou munição.

Ademais, se o agente policial disfarçado agir de qualquer forma que estimule a prática de crime, atua como agente policial provocador e não como um genuíno agente encoberto, que deve ser totalmente passivo quanto ao elemento volitivo do cometimento da infração penal. E, não obstante, se houver também envolvimento entre o agente disfarçado e os criminosos, gerando confiança para obtenção de elementos probatórios em relação ao delito que se busca prevenir ou reprimir, deixa-se de ser agente de inteligência e passa-se a caracterizar-se como agente infiltrado, exigindo-se, nesta circunstância, motivada autorização judicial para se legitimar a atuação policial disfarçada que se tornou infiltrada, aplicando-se, por analogia, os procedimentos probatórios previstos na legislação de organização criminosa, sob pena de declarar-se a ilicitude da atuação do agente de polícia com conseqüente nulidade de sentença condenatória e desentranhamento dos autos dos elementos de prova colhidos.

Vislumbra-se precedente do Supremo Tribunal Federal exatamente nesta perspectiva em que se destacou a distinção entre agente infiltrado e agente de inteligência, diferença que se dá em razão da finalidade e amplitude investigatória, pois enquanto o agente de inteligência tem função preventiva e genérica, o agen-

do que ocorre com o tráfico de drogas, seja o flagrante preparado, ou tão somente estimulado, nossos Tribunais têm entendido pela possibilidade de se reconhecer a infração penal [...] uma vez que o tipo penal do art. 33 da Lei Antidrogas prevê vários comportamentos, que já se aperfeiçoaram antes mesmo da entrega das drogas no local que havia sido acordado entre o traficante e o policial que o havia estimulado a isso”.

te infiltrado possui finalidades repressivas e investigativas, visando à obtenção de elementos probatórios relacionados aos fatos criminosos e organizações criminosas.

Nesse sentido, no julgamento do Habeas Corpus nº 147.837/RJ, entendeu o Ministro Relator no Supremo Tribunal Federal que o policial militar do Distrito Federal, atuando em missão da Força Nacional de Segurança, não precisava de autorização judicial para colher dados nas ruas do Rio de Janeiro destinados a orientar o plano de segurança para a Copa do Mundo. Contudo, no curso de sua atividade originária, o policial infiltrou-se no grupo dos black blocs para proceder à autêntica investigação criminal, para qual a lei exige autorização judicial. Entendeu-se por clandestina toda a prova produzida porque o policial militar, sem autorização judicial, ultrapassou os limites da atribuição que lhe foi dada originalmente como agente de inteligência, passando a agir como agente infiltrado.

Dessa maneira, as informações obtidas pelo policial militar não poderiam ser destinadas à persecução penal, por ausência de prévia autorização judicial, mas somente ser utilizadas para fins preventivos em atos de inteligência governamental. As declarações e depoimentos do agente policial não poderiam servir como elementos de prova para condenação penal dos réus, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a ilicitude e o desentranhamento da infiltração policial realizada pelo militar da Força Nacional de Segurança e de seus depoimentos prestados em sede policial e em juízo, declarando-se a nulidade da sentença por ter se embasado em elementos probatórios ilícitos.⁴³

43 STF, 2ª Turma, HC 147.837/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26 fev. 2019.

CONCLUSÃO

O Pacote Anticrime, Projeto de Lei de iniciativa do governo Jair Bolsonaro, elaborado por seu Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, possui uma racionalidade penal⁴⁴ que guarda correspondência político-ideológica com a sua proposta de campanha eleitoral de “prender e deixar preso”.

Ao institucionalizar a figura do agente policial disfarçado, sem um referencial teórico claro e evidências empíricas quantitativas acerca da realidade na qual se procurar intervir, há o risco desse instituto legalizar e flexibilizar – para além do tráfico de drogas – o flagrante provocado, se não forem aplicados, por analogia, os procedimentos probatórios já regulados em legislação especial para o agente infiltrado.

Com efeito, em Portugal, a legislação, a doutrina e a jurisprudência delineiam os limites e os regimes jurídicos do agente infiltrado e do agente encoberto e a repulsa ao agente provocador, quando o agente investigador se desnatura em agente instigador. O agente encoberto do ordenamento jurídico português é uma técnica simples de flagrante esperado.

A proposta brasileira, contudo, ao prever em conjunto “os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente” indica que a primeira ação do agente policial pode ser provocadora do delito, mas sendo neutralizada pelo(s) comportamento(s) delituosos preexistentes. Sem controle judicial antes, durante e depois, tal qual previsto para o agente infiltrado, o agente disfarçado, encoberto ou meramente de inteligência deixa de ser uma técnica especial de investigação criminal e de colheita de provas, podendo tornar-se um propulsor de prisões em flagrante delito. Reduzir-se-iam, com isso, as investigações policiais por autos de prisão em flagrante. Deixa-se, dessa forma, de investir na polícia de investigação

44 Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

e judiciária para fomentar os flagrantes pela polícia ostensiva. Talvez a racionalidade da proposta do governo seja mesmo “desburocratizar” as investigações criminais e criar uma ferramenta que cumpra a promessa ideológico-eleitoral de “prender e deixar preso”.

Convém salientar que a Justiça tem sido procurada e pressionada pela política criminal⁴⁵ para colaborar com a segurança pública e o PL 882/2019 é exemplo disso. Decerto que a justiça criminal precisa estar próxima da realidade social, mas o Poder Executivo, através de ações governamentais e de suas polícias, ainda deve ser o protagonista na implementação e execução institucional de políticas públicas de segurança pública, por possuir ampla margem para desenvolvimento de atividades estratégicas para resultados positivos nesta área.⁴⁶ Afinal, como advertiu Manuel Monteiro Guedes Valente, “o crime está à frente da sua prevenção e, muito mais à frente, da sua repressão”⁴⁷, o que exige meios excepcionais de investigação, mas dentro do princípio democrático e da forma legítima de exercício do poder e do respeito aos direitos e garantias fundamentais.

45 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 33: “Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal”.

46 BEATO, Claudio. *Justiça criminal e segurança pública: peças de um mosaico*. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (orgs.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 301: “Existe uma grande margem de atividades que podem ser desenvolvidas pela própria polícia, desde que adequadamente respaldada por informações e formas de gestão mediante resultados”.

47 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Op. cit.*, p. 491.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEATO, Claudio. *Justiça criminal e segurança pública: peças de um mosaico*. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (orgs.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVERA JUNIOR, Almir de. *Novos padrões de investigação policial no Brasil*. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 31, n. 1, p. 147-164, Abr. 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ESQUIROL, Jorge L. *Ficções do direito latino-americano*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativa do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 25, n. 2, p. 407-408, Ago. 2010.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Crime, medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador*. Coimbra: Almedina, 2015.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2016.

LATERZA, Rodolfo Queiroz. *Breves considerações críticas sobre os desafios da infiltração policial na persecução penal*. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (coords.). *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Sônia Silva Brito. *O agente infiltrado: o problema da legitimidade no processo penal do estado de direito e na experiência brasileira*. Coimbra: Almedina, 2016.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. In: ABRANCHES, Sérgio et al. *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVAREZ, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

WOLFF, Rafael. *Agentes infiltrados: o magistrado como garantidor e ferramenta de aprimoramento deste meio especial de investigação*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.



MANOEL REIS

IMPACTOS ECONÔMICOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) NO BRASIL

BREVE PANORAMA SOBRE A HISTÓRIA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

As primeiras pesquisas relacionadas à Inteligência Artificial remontam à década de 1950, quando Alan Mathison Turing¹ publicou o artigo "Computing Machinery and Intelligence", propondo um método que ficou conhecido como "Teste de Turing" ou "Jogo da Imitação". O objetivo, que evoluiu da emblemática questão "Can Machines Think?", era analisar a capacidade de um computador apresentar comportamento inteligente, equivalente ao de um ser humano e imperceptível como proveniente de uma máquina, partindo da premissa de que, assim como as pessoas, as máquinas também podem tomar decisões e resolver problemas com base em informações disponíveis.²

No entanto, a expressão Inteligência Artificial e o seu estabelecimento como área de pesquisa só se deram alguns anos mais tarde, em 1956, durante um workshop de verão na Dartmouth College, em Hanover, New Hampshire, Estados Unidos, intitulado Dartmouth Sum-

1 TURING, A.M. (2009) Computing Machinery and Intelligence. In: Epstein R., Roberts G., Beber G. (eds) Parsing the Turing Test. Springer, Dordrecht.

2 ANYOHA, R. (2017) The History of Artificial Intelligence. Harvard University Blog, Special Edition on Artificial Intelligence. Disponível em <<http://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>>.

mer Research Project on Artificial Intelligence. Nele, J. McCarthy, N. Rochester, M. L. Minsky e C. E. Shannon³ cunharam o termo “Inteligência Artificial”, assumindo a hipótese de que qualquer aspecto do aprendizado e da inteligência humana poderiam ser descritos com precisão suficiente para que fossem simulados por um computador.

Todavia, apesar de todas as pesquisas, teorias e expectativas que surgiram desde então, os recursos computacionais disponíveis, por si sós, representaram um grande desafio ao avanço da Inteligência Artificial. Isso porque, nessa época, os computadores eram capazes de executar múltiplos comandos, mas não de armazená-los e memorizar o que havia sido feito, dificultando a concepção de aprendizagem. Além disso, os contratos de leasing, que viabilizavam o acesso aos computadores, tinham custos muito expressivos, fazendo com que somente universidades de renome e grandes empresas de tecnologia pudessem utilizá-los.

Nesse contexto, diversos avanços foram registrados, como: os desenvolvimentos dos softwares ELIZA – primeiro chatbot, desenvolvido no MIT, a manter conversas com pessoas, em 1964 –; Deep Blue – jogador de xadrez artificial, desenvolvido pela IBM, que venceu pela primeira vez um campeão mundial, em 1997 –; Watson – jogador artificial, desenvolvido pela IBM, que venceu pela primeira vez concorrentes experientes em um programa de televisão de perguntas e respostas, em 2011 –; etc.⁴ Apesar disso, o descompasso entre as pesquisas, os recursos computacionais disponíveis e as expectativas fez com que a Inteligência Artificial enfrentasse alguns “invernos”, como ficaram conhecidos os períodos nos quais o interesse e os investimentos no tema foram bastante reduzidos.⁵

3 McCarthy, J, Minsky, M. L., Rochester, N., Shannon, C.E. (1955) A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence.

4 Digital Wellbeing. A.I. Timeline. Disponível em: <<https://digitalwellbeing.org/wp-content/uploads/2017/08/Artificial-Intelligence-AI-Timeline-Infographic.pdf>>.

5 Actuaries Digital, Editorial: History of AI Winters, 2018. Disponível em: <<https://www.actuaries.digital/2018/09/05/history-of-ai-winters/>>.

Há inúmeras referências aos invernos da Inteligência Artificial. Contudo, os invernos mais comumente relatados se deram de 1974 a 1980, quando o Science Research Council, do Reino Unido, publicou o Lighthill Report, no qual o Professor Sir James Lighthill pontuou que a Inteligência Artificial falhou em alcançar seus grandiosos objetivos e desapontou, na medida em que não alcançou as expectativas traçadas^{6, 7} [5,6,7]; e de 1987 a 1993, quando Jack Schwarz, diretor do Defense Advanced Research Projects Agency/Information Science and Technology Office (DARPA ISTO), dos Estados Unidos, concluiu que a Inteligência Artificial alcançou um sucesso bastante limitado em áreas particulares, seguido por um fracasso mais amplo, relacionado aos objetivos maiores que os sucessos iniciais pareciam perseguir.⁸

A partir do término do segundo inverno, a Inteligência Artificial experimentou um crescimento exponencial, que foi ao encontro da maior disponibilidade e robustez dos recursos computacionais, e se mantém até hoje. Os novos desenvolvimentos resultaram em conceitos amplamente explorados atualmente, tais como Machine Learning – que consiste na capacidade de um computador assumir ações a partir de uma série de exemplos, e não com base em um algoritmo único, específico para determinada finalidade; Deep Learning – uma classe específica de algoritmos de Machine Learning, que se baseia no processamento em camadas em redes neurais artificiais e tem alcançado grandes resultados relacionados ao reconhecimento de imagens, vozes e idiomas; e Big Data.⁹

6 Science Research Council. Lighthill Report: Artificial Intelligence: a paper symposium. 1973.

7 Schuchmann, Sebastian. Towards Data Science: History of the first AI Winter. 2019. Disponível em: <<https://towardsdatascience.com/history-of-the-first-ai-winter-6f8c2186f80b>>.

8 Schuchmann, Sebastian. Towards Data Science: History of the second AI Winter. 2019. Disponível em: <<https://towardsdatascience.com/history-of-the-second-ai-winter-406f18789d45>>.

9 Hackernoon. History, Waves and Winters in AI. 2018. Disponível em: <<https://hackernoon.com/history-waves-and-winters-in-ai-dd5feb558e45>>.

Em 2015, ao ser questionado sobre o futuro da Inteligência Artificial, Bill Gates mencionou ao The Washington Post que não entende o motivo pelo qual algumas pessoas não estão preocupadas com o tema.¹⁰ A resposta talvez decorra de uma análise da trajetória de altos e baixos da Inteligência Artificial e de um possível novo inverno, porém especialistas acreditam que em nenhum momento do passado foram alcançados patamares semelhantes aos atuais, com tamanho esforço e investimento das empresas, e que as constantes melhorias na capacidade de processamento dos computadores serão suficientes para sustentar o avanço tecnológico.¹¹

Em suma, segundo o MIT (Massachusetts Institute of Technology), a inteligência artificial deixou de ser um conceito de vanguarda e se tornou uma realidade tecnológica para a qual as empresas precisam se preparar.¹² [11] Logo, se, no passado, o tema sugeria incertezas, hoje as pesquisas sobre inteligência artificial não são apenas importantes, mas indispensáveis para a sobrevivência das companhias em um futuro próximo.

1. O ESTUDO DESENVOLVIDO PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS PARA A MICROSOFT

Há pesquisas que buscam quantificar alguns impactos da inserção da IA na execução de diferentes processos que, até então, apenas empregavam mão de obra humana. De modo geral, essas pesquisas têm como foco ganhos de produtividade e impactos sobre o nível de emprego, à medida que diferentes empresas em setores variados empregam cada vez mais tecnologia, a fim de aumentar a eficiência e reduzir os custos de seus processos produtivos.

10 Holley, Peter. The Washington Post. The Switch: Bill Gates on dangers of artificial intelligence: "I don't understand why people are not concerned". 2015. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/01/28/bill-gates-on-dangers-of-artificial-intelligence-dont-understand-why-some-people-are-not-concerned/?noredirect=on&utm_term=.9b96704fda12>.

11 Idem.

12 MIT Technology Review Insights. The state of artificial intelligence. 2019. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/612663/the-state-of-artificial-intelligence/>>.

Essas pesquisas permitem o entendimento do estado da arte das relações estabelecidas entre IA e impactos sobre diversas economias. É importante mencionar que, embora os esforços apresentados por esses estudos sejam muito relevantes, nenhuma das abordagens fornece qualquer informação a respeito do “impacto final de equilíbrio” devido à utilização da tecnologia. Isso se dá porque, ao incorporarem a IA em determinado setor da economia, não consideram qual seria o efeito de transbordamento gerado sobre os demais setores.

Sendo assim, a Fundação Getúlio Vargas buscou avançar em relação à literatura sobre o tema ao analisar os impactos da IA sobre a economia brasileira, desenvolvendo um estudo que considera que os setores apresentam diferentes níveis de exposição à introdução dessa tecnologia. Além disso, os impactos setoriais geram um efeito em cadeia, já que a presença da tecnologia em um determinado setor altera diretamente seu nível de produção, de mão de obra empregada e de salários, bem como afeta indiretamente os demais setores da economia – em suma, quantifica o impacto econômico total da IA na economia brasileira, via ganhos de produtividade setorial, pela ótica da oferta, e alterações dos padrões de consumo das famílias, pela ótica da demanda, dado um horizonte temporal de 15 anos, a partir de 2018.

Portanto, de que forma a maior introdução de tecnologias associadas à Inteligência Artificial pode impactar a economia brasileira e o mercado de trabalho nacional? Essa é a principal pergunta que o estudo sobre “Análise dos Impactos Econômicos da Inteligência Artificial (IA) no Brasil” buscou responder. Para tal, a partir de um Modelo de Equilíbrio Geral, foram simulados diferentes cenários para a intensidade de incorporação de tecnologias associadas à IA em seis setores econômicos, a saber:

- Agricultura;
- Pecuária;
- Óleo e gás;
- Mineração e extração;

- Transporte, comércio e comunicação; e
- Setor público, que, por sua vez, agrega as atividades associadas à:
 - Administração pública;
 - Defesa;
 - Saúde (privada e pública); e
 - Educação (privada e pública).

Com base nos choques nesses seis setores, avaliaram-se os efeitos da maior incorporação de IA sobre diversas variáveis macroeconômicas (PIB, produtividade, valor da produção, bem-estar, população ocupada e salários). Combinados com os microdados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNA-DC) do IBGE, foram quantificados os efeitos desses impactos sobre o mercado de trabalho nacional de forma mais desagregada entre os setores econômicos já apresentados.

Para auxiliar na análise dos resultados encontrados no presente estudo a partir das simulações descritas acima, foram mapeados artigos na literatura econômica internacional que já se debruçaram sobre os impactos da introdução de inteligência artificial na economia.

2. QUAIS FORAM OS PRINCIPAIS IMPACTOS DA INTRODUÇÃO DE IA JÁ MAPEADOS PELA LITERATURA EM ECONOMIA?

De acordo com a literatura mapeada, foi possível identificar quatro grandes impactos gerados por uma maior introdução de tecnologias associadas à Inteligência Artificial sobre a economia e sobre o mercado de trabalho:

- No longo prazo, aumenta a produtividade e a renda gerada na economia. É importante destacar que esse aumento de produtividade e de renda é consensual na literatura somente no longo prazo. No curto prazo, é razoável supor que a incorporação de IA gere limitadas taxas de crescimento da produtividade, além de conflitos organizacionais e custos de ajustes;

- Reduz a população ocupada. É possível afirmar que esse é o resultado que tem despertado maior interesse da literatura. Todavia, embora essa conclusão seja quase que generalizada, é importante levar em consideração diversas nuances – por exemplo, a mão de obra menos qualificada e mais jovem tende a sentir os impactos mais desfavoráveis;
- Tende a aumentar a desigualdade na economia. Entretanto, é fundamental ressaltar que esse aumento da desigualdade se dá em diferentes dimensões:
 - Entre indivíduos, principalmente, devido aos impactos sobre o mercado de trabalho;
 - Entre setores econômicos, devido aos diferentes ganhos de produtividade obtidos;
 - Entre os fatores de produção, com o capital respondendo por uma fração maior da renda gerada quando comparado ao trabalho.
- Tende a reduzir os preços de bens e serviços finais, podendo até aumentar o bem-estar do consumidor. Apesar dos possíveis efeitos negativos sobre o mercado de trabalho, a literatura sugere que o bem-estar para o consumidor pode até aumentar, mesmo que a participação do trabalho sobre unidade produzida sofra uma redução. Por trás dessa dinâmica, há redução dos preços, melhora na qualidade dos produtos finais, maior customização e maior rapidez na entrega dos produtos.

Dado esse mapeamento da literatura, os resultados obtidos pelo estudo foram analisados sempre buscando avaliar em que medida os números obtidos para a realidade brasileira convergem ou divergem das conclusões já mapeadas pela literatura disponível.

3. DE QUE FORMA A MAIOR INTRODUÇÃO DE TECNOLOGIAS ASSOCIADAS À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE IMPACTAR A ECONOMIA BRASILEIRA E O MERCADO DE TRABALHO NACIONAL?

Utilizou-se o modelo econômico de Equilíbrio Geral Computável (EGC) Global Trade Analysis Project (GTAP), capaz de representar a economia global, bem como regiões e países. Esse tipo de modelo, além de capturar os impactos líquidos sobre a economia, representa o comportamento dos agentes econômicos – famílias, empresas e governo – em mercados de bens, serviços e fatores de produção. Dessa forma, é possível captar efeitos diretos e indiretos gerados pelo impacto da inserção da IA na economia. Portanto, a partir da utilização do GTAP, foram simulados três cenários que refletem diferentes intensidades de incorporação de tecnologias associadas à IA em seis setores na economia brasileira (agricultura, pecuária, óleo e gás, mineração e extração, transporte e comércio, e setor público). Os três cenários foram:

- Cenário 10: pressupõe que a incorporação de IA nesses seis setores cresça a uma taxa de 10% a cada triênio ao longo de 15 anos. Essa taxa reflete as projeções do ritmo de incorporação de automação robótica em atividades industriais na economia brasileira de acordo com os dados do International Federation of Robotics (IFR);
- Cenário 05: pressupõe que a incorporação de IA nesses seis setores cresça a uma taxa de 5% a cada triênio ao longo de 15 anos. Essa taxa pressupõe que o ritmo de incorporação de automação robótica em atividades industriais na economia brasileira será metade daquela projetada pelos dados do International Federation of Robotics (IFR); e
- Cenário 26: pressupõe que a incorporação de IA nesses seis setores cresça a uma taxa de 26% a cada triênio ao longo de 15 anos. Essa taxa pressupõe que o ritmo de incorporação de automação robótica em atividades industriais na economia brasileira será igual àquela projetada pelos dados do International Federation of Robotics (IFR) para o México e para o restante da América Latina.

Os resultados obtidos no estudo são analisados sempre em comparação a um cenário de referência, também conhecido na literatura do tema como benchmark ou business as usual (BAU), ou seja, são sempre comparados com uma representação da economia atual.

A partir dos cenários gerados, ficou claro que a economia, de forma geral, e a produtividade total, em nível setorial, crescem nos três cenários (Tabela 1). Além disso, é importante notar que, quanto maior a taxa de incorporação de IA, mais intensos são os impactos sobre o PIB e sobre a produtividade.

A maior variação acumulada do PIB real atinge 6,43% (Cenário 26) como resultado da maior penetração de IA na economia – ou seja, a inserção da IA na economia permitiria um incremento adicional de 6,43% no PIB do país. Já nos Cenários 05 e 06, que representam uma menor velocidade de inserção de IA, o crescimento real do PIB é de 0,64% e 1,32%, respectivamente. O crescimento do PIB é diretamente afetado tanto pelo maior consumo agregado quanto por um maior volume de investimentos.

Tabela 1 - VARIAÇÃO ACUMULADA DO PIB E DA PRODUTIVIDADE TOTAL POR SETOR PARA CADA CENÁRIO AO LONGO DE 15 ANOS (EM %)

VARIÁVEL	CENÁRIO 05	CENÁRIO 10	CENÁRIO 26
PIB	0.64	1.32	6.43
PRODUTIVIDADE TOTAL DOS FATORES AGRICULTURA	0.05	0.10	0.37
PECUÁRIA	0.04	0.10	0.35
ÓLEO E GÁS	0.08	0.17	0.60
MINERAÇÃO E EXTRAÇÃO	0.16	0.35	1.26
TRANSPORTE E COMÉRCIO	1.78	3.93	14.01
SETOR PÚBLICO	0.39	0.94	3.35

A expansão da produtividade, ao aumentar a quantidade da oferta de bens e serviços finais e, talvez, até a redução do seu preço, também leva a uma expansão do bem-estar do consumidor. A variação de bem-estar é medida em termos de variação equivalente de consumo e, assim como o PIB, percebe impactos positivos vindos da inserção da nova tecnologia. Os incrementos no nível de consumo da população são de 9,6%, 2,0% e 0,9% para os cenários 26, 10 e 05, respectivamente (Tabela 2).

Tabela 2 - VARIAÇÃO ACUMULADA DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR PARA CADA CENÁRIO AO LONGO DE 15 ANOS (EM USD E %)

BEM-ESTAR	CENÁRIO 05	CENÁRIO 10	CENÁRIO 26
USD (BILHÕES)	20,1	42,5	203,9
%	0,9	2,0	9,6

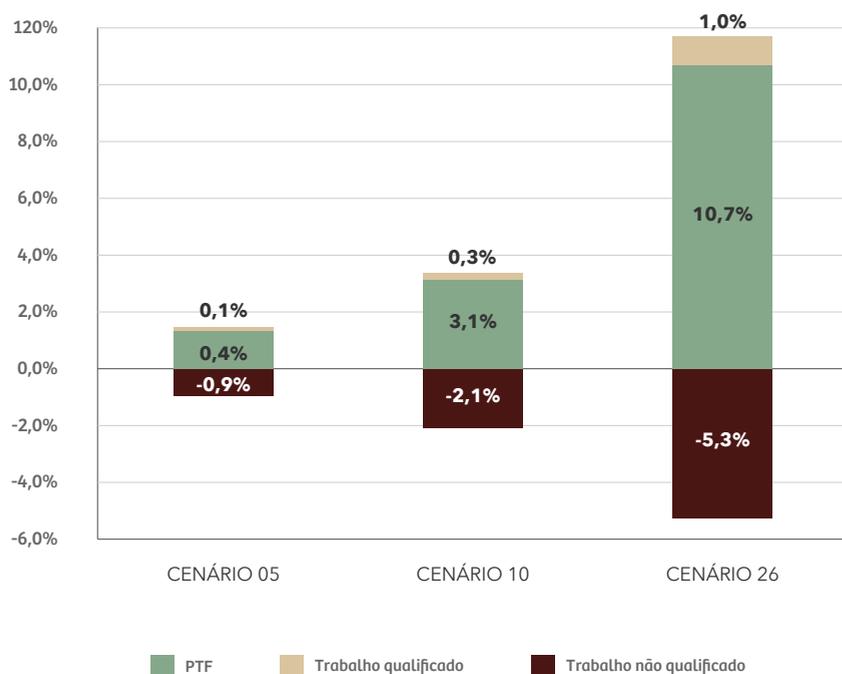
Conforme apresentado pela literatura revisada, um dos resultados que mais têm chamado a atenção a respeito dos impactos da introdução de tecnologias associadas à inteligência artificial é, justamente, relativo aos seus efeitos sobre o mercado de trabalho. A inserção de IA afeta o equilíbrio no mercado de trabalho dos indivíduos com menor nível de qualificação ou ligados a setores com atividades manuais que podem ser facilmente substituídas por máquinas ou sistemas digitais. Esse canal de transmissão afeta o PIB negativamente, uma vez que reduz a produtividade dos trabalhadores com menor qualificação em virtude do menor pagamento de salários e/ou pelo tempo necessário de realocação desses indivíduos no mercado de trabalho em setores com menor exposição à IA.

Ao mesmo tempo, a inserção de IA aumenta a produtividade dos trabalhadores menos qualificados remanescentes e, em especial, dos trabalhadores com maior nível de qualificação. Esse canal de transmissão afeta o PIB positivamente, aumentando a remuneração no mercado de trabalho, o que gera maior renda e consumo das famílias.

De um modo mais amplo, o maior uso de IA aumenta a Produtividade Total dos Fatores (PTF) de produção, ou seja, um maior volume de bens e serviços pode ser produzido com a mesma (ou menor) utilização de homem-hora e/ou máquina-hora de trabalho. Portanto, a PTF considera o quanto os fatores de produção da economia (capital e trabalho) são capazes de produzir. Se a PTF cresce, isso significa que a combinação de capital e trabalho empregada em um processo de produção está mais eficiente. Esse efeito afeta o crescimento do PIB positivamente, aumentando o retorno dos investimentos ao mesmo tempo que permite uma nova rodada de investimentos em tecnologia e alocação eficiente do trabalho.

Em todos os cenários simulados, o efeito da inserção de IA sobre os trabalhadores menos qualificados impacta negativamente o PIB. O valor atinge -0,9%, -2,1% e -5,3% para os Cenários 05, 10 e 26, respectivamente. O efeito positivo sobre a PTF compensa as perdas sobre o trabalho. A PTF contribui para o crescimento do PIB em 1,4%, 3,1% e 10,7% nos Cenários 05, 10 e 26, respectivamente. Esse resultado associado aos ganhos de produtividade dos trabalhadores remanescentes faz com que o efeito acumulado líquido sobre o PIB seja positivo.

Gráfico 1 - DECOMPOSIÇÃO DOS IMPACTOS DA IA SOBRE A VARIAÇÃO PERCENTUAL DO PIB REAL



Fonte: Resultados da pesquisa.

Em relação aos impactos setoriais, à medida que se aumenta a taxa de crescimento da inserção de IA na economia brasileira tem-se uma retração do valor da produção setorial para os setores analisados. O setor que sofre maior retração é a Agricultura com -2,5%, -5,4% e -18,8%, para os Cenários 05, 10 e 26, respectivamente. Já o setor de Administração Pública e Educação é o que apresenta o maior impacto positivo na produção setorial: 0,6%, 1,2%, e 6,2%, respectivamente.

Esse resultado deve-se à estrutura do mercado de trabalho desses setores. O maior número de trabalhadores não qualificados em relação aos demais setores, associado ao baixo salário homem-hora nessa categoria, faz com que ambos os setores “liberem” mão

de obra não qualificada na economia, dada a maior demanda dos setores mais expostos à IA. Os resultados setoriais são sensíveis ao custo da mão de obra que é representado pelo número de pessoas empregadas no setor, total de salários pagos, bem como o grau de exposição do setor à IA. O impacto inicial da menor produtividade dos trabalhadores não qualificados é determinante para o resultado do valor da produção setorial. Esse efeito é dominante em relação ao efeito de ganho de produtividade dos trabalhadores remanescentes e da PTF. Entretanto, é importante destacar que os resultados são os impactos de primeira ordem da maior introdução de IA nesses setores.

Para o mercado de trabalho como um todo, o impacto da IA gera uma variação positiva do retorno real do trabalho, ou seja, o pagamento de salários aos trabalhadores cresce mais do que o índice de preços da economia. O maior retorno do salário real aumenta o nível de emprego em ambas as categorias de trabalhadores e, conseqüentemente, sua produtividade. Especificamente, o trabalho não qualificado aumenta o salário real em 0,35%, 0,59% e 5,85% nos Cenários 05, 10 e 26, respectivamente, elevando, assim, o nível de emprego para essa categoria. Já os trabalhadores qualificados experimentam um acréscimo ainda maior no salário real, atingindo 1,38%, 2,97% e 12,29%, respectivamente. Dessa forma, é possível perceber que há, além de maior eficiência na alocação dos trabalhadores nos diferentes setores da economia, aumento da pressão por emprego de ambas as categorias, uma vez que o salário real está aumentando.

É possível assumir que os trabalhadores com menor qualificação serão alocados em setores com remuneração mais baixa, enquanto os trabalhadores remanescentes experimentam um aumento inicial em seus salários reais. Assim, quanto maior o nível de inserção da IA nos setores, maior será o impacto para os trabalhadores não qualificados, e as medidas de mitigação desses impactos - como treinamento, qualificação e flexibilização da legislação trabalhista - poderão reduzir o tempo de realocação desses trabalhadores no mercado de trabalho.

Além disso, a maior inserção da IA desloca a mão de obra dos setores com menor nível de qualificação ou ligados a atividades manuais que podem ser facilmente substituídas por máquinas. Esse é o caso dos setores de Agricultura e Pecuária, nos quais há muitos trabalhadores com baixa qualificação e com uma massa salarial relativamente menor, em comparação aos demais setores analisados.

Finalmente, após todos esses arranjos na economia, a arrecadação tributária sobre a produção cresce menos do que as demais arrecadações. Todavia, o crescimento da produção setorial em outros setores, como os setores de serviços, eleva a arrecadação do governo nesses setores, tornando o saldo líquido dos impostos sobre a produção positivo. Os valores variam entre 1,7% no Cenário 05 e 18,1% no Cenário 26. O consumo intermediário é a principal fonte de arrecadação do governo, pois representa os impostos indiretos. Nessa categoria, o aumento da receita do governo pode chegar a 32,4% no Cenário 26. Já sobre a demanda final, o aumento pode atingir cerca de 27,5% também no Cenário 26. É importante destacar que os resultados da maior receita do governo indicam uma não linearidade da arrecadação, com a inserção de IA e automação na economia brasileira. Em outras palavras, entre taxas de penetração da IA entre 10% e 26% ao triênio, há um crescimento mais rápido da receita do governo em relação aos benefícios da IA. Por outro lado, a maior arrecadação poderia permitir uma aceleração do processo de ajuste da economia, à medida que a nova receita é reciclada em políticas setoriais de qualificação, treinamento e realocação dos trabalhadores no mercado de trabalho.

De acordo com as simulações feitas para a economia brasileira, de uma forma geral, enquanto a população ocupada total contrai, os salários da força de trabalho aumentam. Esse resultado está em linha com as conclusões obtidas pela literatura. Por fim, quanto maior a incorporação de IA, maior a intensidade (em módulo) dos impactos tanto sobre a população ocupada quanto sobre os salários (Tabela 3).

Tabela 3 - VARIACÃO ACUMULADA DA POPULAÇÃO OCUPADA E DOS SALÁRIOS NO BRASIL POR CENÁRIO AO LONGO DE 15 ANOS (EM %)

VARIÁVEL	CENÁRIO 05	CENÁRIO 10	CENÁRIO 26
POPULAÇÃO OCUPADA			
MENOS QUALIFICADA	-0,69	-1,49	-5,14
MAIS QUALIFICADA	0,20	0,45	1,56
TOTAL	-0,52	-1,12	-3,87
SALÁRIOS			
MENOS QUALIFICADA	0,36	0,62	7,00
MAIS QUALIFICADA	1,40	3,11	14,72
TOTAL	0,89	1,85	9,26

4. QUAIS FORAM OS EFEITOS DA MAIOR INTRODUÇÃO DE IA EM CADA UM DOS SETORES ANALISADOS?

Como ressaltado pela literatura, uma vez que os setores econômicos e o mercado de trabalho não representam unidades uniformes, há grande heterogeneidade na forma como cada unidade de análise responde à introdução de IA. Diante disso, é fundamental que os números apresentados acima sejam examinados de forma desagregada. Nessa direção, como já citado, o estudo realizado desagregou os impactos da maior introdução de tecnologias associadas à IA em seis setores (agricultura, pecuária, óleo e gás, mineração e extração, transporte e comércio, e setor público).

Assim como a população ocupada total contraiu em todos os cenários simulados (Tabela 3), também foi observada, de forma geral, contração na demanda total por mão de obra (i) em quase todos os setores, com exceção do setor de transporte e comércio e do setor público (ambos associados ao setor de serviços); (ii) também em quase todos os cenários simulados (exceção para o setor

de transporte e comércio no Cenário 26); e (iii), quanto mais intensa a incorporação da IA, mais intensa (em módulo) foi a resposta sobre a força de trabalho (Tabela 4). Esse resultado está alinhado com aquele sugerido pela literatura em que as atividades agropecuárias e industriais devem sentir os impactos sobre a sua população ocupada de forma mais adversa que o setor de serviços – que pode até expandir a sua demanda por mão de obra, como foi observado em todas as simulações para o caso brasileiro.

Tabela 4 - VARIAÇÃO ACUMULADA DA POPULAÇÃO OCUPADA POR SETOR PARA CADA CENÁRIO AO LONGO DE 15 ANOS (EM %)

CENÁRIO 05			
SETOR	MENOS QUALIFICADOS	MAIS QUALIFICADOS	TOTAL
AGRICULTURA	-2.58	-3.01	-2.65
PECUÁRIA	-1.32	-1.93	-1.42
ÓLEO E GÁS	-1.96	-2.42	-2.26
MINERAÇÃO E EXTRAÇÃO	-1.74	-2.50	-2.11
TRANSPORTE E COMÉRCIO	-1.54	1.93	0.15
SETOR PÚBLICO	1.04	0.21	0.31

CENÁRIO 10			
SETOR	MENOS QUALIFICADOS	MAIS QUALIFICADOS	TOTAL
AGRICULTURA	-5.55	-6.49	-5.69
PECUÁRIA	-2.63	-4.00	-2.87
ÓLEO E GÁS	-4.45	-5.46	-5.11
MINERAÇÃO E EXTRAÇÃO	-3.86	-5.51	-4.66
TRANSPORTE E COMÉRCIO	-3.50	4.47	0.37
SETOR PÚBLICO	2.34	0.39	0.63

CENÁRIO 26			
SETOR	MENOS QUALIFICADOS	MAIS QUALIFICADOS	TOTAL
AGRICULTURA	-19.54	-21.55	-19.83
PECUÁRIA	-5.98	-9.29	-6.56
ÓLEO E GÁS	-21.49	-23.57	-22.85
MINERAÇÃO E EXTRAÇÃO	-16.88	-20.43	-18.61
TRANSPORTE E COMÉRCIO	-11.71	10.91	-0.71
SETOR PÚBLICO	7.87	2.72	3.35

As conclusões anteriores (contração da população ocupada para todos os setores, com exceção daqueles associados ao setor de serviços) também são válidas ao desagregar a força de trabalho pelo nível de qualificação da mão de obra (a única exceção é a mão de obra menos qualificada de transporte e comércio, que, por sua vez, também se contraiu).

Enquanto os resultados sobre a população ocupada foram relativamente homogêneos, os impactos simulados sobre a remuneração média real da população ocupada por setor foram notadamente heterogêneos. Enquanto, para a população ocupada total, o aumento da remuneração se deu em maior intensidade para os mais qualificados em todos os cenários avaliados (Tabela 3), ao desagregar esses choques no nível setorial, essa dinâmica não é constante entre os setores (Tabela 5).

Por um lado, há setores em que a remuneração da mão de obra mais qualificada aumentou mais que da mão de obra menos qualificada (agricultura, mineração e extração e setor público); por outro, há setores em que os resultados finais foram exatamente opostos (pecuária, óleo e gás, e transporte e comércio). Ainda assim, é importante destacar que foi justamente no setor público, o segmento no qual a introdução de IA expandiu a demanda por mão obra de forma mais intensa, que a remuneração aumentou de forma menos acentuada; na realidade, para os menos qualificados, houve,

inclusive, contração dos salários. Esse resultado está alinhado com a literatura, para a qual é o setor de serviços que acaba abrigando a maior fração da força de trabalho liberada pelos demais setores que reduziram a sua demanda por mão de obra devido à maior incorporação de tecnologia.

Tabela 5 - VARIAÇÃO ACUMULADA DA REMUNERAÇÃO REAL MÉDIA POR SETOR PARA CADA CENÁRIO AO LONGO DE 15 ANOS (EM %)

CENÁRIO 05			
SETOR	MENOS QUALIFICADOS	MAIS QUALIFICADOS	TOTAL
AGRICULTURA	0.59	0.71	-6.64
PECUÁRIA	0.74	0.43	6.40
ÓLEO E GÁS	1.32	0.18	4.21
MINERAÇÃO E EXTRAÇÃO	0.54	1.18	5.26
TRANSPORTE E COMÉRCIO	1.16	0.72	53.61
SETOR PÚBLICO	-0.31	0.04	1.32

CENÁRIO 10			
SETOR	MENOS QUALIFICADOS	MAIS QUALIFICADOS	TOTAL
AGRICULTURA	1.27	1.54	7.40
PECUÁRIA	1.48	0.90	7.09
ÓLEO E GÁS	3.00	0.41	4.81
MINERAÇÃO E EXTRAÇÃO	1.20	2.60	6.44
TRANSPORTE E COMÉRCIO	2.64	1.67	55.32
SETOR PÚBLICO	-0.71	0.07	1.33

CENÁRIO 26			
SETOR	MENOS QUALIFICADOS	MAIS QUALIFICADOS	TOTAL
AGRICULTURA	4.49	5.11	10.92
PECUÁRIA	3.38	2.09	8.84
ÓLEO E GÁS	14.53	1.77	8.75
MINERAÇÃO E EXTRAÇÃO	5.25	9.64	12.61
TRANSPORTE E COMÉRCIO	8.84	4.08	60.82
SETOR PÚBLICO	-2.38	0.50	1.64

Provavelmente, a variação da remuneração média total por setor (coluna mais à direita da Tabela 5) chama a atenção, entre outros motivos, devido à intensidade das taxas de crescimento, notadamente no setor de transporte e comércio. Esse resultado é importante para colocar em evidência a necessidade de trabalhar com dados cada vez mais desagregados – quanto mais desagregada for a análise, mais precisos são os resultados. Por exemplo: a forte expansão da remuneração média real no setor de transporte e comércio é decorrente da combinação de um conjunto de fatores: expansão da população ocupada mais qualificada (com remuneração média maior) e contração da população ocupada menos qualificada (com remuneração média menor). Certamente, esse resultado sugere uma ampliação da desigualdade na economia, tal qual já mapeado pela literatura internacional.

Em suma, a inexorável introdução da IA na economia brasileira, analisada neste trabalho em Cenários de crescimento de 5%, 10% e 26% por triênio ao longo de 15 anos a partir de 2018, trará impactos no PIB, no poder de compra da população e na força de trabalho, com o crescimento sistemático do PIB e do poder de compra, derivado do aumento da produtividade dos setores analisados, redução do emprego e de salários nas categorias de baixa qualificação e aumento do emprego e de salários para as categorias de alta qualificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como nas edições anteriores, o Fórum Jurídico de Lisboa finalizou sua sétima edição, com sucesso. Trazendo temas relevantes de interesse a todos e que buscam contribuir com a qualidade de vida e o bem-estar dos cidadãos, o Seminário reuniu, em diversos painéis, juristas acadêmicos, autoridades e especialistas para debater temáticas referentes aos desafios do Estado sob a perspectiva da Justiça e da Segurança durante os três dias de evento.

O tema central desse evento destacou os valores pertencentes à prática do Direito. A palavra “justiça” vem do latim, *justitia*, tendo como princípio básico que todos são iguais perante a lei. Para haver justiça efetiva, deve-se garantir os direitos civis, políticos e sociais aos cidadãos. No que tange à segurança, as Constituições brasileira e portuguesa apresentam-na como direito fundamental e social, respectivamente, o que significa que a segurança é necessária para que o indivíduo possa se desenvolver e viver pacificamente em sociedade. Assim, o desafio de discutir ações e políticas preventivas planejadas, tendo em mente a Justiça para aprimorar a segurança, foi efetivamente assumido e ultrapassado.

Com foco nesses temas, a segurança pública foi abordada como uma questão que engloba vários aspectos relacionados ao dever do Estado de assegurar o direito de ir e vir de todos os cidadãos. É importante ressaltar o desafio de elaborar uma política inteligente, de longo prazo e que atenda aos fins propostos. Notáveis especialistas discorreram sobre a reforma do processo, a justiça tributária e a arbitragem, assuntos que tratam de meios alternativos de solução de conflitos. Ainda foram debatidos tópicos como os custos em segurança no Brasil, financiamento da seguridade social, execução penal e crise penitencial, ativismo na justiça constitucional, entre outros. Questões relacionadas ao uso do meio digital foram bastante exploradas no Fórum, mostrando como o avanço da tecnologia vem conectando as mais diversas áreas do conhecimento.

Para finalizar, vale ressaltar que é de extrema importância que Brasil e Portugal, países próximos historicamente, mas com características particulares na esfera econômica, política e social, dialoguem com frequência. Fizeram parte do escopo do evento a valiosa cooperação, a troca de experiências e o conhecimento relativo a cada país, com o fomento de debates acadêmicos, a fim de suscitar políticas públicas de melhoria e desenvolvimento de projetos em comum. Dessa forma, o VII Fórum Jurídico de Lisboa possibilitou o estreitamento de laços e proposições de melhorias para ambas as nações.

idp

CJP  **U** **CIDP**
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

FGV CONHECIMENTO
CENTRO DE INOVAÇÃO,
ADMINISTRAÇÃO E PESQUISA
DO JUDICIÁRIO