

conceito jurídico

ano I | | fevereiro de 2017 | nº 02



Vinicius Chaves

Sustentabilidade, empresa
e governança **p. 50**

conceitojuridico.com

Exemplar de assinante. Venda proibida.



zakarewicz
editora



O exercício do poder e a necessidade de limites



TENDÊNCIAS

Gustavo Filipe B. Garcia

Tendências da reforma
trabalhista no sistema capitalista



CONTEXTO

Ives Henrique Hübert

Precisamos de um novo
Código Comercial?



IN VOGA

Fernando Rodrigues Rocha

A responsabilidade civil do Estado por
homicídio praticado por detentos e foragidos

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

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

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

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

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luiz Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

revistaconceitojuridico@gmail.com

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

ANÚNCIOS

revistaconceitojuridico@gmail.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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



zakarewicz
editora



Caro leitor,

Após dez anos à frente do Grupo CONSULEX, um dos mais expressivos do Brasil no setor de publicações de manuais e periódicos jurídicos, seguiremos novos rumos.

Vale registrar que o legado de um trabalho editorial inovador, que não se ateve apenas à veiculação de métodos únicos de indexação da legislação, jurisprudência e doutrina, mas, principalmente, preocupou-se em debater os mais relevantes e polêmicos temas da sociedade, antevendo importantes decisões, tomadas posteriormente pelos tribunais superiores, pois um novo momento se anuncia próspero, evidenciando a rica experiência que inspirou-me a criar a revista CONCEITO JURÍDICO.

Certamente, o novo periódico se constituirá em um dos principais instrumentos de trabalho do profissional do Direito, como fonte de atualização jurídica e de outros campos do conhecimento, a saber: Sociologia, Filosofia, Antropologia, Psicologia, Ciência Política, Economia, além de Marketing, transformando as velhas discussões em torno da Ciência do Direito em jornalismo transdisciplinar.

Um futuro inovador na área editorial começa a desenhar-se para quem quer estar em sintonia com a atualidade do saber na mesma velocidade em que são geradas as informações. A sociedade brasileira contará com uma excelente oportunidade para acessar conteúdos criativos e responsáveis em plataforma digital, o que muito contribuirá para o engrandecimento da cultura nacional e, em especial, do homem enquanto ser moral.

O desafio de oferecer um novo produto de excelência ao leitor não é pequeno, mas possível de ser concretizado quando se tem como lema o respeito, a disciplina e a responsabilidade pelo trabalho a ser realizado. Juntos – parceiros, colaboradores e amigos – trilharemos um caminho vitorioso, como o de meu pai e mestre Luiz Fernando Zakarewicz (1946-2008), fundador do Grupo Consulex.

Neste ponto, cumpre assinalar o reconhecimento pessoal de que o sucesso de uma nova empreitada não se faz com mãos únicas, mas, sim, com a união de muitas outras em torno de um ideal comum, que é oferecer ao mercado de publicações jurídicas uma revista inigualável em termos de qualidade e variedade de disciplinas, como a CONCEITO JURÍDICO foi idealizada.

Que a diversidade de saberes promova o diálogo plural almejado pela revista que acaba de nascer!

Adriana Zakarewicz

SUMÁRIO

3 Editorial

8 WhatsApp e investigação criminal:
reserva de jurisdição e
entendimento do STJ

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

Eduardo Luiz Santos Cabette

14 Alimentos transgênicos e o
princípio da precaução

DIREITO E BIOÉTICA

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

20 Deveria o foro privilegiado
ser extinto?

DESTAQUE

Rubens Glezer

47 A responsabilidade civil do
Estado por homicídio praticado
por detentos e foragidos

IN VOGA

Fernando Rodrigues Rocha

56 Reflexões sobre a possibilidade
de conservação dos efeitos das
decisões proferidas pelo juízo
absolutamente incompetente
nos Juizados Especiais Cíveis

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Júlia Maria Silva Ferraz

6 Muito além da anistia

Fernando Brandini Barbagalo

PROPOSTAS E
PROJETOS

11 Reformas

Armando Castelar

PAINEL ECONÔMICO

17 O crime nosso de cada dia

Sérgio Gurgel

PAINEL DO LEITOR

22 O exercício do poder e a
necessidade de limites

CAPA

Ives Gandra da Silva Martins

50 Sustentabilidade, empresa
e governança

ESPECIAL

Vinícius Chaves

62 Mais do mesmo e a
cortesia com chapéu
alheio das MP's

ENFOQUE

Paulo Sérgio João

64 Tendências da reforma trabalhista no sistema capitalista

TENDÊNCIAS

Gustavo Filipe Barbosa Garcia

67 O princípio do ladeamento constitucional entre a advocacia privada e a Defensoria Pública

VISÃO JURÍDICA

Maurilio Casas Maia

70 Infraestrutura e risco cambial: como descongelar investimentos

CONJUNTURA

Eduardo Salomão Neto

73 Precisamos de um novo Código Comercial?

CONTEXTO

Ivens Henrique Hübert

76 Certidão de regularidade fiscal na recuperação

PORTAL JURÍDICO

Adriana Nogueira Tôres

78 Contratos associativos e novas regras do Cade

DOCTRINA

Eduardo Caminati Anders,
Leda Batista da Silva e
Guilherme Teno Castilho
Missali

80 Poder Judiciário como agente de retrocesso ambiental hermenêutico

PONTO DE VISTA

Marcelo Kokke

ESPAÇO RESERVADO PARA APOIADORES

Muito além da anistia

■ POR FERNANDO BRANDINI BARBAGALO

“O Projeto de Lei nº 4850/2016, se aprovado com a inclusão da emenda, além de revelar patente casuísmo criaria incerteza quanto à aplicação de diversos institutos, na medida em que, pela forma genérica como redigida, impossibilitaria a determinação de sua influência sobre outros dispositivos legais.”



DIVULGAÇÃO

O texto do Projeto de Lei nº 4850/2016, que trata das medidas anti-corrupção, em nenhum momento, em sua redação original, trata de anistia para crimes praticados por agentes públicos. Há a inovadora criminalização do chamado caixa dois nos arts. 32-A e 32-B, a serem acrescentados à Lei nº 9.504/1997.

O caixa dois, como lembrou a ministra Carmem Lúcia no julgamento do Mensalão, já era crime, mas não um crime próprio, utilizava-se para tipificação o art. 350 do Código Eleitoral, pois se tratava de omissão de valores (que deveriam constar) em documentos eleitorais, uma espécie de falsidade ideológica eleitoral.

Agora, foram descritas as condutas consideradas criminosas. Como se trata de uma inovação, a referida lei penal não pode retroagir para atingir fatos praticados anteriormente à sua entrada em vigor por proibição expressa da Constituição (art. 5º, XL). Isso, na realidade, não cria qualquer tipo de anistia. A impossibilidade de punição decorre da proibição da lei penal incriminadora ser aplicada a fatos pretéritos.

Contudo, a proibição de retroatividade, por óbvio, não se aplica a outros crimes eventualmente praticados para obtenção de recursos “não contabilizados” para as campanhas, ou seja, se o agente público participou de algum ato de corrupção, por exemplo, e utilizou a propina em sua campanha, não poderá ser processado pelo “novo” crime de caixa dois, mas poderá ser processado por corrupção passiva (art. 317, CP).

Caso se queira realmente criar anistia para essas infrações conexas, a extensão para esse tipo de delito deverá constar expressamente no corpo da lei. Por se tratar de matéria excepcional, o ideal seria o tratamento em lei própria e não inserida em texto legal junto a outras diversas matérias.

Divulgou-se pela imprensa uma “emenda plenária” (sem indicação de autoria), para ser incluída “onde couber”, a qual pretende afastar a punição do caixa dois no âmbito criminal, civil ou eleitoral.

Trata-se de inovação questionável, já que ultrapassa o aspecto criminal, adentrando em questões cíveis e eleitorais e, ainda assim, o faz sem qualquer referencial, limite ou orientação.

O projeto de lei, se aprovado com a inclusão da referida emenda, além de revelar patente casuísmo criaria incerteza quanto à aplicação de diversos institutos, na medida em que, pela forma genérica como redigida, impossibilitaria a determinação de sua influência sobre outros dispositivos legais, podendo impactar, por exemplo, no processo em análise no TSE sobre a prestação de contas de campanha eleitoral do atual e da ex-presidente da República, já que a realização de caixa dois também é ilícito eleitoral punível com a sanção de cassação do mandato (art. 30-A, § 2º, Lei nº 9.504/1997). E como ficaria a responsabilidade civil das empresas envolvidas em situação de caixa dois? Deixaria de existir para os fatos passados? Os eventuais acordos de leniência realizados com base na Lei nº 12.846/2012 perderiam sua exequibilidade? Os possíveis reflexos jurídicos decorrentes da aprovação da referida emenda são imensuráveis e seriíssimos.

A anistia sempre foi reservada para casos de ruptura ou grave crise institucional, para apaziguar ânimos e evitar possíveis injustiças. Assim, não deveria ser utilizada indevidamente para beneficiar agentes estatais possivelmente envolvidos em ilícitos, sob pena de total desvirtuamento deste excepcional instituto democrático. **■**



FERNANDO BRANDINI BARBAGALO é juiz de direito do TJDF, professor de Direito Penal e Processo Penal da ESMA-DF, da Escola de Formação Judiciária do TJDF, da UNIP-DF. Foi juiz eleitoral entre 2014 e 2016.

WhatsApp e investigação criminal: reserva de jurisdição e entendimento do STJ

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“A ordem de busca e apreensão de um celular somente pode ter por finalidade a pesquisa de seu conteúdo. Afora isso, seria um ato despido de sentido.”



A chamada interpretação progressiva ocorrerá quando um dispositivo de lei for submetido a atualização por via interpretativa, sempre que houver uma alteração nas circunstâncias sociais e esse dispositivo permitir uma ampliação ou restrição de sentido.

Um exemplo prático dessa interpretação progressiva e ampla do dispositivo encontra-se na decisão do STJ no HC 51.531-RO (2014/0232367-7), tendo como relator o ministro Nefi Cordeiro, equiparando mensagens de texto e conversas via WhatsApp a comunicações

telefônicas de qualquer natureza preconizadas pela Lei nº 9.296/1996 e que exijam ordem judicial para acesso e transcrição, sob pena de ilicitude probatória.

Assim se manifestou o ministro:

Nas conversas mantidas pelo programa WhatsApp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial [...]. Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

O “*decisum*” paradigmático em análise já gera frutos nos Tribunais Estaduais. Veja-se a seguinte decisão:

Direito Processual Penal. Prova. Realização de interceptação de comunicação telefônica, informática ou telemática, ou quebra de segredo de justiça sem autorização judicial. Teoria dos frutos da árvore envenenada. 1. Declaro, de ofício, a nulidade das provas obtidas pelo aplicativo WhatsApp por ausência de autorização judicial (Precedente STJ – RHC 51.531 – RO, 6ª. Turma) 2. Impõe-se a rescisão do julgado quando este for contrário à evidência dos autos, desclassificando-se para o artigo 28, da Lei de Drogas, com remessa da ação penal ao Juizado Criminal, prejudicado o exame das demais teses. 3. Ação revisional julgada parcialmente procedente” (TJGO – S. Crim – Rev. Crim. 428199 – 19.2015.8.09.0000 – rel. Lilia Monica de Castro Borges Escher – j. 21.09.2016 – public. 03.10.2016).

Seguindo o raciocínio pretoriano, Melo e Silva (2016) aduz que:

Nesses casos, o direito à privacidade não pode ser mitigado em razão do constante e crescente desenvolvimento tecnológico que transformou os celulares em verdadeiros micro-computadores, em que é possível enviar mensagens de texto, acessar a internet, verificar e enviar e-mails e, o mais utilizado ultimamente, enviar mensagens por meio de aplicativos utilizando a internet, que funcionam como verdadeiros e-mails vinculados a uma conta telefônica. [...] Daí por que a inquestionável disponibilização e o crescente uso desses artefatos tecnológicos da sociedade já demarcaram a mudança de paradigma no mundo do armazenamento e da comunicação de dados e informações. Por isso, essa atual realidade está a exigir nova perspectiva hermenêutica da legislação que disciplina a garantia da privacidade. E assim deve ser porque as garantias fundamentais dadas aos cidadãos, consagradas na Carta Magna de 1988, devem, em função desse novo quadro da tecnologia das comunicações, ser vistas com o olhar do século XXI, para frente, em uma visão prospectiva.

O mesmo autor lembra importante marco para reforçar esse entendimento. Trata-se da Lei nº 12.965/2014, que prevê em seu artigo 7º, incisos I a III, o seguinte:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;


III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas, armazenadas, salvo por ordem judicial.

Observe-se que, no caso do WhatsApp e outros aplicativos similares, inclusive as comunicações “armazenadas” e não somente aquelas em “fluxo” são resguardadas por reserva de jurisdição, fator que revela o acerto da doutrina e das decisões jurisprudenciais expostas. Essa reserva, portanto, emana tanto da Constituição Federal (artigo 5º, incisos X e XII) como da legislação ordinária específica (artigo 7º, I, II e III da Lei nº 12.965/2014).

Tenha-se em mente que, atualmente, por meio de um aparelho celular, é viável acessar o conteúdo de conversas e comunicações em geral, como potencial violador da intimidade ainda maior do que o mero acesso a conversas telefônicas que são breves e não deixam registro escrito. O acesso a um celular pode dar conhecimento não somente de comunicações verbais e escritas, mas até mesmo de dados bancários, fotos, documentos, filmagens, mídias em geral. A situação chega a configurar, no dizer de Melo e Silva (2016, p. 13), uma verdadeira “interceptação previamente degravada” a que os órgãos investigativos têm acesso para simples leitura.

Citando o escólio de Knunik (2014, p. 179), pode-se dizer o “novo paradigma tecnológico” conduz a uma necessária “proteção ao direito probatório de terceira geração”. Nesse passo, “e – mails ou conversas instantâneas através da internet não podem ser consideradas ‘cartas abertas’ nas mãos da polícia”.

Por outra banda, o mesmo STJ, no RHC 75.800, julgado pela sua 5ª Turma, decidiu que, se houver ordem de busca e apreensão do celular, está implícita a verificação do conteúdo de quaisquer mensagens, ligações, textos, fotos, imagens etc. A ordem judicial de busca e apreensão, por consequência lógica, permitiria o acesso aos dados. Este foi o argumento do ministro relator, Felix Fischer, ao afirmar que a ordem de busca “não possui irregularidades e permite a coleta de mensagens”. Outro argumento foi o de que a busca do celular seria inútil se não houvesse o direito de acesso aos dados, já que o aparelho em si, “desprovido de conteúdo”, não tem serventia “como prova criminal” (RODAS, online).

Efetivamente, razão assiste ao STJ, pois a ordem de busca e apreensão de um celular somente pode ter por finalidade a pesquisa de seu conteúdo. Afora isso, seria um ato despido de sentido. Seria o mesmo que afirmar que a ordem de busca e apreensão de uma arma não tem implícita a autorização para a realização de exames periciais no armamento. 

REFERÊNCIAS

- KNUNIK, Danilo. *Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. A trilogia Olmstead – Katz – Kylo: o artigo 5º. da Constituição Federal do século XXI*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- MELO E SILVA, Philippe Benoni. A interceptação previamente degravada verificada a posteriori. *Boletim IBCCrim*. n. 289, p. 11-14, dez., 2016.
- RODAS, Sérgio. Busca e apreensão de celular autoriza o acesso a dados de mensagens, diz STJ. Disponível em www.consultorjuridico.com.br. Acesso em: 23 dez. 2016.



ARQUIVO PESSOAL

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

Reformas

■ POR ARMANDO CASTELAR

“Para podermos avançar, o debate sobre reformas não deve estar alienado da política. Não no sentido de que o Brasil precise, para isso, mudar as instituições políticas, mas sim de que é preciso trabalhar com a política na defesa de instituições econômicas mais favoráveis ao crescimento.”



DIVULGAÇÃO

Reformas e retomada do crescimento são temas que há tempos andam juntos. Uma pesquisa no Google com estas três palavras dá cerca de 517 mil resultados, a maioria apontando a necessidade de haver reformas para o Brasil retomar o crescimento.

A relação entre os dois temas passa pelo desempenho da produtividade. As estimativas mostram que no Brasil a razão PIB por trabalhador cresceu entre 0,0% e 0,2% ao ano, em média, de 1980 a 2016. Com o fim do bônus demográfico, no final desta década, se mantivermos esse péssimo desempenho o Brasil entrará em uma rota de queda ou, pelo menos, estagnação da renda *per capita*.

Obviamente, esse não é um cenário promissor. E a preocupação com ele não vem de hoje, já que em meados dos anos 1980 se reconheceu a necessidade de reformas para substituir o modelo econômico adotado a partir dos anos 1930, que se mostrava incapaz de sustentar o aumento da produtividade observado nas décadas anteriores.

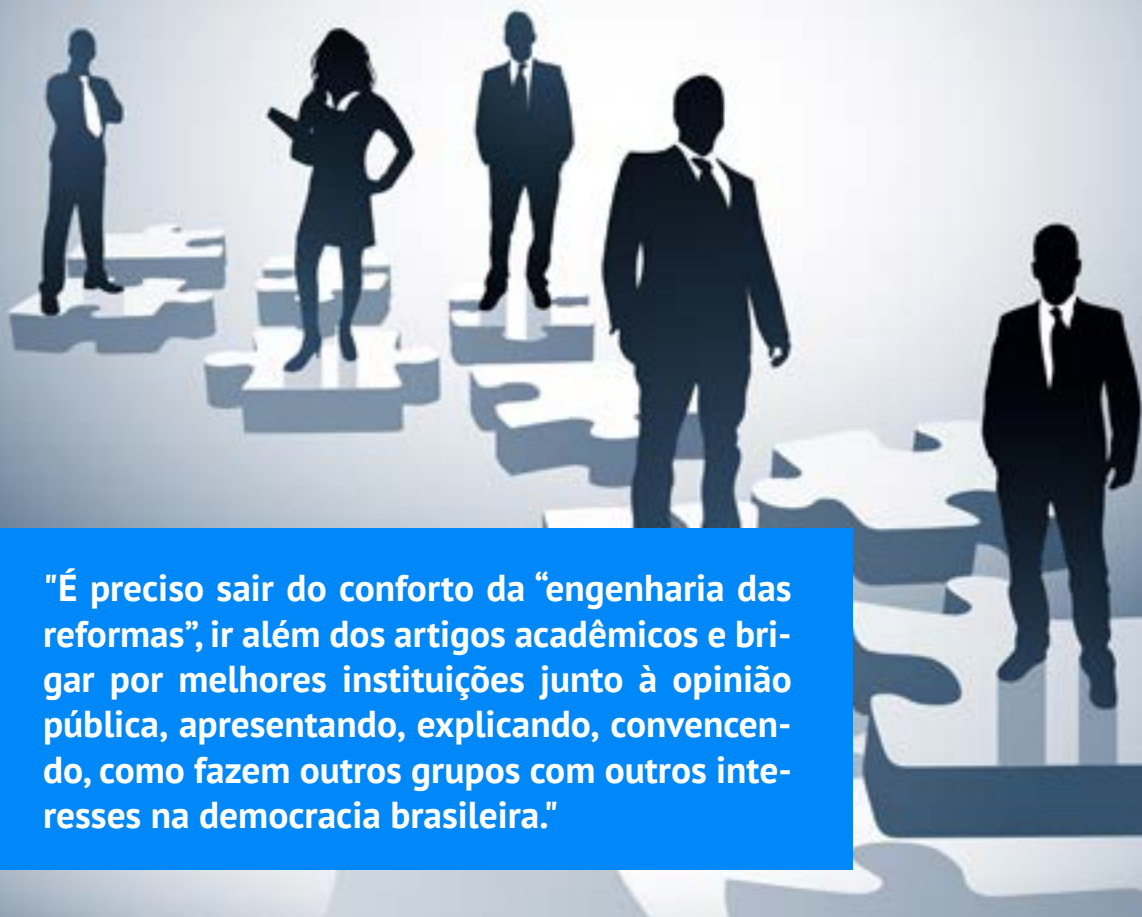
Essa constatação motivou inúmeras reformas nos últimos três decênios, com especial concentração entre 1990 e 2004. O espaço é curto para listar tudo o que foi feito, mas se pode citar o fim da alta inflação (Plano Real), a abertura externa do comércio e da conta de capital, a privatização, o fim de inúmeros monopólios, o saneamento do sistema financeiro e a desregulamentação da atividade econômica.

Individualmente, cada reforma trouxe importantes benefícios, mas no todo elas foram insuficientes para acelerar a alta da produtividade. O diagnóstico feito à época foi que isso só aconteceria após outra rodada de reformas, esta mais voltada para criar ou melhorar as instituições econômicas. Foi a fase de criar agências reguladoras e leis de defesa da concorrência e do consumidor; reformar o Judiciário, implantar a regulação financeira e a lei de falências; criar o cadastro positivo; melhorar a qualidade das garantias de crédito etc. O resultado foi igual: reformas individualmente importantes, mas incapazes de acelerar a produtividade.

Por que essas reformas foram incapazes de recolocar o país em uma rota de crescimento? Daron Acemoglu e James Robinson oferecem uma resposta a esta pergunta no seu bom livro “Why Nations Fail”. Para eles, ainda que positivas em si, as reformas não funcionaram em virtude de não ter ocorrido uma mudança comparável nas instituições políticas, já que mesmo quando as reformas foram adotadas o seu objetivo foi subvertido ou os políticos usaram outros caminhos para amortecer seu impacto.

De fato, no Brasil as reformas foram apenas parciais e sujeitas a reversões, já que o país permanece com uma economia muito fechada, o setor estatal é um grande empregador, os bancos públicos são os principais responsáveis pelo crédito, a insegurança jurídica é elevada e a regulação pública é um grande peso para empresas e indivíduos. Além disso, o setor público aumentou muito de tamanho desde então, mas pelo lado do gasto público e da tributação.


Isto posto, o que fazer? É aqui que, no meu entender, Acemoglu e Robinson generalizam incorretamente a sua análise. Seu raciocínio, que se propõe a explicar o (sub)desenvolvimento em toda parte, segue em três etapas: (i) são as instituições econômicas que determinam “se um país é pobre ou próspero, (mas) são a política e as instituições políticas que determinam que instituições econômicas um país tem”; (ii) os poderosos e o resto da sociedade vivem em conflito com aqueles querendo manter instituições que protegem o seu poder e restringem o crescimento



“É preciso sair do conforto da “engenharia das reformas”, ir além dos artigos acadêmicos e brigar por melhores instituições junto à opinião pública, apresentando, explicando, convencendo, como fazem outros grupos com outros interesses na democracia brasileira.”

e o resto da sociedade querendo o oposto; e (iii) instituições favoráveis ao crescimento em geral só surgem após crises em que as elites são depostas ou muito enfraquecidas e o resto da sociedade consegue se impor.

Usando essa lógica, Acemoglu e Robinson defendem que, graças à ascensão de Lula e o PT ao poder, o Brasil já havia superado a terceira fase desse processo e estava em rota segura em direção ao desenvolvimento! O erro dos autores foi embarcar na lógica fácil de culpar as elites por todos os males, fator que pode servir à retórica política, mas não a uma análise mais séria do mundo real. Neste, a política é bem mais complexa que o simples “nós contra eles”. Sobre isso, recomendo o recém-lançado “Liberais e Antiliberais: A Luta Ideológica do Nosso tempo”, de Bolivar Lamounier (Cia das Letras, 2016).

Isso não desqualifica, porém, o ponto de que são boas instituições econômicas que levam ao desenvolvimento e que é a política que determina essas instituições. Para podermos avançar, o debate sobre reformas não deve estar alienado da política. Não no sentido de que o Brasil precise, para isso, mudar as instituições políticas, mas sim de que é preciso trabalhar com a política na defesa de instituições econômicas mais favoráveis ao crescimento. Para isso, é preciso sair do conforto da “engenharia das reformas”, ir além dos artigos acadêmicos e brigar por melhores instituições junto à opinião pública, apresentando, explicando, convencendo, como fazem outros grupos com outros interesses na democracia brasileira. 

ARQUIVO PESSOAL



ARMANDO CASTELAR PINHEIRO é coordenador de Economia Aplicada do IBRE/FGV e professor do Instituto de Economia da UFRJ. Anteriormente, ele trabalhou como analista na Gávea Investimento, pesquisador do IPEA e chefe do Departamento Econômico do BNDES. Castelar é Ph.D em Economia pela University of California, Berkeley, Mestre em Administração pela COPPEAD/UFRJ e em Estatística pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA), e engenheiro eletrônico pelo Insituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA).

Alimentos transgênicos e o princípio da precaução

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



DIVULGAÇÃO

“Recentemente, a Câmara dos Deputados votou e aprovou projeto de lei que visa abolir os rótulos indicadores de produtos transgênicos, colocados à venda para o consumidor final, que ficará totalmente desinformado a respeito da transgenia. Diante de tal imbróglio e até mesmo da insegurança do consumidor, forçoso é lançar mão do princípio da precaução que recomenda as cautelas necessárias para preservar o homem e a natureza com relação às atividades desenvolvidas pela biotecnologia.”

Quando a gente pensa que os cientistas durante muitos séculos se debruçaram sobre o corpo humano para fazer a detalhada leitura de seus órgãos e funções, causa certa perplexidade a descoberta, agora anunciada, a respeito da pesquisa que concluiu ser o mesentério um órgão único e contínuo. Principalmente quando a biotecnologia, voltada para proporcionar melhores condições de saúde e vida ao homem, procura fazer a decodificação de seu DNA e penetra profundamente nos mistérios das células, com a intenção de revitalizá-las por mais tempo do que o programado geneticamente. A estranheza vem do tempo que se levou para se ter uma informação conclusiva, levando-se em consideração que Leonardo da Vinci foi o primeiro a apresentar escritos a respeito da anatomia do corpo humano e neles inseriu o mesentério. Isso no início do século XVI. E, somente agora, com um imenso arsenal tecnológico à disposição dos pesquisadores é revelada a grande nova.

Vale também nesta introdução, com a mesma sensação, observar que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorizou o registro do primeiro medicamento à base de *cannabis sativa*, que leva o nome de Mevatyl, contendo tetraidrocanabinol e canabidiol, princípios ativos da maconha, indicado aos pacientes com esclerose múltipla.

É indiscutível a complexidade do corpo humano. Quanto maior a compreensão a respeito desta fabulosa máquina, mais o homem acrescenta informações a seus conhecimentos e até mesmo faz a revisão de algum dado erroneamente formatado. É interessante observar que o corpo humano e sua estrutura continuam sendo os mesmos, enquanto que o homem, em razão da evolução natural, vai adquirindo novos costumes, principalmente quando abandona a alimentação natural e a substitui por outra, tecnicamente ajustada para o seu bem-estar, segundo as recomendações das pesquisas alimentares.

Há dois anos, aproximadamente, a França publicou os resultados de uma pesquisa, que vinha sendo desenvolvida em sigilo, por um período de 24 meses de testes com ratos que se alimentavam com milho transgênico. Foram utilizados cerca de 200 animais, divididos em três grupos, sendo o que consumia milho transgênico justamente o que apresentou a maior taxa de mortalidade, com a frequência de câncer duas ou três vezes maior dos que não consumiram o alimento modificado. As fêmeas apresentaram tumores de mama, enquanto os machos insuficiências renal e hepática.

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.195/2005) permite a utilização dos alimentos transgênicos que, em objetiva definição, são aqueles modificados geneticamente em laboratórios, com a inserção de um material genético de outro organismo, visando aumentar a produção, melhorar o conteúdo nutricional e proporcionar maior resistência e durabilidade. Seria, de uma forma menos científica, o encontro de DNAs entre organismos que jamais teriam chances de cruzamento.

Uma das finalidades da Lei de Biossegurança é controlar os riscos das tecnologias utilizadas nos laboratórios, tutelando não só a saúde humana como também o meio ambiente. É o caso, por exemplo, de controlar os fabricantes de agroquímicos quando produzem sementes com plantas inseticidas e que podem provocar danos à saúde humana e à biodiversidade, como as culturas de milho, soja e algodão no Brasil, que é um dos maiores produtores de transgênicos do mundo.


É certo que o plantio de alimentos transgênicos no Brasil, apesar de autorizado, guarda certa desconfiança por parte da população. Isto porque os estudos favoráveis geralmente são elaborados por três ou quatro gigantes que dominam o mercado de sementes e, pelo lado crítico, as informações são insuficientes, sem um consenso científico a respeito de eventuais danos da transgenia.

Analisando do ponto de vista produtivo, pode-se até concluir que a inovação traz dividendos consideráveis, com um custo menor e uma distribuição mais abrangente de alimentos, com sérios propósitos de se combater a fome que assola a humanidade. Mas, não se pode abandonar a ideia de que são geneticamente modificados, com a utilização de diferentes organismos, e de que pairam dúvidas a respeito de sua eficácia alimentar, conforme se observa nos vários estudos realizados a respeito do assunto. Tal fato faz com que uma densa nuvem nebulosa provoque incerteza a respeito de futuros danos que possam causar à vida humana. Pode até ser que no presente não tragam qualquer malefício à saúde, porém, ao longo do tempo, com a utilização prolongada, poderão comprometê-la.

O ser humano, de acordo com o princípio bioético da beneficência (*primum non nocere*) ou da não maleficência (*malum non facere*) é destinatário de todas as produções científicas que possam trazer benefícios à sua saúde, incluindo aqui até mesmo sua base alimentar. E o sinal verde para a utilização é proclamado pelos órgãos responsáveis pela saúde humana, podendo ser citada a Organização Mundial de Saúde (OMS), que faz a avaliação e o aconselhamento necessário, justamente para que o homem possa fazer uso com as garantias precisas, ingressando, desta forma, em terreno de certeza com relação à vida humana.

No Brasil, a título de exemplo, é permitida a venda de cigarro, porém vem expressa a advertência de que o tabaco provoca danos ao organismo humano, podendo até mesmo acarretar a morte. Com relação aos alimentos transgênicos, respeitando a norma protetiva do consumidor, que estabelece a obrigatoriedade de informar de maneira clara sobre os diferentes produtos, composição e riscos que oferecem, assim como a determinação da Lei de Biossegurança, e a previsão contida no Decreto nº 4.680/2003, os rótulos dos alimentos com OGM trazem um triângulo amarelo preenchido com a letra “T”.

Ocorre que, recentemente, a Câmara dos Deputados votou e aprovou projeto de lei que visa abolir os rótulos indicadores de produtos transgênicos, colocados à venda para o consumidor final, que ficará totalmente desinformado a respeito da transgenia. O projeto aguarda apreciação pelo Senado.

Diante de tal imbróglio e até mesmo da insegurança do consumidor, forçoso é lançar mão do princípio da precaução que recomenda as cautelas necessárias para preservar o homem e a natureza com relação às atividades desenvolvidas pela biotecnologia, principalmente contra os riscos potenciais que ainda não podem ser identificados em razão do lento caminhar das pesquisas e conclusões que sejam satisfatórias. 



ARQUIVO PESSOAL

EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado, Mestre em Direito Público, Pós-doutor em Ciências da Saúde, advogado, reitor da Unorp, membro *ad hoc* da CONEP/CNS/MS.



O CRIME NOSSO DE CADA DIA

■ POR SÉRGIO GURGEL

Recentemente, transcendemos aos limites do macabro diante das sucessivas rebeliões ocorridas na região Norte do Brasil. Como efeito, contabilizamos dezenas de pessoas queimadas vivas, decapitadas, além de cadáveres vilipendiados. Houve quem achasse pouco e pedisse mais.

Ao longo da vida nos acostumamos a coexistir com uma infinidade de crendices, jargões e ditados populares. Havendo sempre alguém para reproduzi-los em todos os cantos, muitas vezes acabamos sucumbindo a algumas dessas ideias sem qualquer avaliação lógica ou racional. Exemplo disso é o que se revela pela “frase feita” de que não devemos misturar nossas paixões políticas e ideológicas com religião. No âmbito do Direito, nada mais comum do que essa advertência, embora desprovida de conteúdos histórico, sociológico e, como não podia faltar, religioso.

Gandhi chamava de tolo a todo aquele que achava ser possível desassociar política de religião. Em certa ocasião expôs o que viria a se tornar uma dos seus mais famosos pensamentos: “quem acredita que religião e política não se misturam, não conhece nem uma coisa nem outra”. No contexto da política estão inseridas as questões jurídicas. Logo, tudo se entrelaça às doutrinas religiosas que afetam nossa análise valorativa sobre todas as coisas, em suma, nossa visão de mundo. Nada, absolutamente nada fica imune.

As bases científicas da ciência do Direito edificadas no mundo ocidental guardam total correspondência com as relações sociais desenvolvidas durante a dominação romana. No seio do império, os profetas anunciavam a vinda do messias, como acreditava o povo da Palestina, mas somente parte dele reconheceu Jesus como sendo o Cristo, de acordo com o que previam as escrituras. Os poucos anos de pregação que afrontaram a ordem jurídica estabelecida foram o bastante para o julgamento e condenação de Jesus às penas cruéis. Aos fiéis, o milagre da ressurreição não deixaria dúvidas quanto à sua divindade: o homem de Nazaré era Jesus Cristo. A partir de então, Paulo, que havia pertencido ao exército romano, em paralelo aos apóstolos, procurou difundir a filosofia cristã por todos os cantos do império e fora dele com suas cartas que antecederam os Evangelhos. Não obstante as incessantes perseguições e assassinatos, o cristianismo foi arrastando multidões. Houve tempo, inclusive, de não haver mais árvores para atender à demanda de crucificações, na tentativa de exterminar o que estava destinado a perdurar por mais de dois mil anos.

A escravidão e outras práticas milenares contempladas pelo Direito romano ficaram seriamente prejudicadas diante da concepção de que todos seriam filhos de um único Deus e iguais perante o Seu jugo. E assim, enquanto a cultura romana declinava progressivamente, o cristianismo consolidava-se de forma a resistir às invasões bárbaras e a se adaptar aos novos tempos de trevas, até que as grandes navegações fizessem alcançar as civilizações ultramarinas, como no caso brasileiro.


Nesse longo período de dominação cristã, o estudo da filosofia de Aristóteles, realizada especialmente pelos jesuítas, aperfeiçoou as concepções de dolo e culpa – que nos dias atuais classificamos como elementos subjetivos do tipo incriminador – entre outros ideais que servem de fundamento para diversos institutos do nosso ordenamento jurídico. Por essa razão, quando solicitado a não misturar Direito com religião, digo que sinto muito, pois esse fenômeno precede a minha existência.

No cotidiano forense vejo muitos operadores do Direito se declarando cristãos, englobando desde os mais humildes funcionários da Justiça até os mais notáveis advogados. Independente da interpretação que possam fazer do Evangelho presume-se que devam convergir em uma profunda reflexão inspiradora de um amor universal e misericordioso. Entretanto, não raramente da boca de muitos desses cristãos saem discursos de vingança, sadismo, indiferença, repulsa,

preconceito, entre outras manifestações de ódio. E quando escondidos por detrás de um computador, no vazio das redes sociais, são tomados de cólera e se igualam aos homens que tanto ojerizam, percorrendo no mundo do crime, embora por meio de outras espécies delituosas. Alguns vídeos de linchamento são frequentemente postados na internet e causam um verdadeiro delírio. Os signatários dessas postagens muitas vezes são da área jurídica, muitas vezes religiosos, muitas vezes cristãos. Realmente, “não é o que entra, mas o que sai da boca do homem que o torna imundo”.

Recentemente, transcendemos aos limites do macabro diante das sucessivas rebeliões ocorridas na região Norte do Brasil. Como efeito, contabilizamos dezenas de pessoas queimadas vivas, decapitadas, além de cadáveres vilipendiados. Houve quem achasse pouco e pedisse mais. Seriam eles crentes em Deus ou em Seu Filho, que foi humilhado, açoitado e crucificado? Sabemos que os psicopatas também possuem religião, aliás, o fanatismo religioso configura um dos traços marcantes entre os indivíduos acometidos dessa anomalia. Todavia, quando não estamos diante de um psicótico, o que justificaria tamanho espetáculo esquizoide?

É inerente à postura de um homem letrado o respeito pelo posicionamento alheio, ainda que nenhum consenso possa ser alcançado. Os juristas deveriam se policiar ainda mais quanto a esse aspecto, porque se hoje lhes é permitido o debate, tal privilégio se deve muito às lições de Rousseau e de Voltaire sobre discordar inteiramente do que se diz, mas defender até a morte o direito de dizê-lo. Nesse ambiente, sinto-me na obrigação de ouvir e ponderar todo tipo de discurso, compreender as suas origens, implicações e consequências. Porém, quando as propostas são de ódio, como a institucionalização da tortura, pilhagem, banimento, racismo e execução sumária, apenas sugiro, gentilmente, que não procurem adaptá-las ao cristianismo, pois devemos dar “a César o que é de César, a Deus o que é de Deus”. O verdadeiro cristão não sente orgulho das Cruzadas, da Inquisição, não “malha o Judas”; em vez disso, reza pela remissão dos seus pecados, do mesmo modo que perdoa quem lhe provocou alguma ofensa e para que lhe seja afastado todo o mal, inclusive da tentação da reincidência. Para o crime nosso, há múltiplas interpretações na doutrina e na jurisprudência capazes de justificá-lo, mas para o Pai Nosso só a humildade nos permite compreendê-lo em seu único e irrefutável sentido.

Todo cristão conhece a Bem Aventurança e realmente crê que bem aventurados são aqueles que têm sede de justiça. O sentido de justiça não se confunde com vingança, nem privada, muito menos estatal. Justo é procurar reparar o mal que lhe deu causa e permitir que os outros também o façam, e isso só é possível quando o amor assume a posição de sentimento motivador dos nossos atos. Jamais me esquecerei da resposta de Bertrand Russel sobre o que pensava a respeito do nazismo e do comunismo. Explicou que não acreditava na prosperidade de nenhuma dessas doutrinas, porque tinham como base o ódio, e que esse sentimento jamais levaria alguém a algo construtivo, pelo contrário. A percepção de Russel se adequa exatamente às perspectivas de ordem jurídica. Combater todas as ações negativas ou que se alimentam dos seus nefastos resultados traduz a essência da vocação cristã, seja no mundo jurídico ou em qualquer outra esfera. 



SERGIO R. DO AMARAL GURGEL é advogado criminalista; autor da Impetus Editora; professor de Direito Penal e Processo Penal; palestrante.

Rubens Glezer



Deveria o foro privilegiado ser extinto?

Extinguir o foro privilegiado é o mesmo que tratar uma doença com o remédio errado. Na verdade, seria como iniciar um tratamento que só agravaria o estado de saúde do paciente.

Há limites para o uso da metáfora médica em relação ao sistema político, mas ela é útil nesse caso para explicar o que está em jogo.

Perante os “sintomas” de tendência à impunidade de membros do alto escalão político do país, há razoável consenso no “diagnóstico” de que isso se relaciona com um problema no foro privilegiado. A divergência está nas recomendações de tratamento.

Aparentemente, poucos estariam dispostos a defender o sistema de foro privilegiado tal como posto atualmente. E isso faz todo sentido. A grande dúvida consiste

em se tal instrumento constitucional deveria ser extinto ou simplesmente modificado para que funcione melhor.

Como escolher entre essas duas opções? A resposta depende de uma compreensão adequada da função do instituto, ou seja, de quem se beneficia com o foro privilegiado.

Há quem veja nele apenas uma garantia de estabilidade para ocupantes de cargos públicos. Isso é apenas meia-verdade.

Trata-se de um mecanismo pelo qual detentores de cargos públicos são processados e julgados, em caso de crime, diretamente por tribunais, sem passar por juízes de primeira instância.

O foro também protege os juízes de primeiro nível da pressão que réus ou outros agentes muito poderosos podem exercer sobre eles.

Quando se pensa na extinção do foro privilegiado, tende-se a presumir que teremos centenas de operações da Polícia Federal pelo país.

Todavia, a Lava Jato é uma grande exceção, pois conta com dois fatores cruciais para seu sucesso – o apoio popular e a exposição na mídia. Isso confere à operação uma proteção contra eventuais planos de desmontá-la.

Dada a vastidão do país, a maioria dos juízes não teria como contar com esse suporte nas eventuais ações penais contra vereadores, prefeitos, deputados estaduais e federais, senadores, governadores e ministros de Estado.

Nesse caso, a pressão pode vir tanto dos investigados e réus como de adversários políticos que querem se valer do Judiciário a seu favor.


O que está em jogo não é a integridade ou a capacidade dos diversos magistrados, promotores e policiais do país, mas o limite que existe para oferecer a eles apoio e até mesmo proteção nesses casos extremos.

Nesse sentido, o valor do foro privilegiado está em isolar, ao máximo possível, o julgador da esfera de poder de quem estiver sendo julgado. No Brasil isso é extremamente valioso.

Essa garantia seria posta totalmente a perder com a simples extinção do instituto. É verdade que esse valor também não está tão bem protegido no sistema atual, o que pode ser corrigido.

Por exemplo, não resta dúvida de que o foro privilegiado no STF (Supremo Tribunal Federal) é extremamente problemático. O Supremo não tem estrutura operacional para lidar com os processos penais de todos os parlamentares e ministros de Estado. Trata-se de uma instância que poderia ser reservada para a Presidência da República, da Câmara e do Senado – ou nem mesmo isso.

Todavia, o foro privilegiado vai muito além do STF. Há também o foro privilegiado no STJ (Superior Tribunal de Justiça) e nos tribunais estaduais e regionais, nos quais a questão logística opera melhor. Além disso, é possível também criar tribunais especializados para esses casos.

Sendo assim, para lidar com o problema da impunidade do alto escalão político do país necessitamos de uma solução que respeite a complexidade do problema. A melhor inovação virá do aperfeiçoamento do sistema de foro privilegiado, não do seu abandono. 

RUBENS GLEZER é doutor em Teoria do Direito pela USP, é professor de Direito Constitucional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

O exercício do poder e a necessidade de limites

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS



“Espero, que o Senado Federal, que representa 200 milhões de brasileiros, seja da situação, seja da oposição, discuta com serenidade todos os pontos do projeto aprovado, objetivando-se, dentro da lei e, principalmente, da Constituição, buscar instrumentos para punir a corrupção, sem que haja qualquer abuso de autoridade e sem que se outorgue a qualquer instituição o direito de se tornar o Supremo Poder da República.”

Montesquieu, ao escrever o seu *Do Espírito das Leis*, introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke o Poder Judiciário como poder independente. Ele intuiu a importância de tal independência, já que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do Direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: “Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites” e, ao concluir que necessário seria que o “poder constitua um freio para o poder”, sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana.

Dentro desta lógica, não tenho dúvidas de que a operação Lava Jato representou um marco na história política brasileira. Alguns aspectos do prolongado processo restaram evidentes e foram, indiscutivelmente, positivos no estabelecer um novo padrão moral de comportamento para os futuros políticos nacionais.

Permitiu à sociedade tomar conhecimento de que a corrupção tolerada como forma de manutenção do poder é chaga que deve, pelo menos, ser reduzida às suas mínimas proporções. Como demonstrei no meu livro “Uma breve teoria do poder”, o exercício do poder está sempre infiltrado por corrupção endêmica, em todos os períodos históricos e espaços geográficos, cabendo ao povo, nas verdadeiras democracias, seu combate através de agentes não contaminados dos governos, sob pressão da opinião pública.

Neste particular, o juiz Sérgio Moro, a Polícia Federal e o Ministério Público, no episódio que desventrou a podridão dos porões de Brasília, estão de parabéns.

Nem por isto se pode aplaudir tudo o que propuseram. As chamadas “10 medidas de combate à corrupção” – algumas boas e outras nitidamente de perfil autoritário

– precisavam ser examinadas com cautela pelo Congresso. Provas ilícitas tornam quem as obtenha também um criminoso. Não há boa-fé possível na sua obtenção, até porque, cabendo o ônus da prova ao acusado, este nunca conseguirá provar má-fé. Li o artigo do bom amigo e brilhante jurista Fábio Medina Osório, no jornal *A Folha de São Paulo*, em que se refere a situações em que a prova obtida não é ilícita, como, de resto, ocorreu em gravação, no período em que a jurisdição do caso estava ainda em primeira instância, envolvendo a presidente Dilma. O problema é que, no projeto, não houve pormenorização das hipóteses.


Criação de “órgãos corruptores” para aferir o nível de moralidade dos funcionários, a fim de condená-los, não passava de expediente próprio das ditaduras, em seus serviços secretos. Medidas como essa deveriam ser rejeitadas de plano.

Foi o que o Congresso, consciente da relevância da Polícia Federal e do Ministério Público, entendeu, todavia, que o direito de defesa numa democracia é o grande diferencial das ditaduras, onde inexistente. Tais instituições não estão acima das demais e, apesar de relevantes, devem atuar nos limites da Constituição e dos demais organismos vinculados à Justiça.

Por esta razão, o exame das propostas do “parquet” necessitava ser realizado com cautela e paralelamente ao projeto de lei de 2009, que visava punir abusos de autoridades que, no afã de obter provas, ultrapassavam os limites das garantias individuais do cidadão. É, pois, um bom momento para a sociedade posicionar-se e procurar o justo equilíbrio entre a luta contra a corrupção e os direitos da cidadania, no regime democrático. Por melhor que seja, nenhuma autoridade pode estar acima da lei. Deve também ser punida, sempre que abusar do “status” privilegiado que possui.

Nada obstante a decisão do ministro Fux, anulando a deliberação da Câmara que aprovara um projeto em que parte das dez medidas e parte do projeto de lei de abuso contra autoridade que, todavia, dependerá de decisão do Plenário, entendo, como escrevi com Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Hamilton Dias de Souza e Renato de Mello Jorge Silveira (no Jornal *O Estado de S. Paulo* – 09/12/2016 – A2 Espaço Aberto – “A verdade sobre as 10 medidas”), que o texto aprovado foi bom.

Espero, portanto, que o Senado Federal, que representa 200 milhões de brasileiros, seja da situação, seja da oposição, discuta com serenidade todos os pontos do projeto aprovado, objetivando-se, dentro da lei e, principalmente, da Constituição, buscar instrumentos para punir a corrupção, sem que haja qualquer abuso de autoridade e sem que se outorgue a qualquer instituição o direito de se tornar o Supremo Poder da República.

Ora, uma democracia só se torna forte quando o povo discute amplamente com os poderes as leis que deseja, quando estas leis, para serem cumpridas, sejam claras e quando o poder controle o poder, visto que, como demonstrou Montesquieu, a natureza humana não é “confiável”. 



IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é professor emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército, Superior de Guerra e da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs do Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO/SP; fundador e presidente honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/ Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.



Sistema corrupto acuado reage e quer nova lei contra juízes e promotores

■ POR LUIZ FLÁVIO GOMES

“Penso ser impostergável retomar a discussão sobre a lei de abuso de autoridade, que precisa ser atualizada, para servir de instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Há muita prisão sem ordem de juiz (prisão ilegal). Há muita interceptação sem ordem de juiz. Há muito abuso e violação do domicílio (sem determinação judicial). Mas esse debate não pode ser conduzido pelo espírito de represália e de vendeta.”

A polêmica gerada pela (necessária) reforma da lei de abuso de autoridade jamais será compreendida fora do contexto de que o Brasil é uma democracia formal, a nona ou décima economia do mundo, um país em desenvolvimento e (...) uma cleptocracia gigante (que conta com um governo de ladrões ou com muitos ladrões no governo).

Depois da eclosão do Mensalão e, sobretudo, da Lava Jato, foi colocado contra a parede o sistema político-empresarial profundamente corrupto, que é gerido pelo crime organizado das elites dominantes (COED), que vem fazendo de tudo para escapar das suas responsabilidades.

É isso que explica o destrocamento das medidas anticorrupção aceitas no último relatório do deputado Onix Lorenzoni (que já havia feito um relevante expurgo das medidas inaceitáveis, como uso de provas ilícitas, redução do *habeas corpus* etc.).

As elites governantes (que integram o COED) foram, no entanto, muito além da desnaturalização das medidas anticorrupção. Partiram para o ataque e aprovaram vários crimes de responsabilidade para os juízes, procuradores e promotores. Não se pode negar a importância de uma nova lei de abuso de autoridade, mas não há como não reconhecer o desvirtuamento da iniciativa popular.

O que se entende por abuso de autoridade? É a conduta ilícita de servidores públicos, incluindo os policiais militares, delegados, procuradores, juízes e parlamentares, que extrapolem a lei e violem direitos fundamentais de uma pessoa, indo muito além da autoridade legítima inerente aos seus cargos.

Esse abuso, como é público e notório, faz parte do cotidiano brasileiro (e deve ser punido, evidentemente). Do guarda de trânsito ao presidente da República, do antigo juiz de paz aos ministros do Supremo: sem freios e contrapesos (Locke, Montesquieu etc.), quem tem o poder tende a dele abusar. Se ficar impune, dele abusa constantemente.

Exemplos de abuso de autoridade são prender alguém em flagrante sem motivo, prender alguém (fora do flagrante) sem ordem de juiz, entrar na casa de alguém sem mandado judicial, grampear um telefone sem autorização judicial, maltratar o detido, vaziar informações sigilosas etc.

“Uma das bases da prudência é não fazer por mal o que se pode fazer por bem” (Miguel de Cervantes).

A lei de abuso de autoridade é muito antiga (Lei nº 4.898/1965). Está desatualizada. Precisa ser aprimorada e o debate já começou. Porém, começou como fruto de um “fazer por mal”, quando deveria ser resultado de um “fazer por bem”. Ninguém está acima da lei. Todo país democrático conta com leis contra os abusos das autoridades.

Todo texto, no entanto, está intimamente ligado ao seu contexto. Duas fontes de contaminação desse debate devemos evitar: (a) os ânimos acirrados dos legisladores que estão acuados pela Lava Jato (muitos deles fazem parte do COED) e (b) as posições corporativas das instituições.

Não se deve reformar a lei de abuso de autoridade (que é uma necessidade impostergável, coerente com os princípios republicanos) sob o contexto de beligerância legislativa contra as operações policiais e judiciais de duro combate à corrupção político-empresarial.

Quando integrantes do crime organizado das elites dominantes (criminosos corruptos) discutem a responsabilidade dos seus persecutores criminais, o que é para ser um debate frutífero assume o caráter de retaliação (contra a Lava Jato).

Tampouco são aceitáveis as posições fundamentalistas corporativas. Como demonstraram Hélio Telho e Deltan Dallagnol (*Estadão*, Blog Fausto Macedo), juízes e membros do Ministério Público não deveriam contar com foro privilegiado nem com aposentadoria compulsória com vencimentos. Mais: a lei deveria punir o “crime da carteirada” (abusos comuns cometidos por juízes, procuradores e promotores). Todos devem obediência à lei e não podem ter privilégios.

A história da operação Mãos Limpas, na Itália (1992-1993), nos ensina muitas coisas (ver *Operação Mãos Limpas*, Barbacetto, Peter Gomez e Travaglio, Porto Alegre: CDG, 2016). Dentre outras, as seguintes (H. Gurovitz, *Época*):

(a) que ela naufragou (em 1994) por força dos ataques do magnata da comunicação e primeiro-ministro Silvio Berlusconi (ataques sobretudo contra o procurador Di Pietro); Berlusconi (eleito por três vezes) se converteu em político (e usou a política) para garantir a impunidade dos seus crimes dentro de um contexto de corrupção sistêmica político-empresarial (Tangentopoli = Propinópolis), guiada pela criminalidade organizada das elites dirigentes, cujos partidos e políticos são divididos em facções criminosas dedicadas à roubalheira do dinheiro público; atacando os juízes brutalmente virou a opinião pública que antes apoiava a Mãos Limpas;

(b) que esse fracasso também se deveu ao combate legislativo ao método da operação (prisão, delação, vazamentos e conquista da opinião pública), que foi copiado *ipsis litteris* por Sérgio Moro. O legislador italiano (muitos reconhecidamente corruptos), por inúmeras vezes, foi “amarrando” as mãos dos juízes e procuradores (muitas vezes sob o pretexto de assegurar as garantias constitucionais). Aprovaram leis contra as delações, contra a divulgação das comunicações telefônicas, contra os “vazamentos”, reduziram os prazos prescricionais, dificultaram a tramitação dos processos e liquidaram a operação. Berlusconi, desde logo, foi favorecido com várias prescrições.

O Legislativo brasileiro (grande parte dele faz parte do sistema político-empresarial corrupto) não tem feito outra coisa, nos últimos tempos: vem bombardeando as atividades e leis propostas em benefício da Lava Jato. Tentou várias vezes aprovar uma escandalosa lei de anistia geral e desfigurou completamente as “10 Medidas Anticorrupção”, não aprovando integralmente nem sequer o relatório final do deputado Onix Lorenzoni (que já expurgava muitos excessos, como a restrição ao *habeas corpus*, o uso de provas ilícitas em favor da acusação, o teste de integridade do funcionário, o crime de enriquecimento ilícito etc.).

Foi mais longe: não só minou as dez medidas como ainda partiu para cima dos juízes e membros do Ministério Público, aprovando contra eles a tipificação de vários crimes de abuso de autoridade. Reitere-se que ajustar a lei de abuso de autoridade é uma necessidade, mas isso não pode ser feito em um contexto de revanche orquestrada por alguns membros da criminalidade organizada das elites dirigentes (COED).

Na Itália, em 1997, foi aprovada a lei do abuso de poder, que bloqueou completamente os órgãos investigativos. A Suprema Corte julgou-a inconstitucional. O Parlamento a aprovou como emenda à Constituição. No Brasil, o projeto aprovado na Câmara (na madrugada do dia 30/11/16) já se encontra no Senado. Há pressa em se aprovar tudo isso. A pressa é maior, claro, daqueles que protagonizam a criminalidade organizada das elites. No ar ficou a suspeita de que “é preciso estancar a sangria da Lava Jato” (como disse Romero Jucá).

Lamenta-se que o propósito primeiro não seja o de aprimorar a velha lei de abuso de autoridade (que precisa ser reformada), sim, o de manietar as ações dos órgãos investigativos e judiciais. Para tanto, o senador Renan Calheiros chegou a desarquivar um projeto de lei de 1997 (antes aprovado na Câmara, sob o epíteto de “Lei da Mordaça”). O tema não é novo (em 2009 já aparecia no Pacto Republicano), porém, agora, querem discutir tudo a toque de caixa. Isso gera muita desconfiança na cidadania.

No Senado o abuso de autoridade está sendo discutido agora no PLS 280/16 (a última versão foi apresentada pelo senador Requião). As corporações afetadas (polícia, Ministério Público, magistratura etc.) não concordam (ou não concordam integralmente) com os seus termos. Querem mais debates sobre o tema (como disse o procurador-geral da República ao presidente da Câmara, Rodrigo Maia).

Refuta-se uma lei “intimidativa”, escrita de forma “aberta” e “vaga” e que chega inclusive a prever o – absurdo – “crime de interpretação ou crime de hermenêutica” (o juiz seria punido pela interpretação da lei).

No Senado chegou-se ao consenso (oposto ao que pretendia Renan) de que a discussão do projeto deve ser retomada em fevereiro/2017, pela Comissão de Constituição e Justiça.

Surpreendentemente, em 14/12/2016, o ministro Luiz Fux concedeu liminar determinando o retorno do projeto de lei (das 10 Medidas Anticorrupção) à Câmara dos Deputados. Pretende-se que seja dado ao projeto o rito das propostas de iniciativa popular. Teria havido vício formal na tramitação.

Mais: aprovou-se texto (abuso de autoridade) completamente dissonante em relação ao “espírito” do projeto. A Câmara não está impedida de aprovar o que aprovou (sobre o abuso de autoridade), o problema é fazer isso no contexto de uma iniciativa popular que tinha escopo completamente oposto.

A liminar do ministro Fux (no mandado de segurança impetrado por Eduardo Bolsonaro) deve ser submetida ao Plenário do STF (em fevereiro/2017). Por ora, como se vê, tudo está em compasso de espera.

Em regra, nenhum ministro do STF pode fazer parar a tramitação de um projeto de lei. Essa tarefa é do Legislativo (teria havido uma “interferência” indevida no Legislativo, disseram os presidentes do Senado e da Câmara). A exceção reside justamente quando há vício formal ou procedimental. A última palavra será dada pelo Plenário do STF.

Eu particularmente opino pelo acerto da liminar de Fux. A Câmara não poderia introduzir no projeto de lei de iniciativa popular (tendente a reprimir a corrupção) uma matéria completamente oposta ao que o projeto pretendia. Mais: o assunto do abuso de autoridade já estava sendo discutido no Senado. Há limites para os

“jabutis” (matérias estranhas e, às vezes, opostas às inseridas no contexto de um projeto de lei ou de uma medida provisória).

O projeto popular foi desfigurado (eliminaram o acordo de leniência, o informante do bem, o aumento dos prazos prescricionais, a responsabilização dos partidos políticos etc.) e contra os juízes e membros do MP aprovou-se uma série de crimes.

Nos países não cleptocratas (de maior controle da corrupção) o legislador atua em favor da sociedade e contra a corrupção, não em favor dela. Numa cleptocracia como a brasileira dá-se exatamente o contrário. Note-se que o tema do abuso de autoridade não tinha sido discutido nas comissões que se debruçaram sobre o assunto. Houve surpresa.

O que os parlamentares acuados querem é poder processar os juízes, procuradores e promotores em várias ocasiões (exatamente o que ocorreu na Itália, na operação Mãos Limpas). Lá, tanto quanto cá, não se pretende a lisura na atuação dos órgãos persecutórios, mas sim o seu abafamento, o seu esgotamento, a sua dizimação.

Por esse caminho pretende-se chegar ao fim da Lava Jato (ao estancamento da sangria). Uma das estratégias é o uso de expressões vagas como “ação temerária”. Conceitos abertos e sem conteúdo definido dão ensejo a todo tipo de arbitrariedade.

Dentro de pouco vamos ver vários abusos de autoridade nos processos que serão instaurados contra os agentes da persecução criminal. Eles também cometem abusos (e é para isso que a lei antiga de 1965 deve ser reformada). Mas temos que encontrar a estabilidade e a segurança jurídica para todos. Particularmente para a sociedade, que não pode ficar indefesa frente à criminalidade organizada das elites dirigentes.


Reitere-se: penso ser impostergável retomar a discussão sobre a lei de abuso de autoridade, que precisa ser atualizada, para servir de instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Há muita prisão sem ordem de juiz (prisão ilegal). Há muita interceptação sem ordem de juiz. Há muito abuso e violação do domicílio (sem determinação judicial). Mas esse debate não pode ser conduzido pelo espírito de represália e de vendeta.

Mais: todos os projetos que estão prevendo os crimes de abuso de autoridade vêm centrados na pena de prisão (normalmente de um a quatro anos). Aqui está uma trampa: na prática, tudo prescreve. E o abuso ficará impune. É hora de pensar em outras penas alternativas rigorosas e eficazes (perda do cargo, suspensão, perda de vencimentos etc.). A pena de prisão deve ser reservada somente para os casos mais graves.

Não se pode punir como abuso de autoridade o ato de persecução penal (pedir abertura de inquérito, abrir investigação, oferecer denúncia, receber denúncia etc.), salvo quando houver patente má-fé. Erros acontecem e devem ser indenizados. Mas somente a má-fé inequívoca justifica falar em abuso de autoridade. **C**



LUIZ FLÁVIO GOMES é jurista – Combate à corrupção, novas lideranças éticas e direito criminal. Estou no luiz-flaviogomes.com



Breves comentários sobre o crime de abuso de autoridade e a proposta 280/2016: Um país em busca de sua identidade

■ POR FLÁVIO L. LINQUEVIS

“O abuso começa onde cessa o direito”.
(Marcel Ferdinand Planiol)

A reflexão é sempre um alento em momentos nebulosos. Sendo assim, é necessário darmos um passo atrás e analisarmos o cenário político brasileiro atual com maior amplitude e, conseqüentemente, com maior clareza. Sem entibiar-me por possivelmente ser apontado como ingênuo, enquanto muitos debatem com sofreguidão sobre abusos, descabros e descaminhos da lei, me distancio do calor do debate e vejo a situação atual de nosso país com uma dose de esperança no futuro. Claro, passamos atualmente por momentos obscuros. Vemos, a todo instante, nos corredores de nosso Congresso Nacional, corpos se debatendo em puro desespero. Tal visível desconforto, principalmente na classe política, me traz alento. Não pela visão grotesca, mas por ser sinal de estarmos passando por mais que esperadas mudanças. Comparo, neste instante, o Brasil, na qualidade de país democrático, à um adolescente confuso, o qual ainda não encontrou sua definitiva identidade. Tenta se livrar de hábitos infantis arraigados e toma desvios tortuosos, mas certamente estes serão deixados para trás.

“Acredito que temos de lançar o olhar sobre a proposta do Senado, mas devemos fazê-lo no momento oportuno, pois os abusos de autoridades e também de poder, muitas vezes levados a cabo por motivos mesquinhos, são passíveis de serem cometidos tanto por servidores do Judiciário quanto do Legislativo e do Executivo, em esferas civis e militares, nos mais variados níveis e formas.”

Para conseguir entender estes tempestuosos momentos de nosso país, me socorro nas lições jurídicas, entre outras como as da Filosofia e do Direito Constitucional. Como dito, somos uma democracia jovem, que precisa de ajustes, e tal complexa tarefa, sem demagogias, originariamente cabe a cada um de nós. É o que expressa o art. 1º, parágrafo único, de nossa Constituição Federal, o qual dispõe que o poder emana do povo e é exercido através da representatividade. Em específico, para auxílio na reflexão proposta em nosso título, dirigimos o olhar ao Poder Legislativo. O tal exercício deste poder é feito, como não poderia deixar de ser, por nossos representantes eleitos, tendo tais o dever na criação de normas norteadoras. Estas, que são produções complexas, não podem ser originárias apenas na prática da técnica legislativa desconexa da realidade social. O nascimento de uma lei não é tarefa simples, tendo sua origem em fenômenos sociais, devendo ser delineada quanto ao seu objetivo, a pacificação social, mas com vista também à busca do desenvolvimento contínuo da coletividade e à transposição dos anseios de nossa sociedade, a qual, neste contexto, é detentora originária do poder e beneficiária final de tais normativas. A lei deve ser reflexa de questões sociais, adequada à realidade, refletindo as instituições e a vontade coletiva, colocada no mundo fático através da representatividade, com intuito de beneficiar a todos. Não basta a norma existir, ela deve satisfazer determinados pressupostos intrínsecos e extrínsecos de validade, sob pena da perda de eficácia e efetividade. Se torna, então, tarefa hercúlea esperar que uma lei permeada pela artificialidade, dada pelo inoportuno momento e defectividade devida a apressada aprovação, como a que vemos se materializar na proposta nº 280/2016, prospere de forma socialmente desconexa, pois, conforme Claude Du Pasquier aponta em sua obra *Introducción à la Théorie Générale et à la Philosophie*, “a fonte de uma regra jurídica é buscar o ponto pelo qual sai das profundidades da vida social para aparecer na superfície do Direito”, devendo entre seu nascimento e o surgimento na superfície do Direito ser maturada no processo legislativo. O que vemos hoje é que os anseios das profundidades da vida social brasileira atual são diversos do que preceitua a proposta de lei sobre o crime de abuso de autoridade em tramitação, de autoria do presidente do Senado, o senador Renan Calheiros.

As relações sociais são dinâmicas e as leis devem acompanhar o desenvolvimento social, e com esta que dispõe sobre o abuso de autoridade não poderia ser diferente. Mas o tempo urge para outras alterações mais aclamadas que a proposta nº 280/2016. A calma requerida na análise desta proposta não é temerosa, mas sim devida. Afinal, atualmente não estamos em situação desértica em relação a dispositivos que coíbam e punam o abuso de autoridade. Não se justificando, portanto, a urgência dada pelo Senado em tal matéria. Temos diplomas legais que já tratam

sobre tal crime, como a Lei nº 4.898/1965, com seu caráter de responsabilização tríplice, administrativa, civil e penal.

Analisando o desenvolvimento da tutela contra o crime de abuso de autoridade, o surgimento em nosso ordenamento jurídico se encontra na Constituição de 1824, a qual contava com a disposição sobre a possibilidade da representação em face de tais abusos, como vemos em seu art. 179, XXX:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, reque-
rendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

Tal direito foi disposto também nas Constituições de 1891, 1934 e 1946. Já em 1965 vemos o surgimento da Lei nº 4.989, a qual dispõe sobre “o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade”, e apesar de ter sido celebrada em período em que estávamos na ditadura militar, ela se faz presente nos dias de hoje, precisando apenas de implementos e adequações. Seguindo a tendência das demais Constituições, em nossa atual Carta Magna de 1988, temos garantido o direito de peticionamento aos poderes públicos contra o abuso de autoridade, conforme o art. 5º, XXXIV, “a”, aqui *in verbis*:

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:

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Tendo a disposição acima cumulada com a retro mencionada cártula, Lei nº 4.898/1965, e demais cominações da Lei nº 2.848/1940, garantimos a ampla defesa, tanto da personalidade ofendida quanto do agente público. Vemos, portanto, a garantia de que o servidor público condenado devido ao abuso de autoridade será punido administrativa, civil e penalmente. Sendo assim, não há que se falar de insegurança jurídica irremediável ou muito menos imperfeição de direitos, que poderiam justificar a demasiada pressa de nosso Senado.

Não posso me olvidar de que o douto doutrinador Fernando Capez, que em seu livro “Curso de Direito Penal” (6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23) diz que a tal lei, construída na época da ditadura, o foi por mero caráter figurado, e que as penas elencadas alcançam facilmente a prescrição. Não lhe tiro a razão! Acredito que a tal lei precisa ser revista em alguns aspectos, principalmente em relação as penas, mas de qualquer forma não vislumbramos que tais necessárias alterações sejam urgentes, ou que a proposta nº 280/2016 será a mais adequada para isto. O que vemos nesta última, não foi a melhor prática da atualização legislativa, mas sim lançamentos pontuais, que alcançam poucas alterações e, me atrevo dizer, buscando alguns pontos nevrálgicos que certamente não beneficiam a coletividade. Neste instante, me foge o motivo de tal “precisão cirúrgica”.

Em outro lado, precisamos de dispositivos mais eficientes no combate à corrupção, pois as atuais normas jurídicas carecem de imperatividade, alteridade e coercibilidade. Estas normas sim necessitam do maior esforço legislativo, principalmente com o objetivo de serem mais efetivas em relação às novas dinâmicas encontradas por aqueles que teimam em praticar a política utilizando meios escusos e vis, os quais, como vemos, são devastadores para nossa sociedade.


Acredito que temos de lançar o olhar sobre a proposta do Senado, mas devemos fazê-lo no momento oportuno, pois os abusos de autoridades e também de poder, muitas vezes levados a cabo por motivos mesquinhos, são passíveis de serem cometidos tanto por servidores do Judiciário quanto do Legislativo e do Executivo, em esferas civis e militares, nos mais variados níveis e formas. Vejamos o que preceitua o art. 2º da proposta 280/2016:

Art. 2º São sujeitos ativos dos crimes previstos nesta lei:

- I – agentes da Administração Pública, servidores públicos ou a eles equiparados;
- II – membros do Poder Legislativo;
- III – membros do Poder Judiciário;
- IV – membros do Ministério Público.

O destaque a tal artigo foi necessário, pois ele é o exemplo da necessidade primordial de análise dedicada a esta proposta, pois foge a compreensão, o que motivou o legislador a destacar no rol de agentes públicos a ser observado pela futura lei, aqueles dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como do Ministério Público, levando-nos a confusão pela disposição exemplificativa inicial e a final restritiva. Afinal, conforme preceitua a doutrina e as disposições constitucionais vigentes, estes servidores da Justiça e do Direito, destacados no tal artigo acima, são também em sua essência servidores públicos. Vemos esta estranha disposição lançada, mas, continuando a leitura da tal proposta, não encontramos as necessárias alterações que acreditamos ser muito mais importantes.

Entendo que, sem a adaptação devida da legislação vigente e somente o advento de mais uma lei criaremos um remendo na legislação atual, a qual será desfigurada para acomodarmos algo imperfeito. Neste caso, como em muitos outros, é necessário um aprofundamento no estudo dos vários aspectos da prática jurídica atual, aplicada na dinâmica social, para que assim possamos melhor entender o que se faz preponderante, e finalmente definirmos os elementos necessários de alteração em relação à lei vigente.

Os abusos praticados por aqueles em exercício das diversas atividades públicas, estejam onde for, devem ser punidos em todos os seus reflexos, mas, por outro lado, os servidores devem ter a tranquilidade no pleno e regular exercício de suas funções, por exemplo, o magistrado ao proferir sua livre decisão, sem o receio da espada em seu pescoço, garantindo, desta forma, o amplo e normal funcionamento de todas as instituições públicas. Para isso, esperançosa e humildemente acredito que o melhor a ser feito neste instante em relação a tal proposta, como o povo diz, é ter *muita calma nesta hora!* 



FLÁVIO L. LINQUEVIS é Advogado, Professor PED - Direito, Mestrando PEHCT-Unicamp, São Paulo, SP.

Lei do abuso de autoridade ou do arbítrio do poder

■ POR VINICIUS RODRIGUES FRANÇA



Com o avanço da Operação Lava Jato, Ministério Público e Poder Judiciário passaram a ser alvos da maior investida contra o Estado Democrático de Direito já vista no país desde a Revolução de 1964. De uma hora para a outra, o Congresso Nacional, conhecido por sua letargia diante de importantes temas de interesse nacional, passou a discutir, de maneira açodada, medidas que, a pretexto de punir promotores e juizes que cometem abusos no exercício de suas funções, buscam, em verdade, assegurar a velha impunidade brasileira, por meio da desconstrução de um dos pilares de nossa recente democracia, qual seja, a independência dos Poderes.

Valendo-se de uma estratégia muito bem orquestrada, parte da classe política busca o enfraquecimento do Ministério Público e do Poder Judiciário. Para tanto, propalam à sociedade que promotores e juizes estão acima da lei e que não são punidos por eventuais abusos.

É interessante destacar que, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do planeta¹. Na última década, o país viu o número de pessoas encarceradas dobrar, alcançando 607.731 presos. Nesse período, no entanto, não se notou o Congresso Nacional preocupado com eventuais abusos por parte de promotores e juizes brasileiros. A referida preocupação surgiu, coincidentemente, com a recente prisão de políticos e poderosos envolvidos em corrupção, revelando a ausência de parcimônia do debate.

“Esperemos que a arbitraria lei do abuso de autoridade não se transforme em uma triste realidade brasileira ou que, ao menos, seja devidamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, caso aprovada pelo Congresso. O povo brasileiro não merece ser novamente submetido ao arbítrio!”

O legislador brasileiro tem demonstrado que, além de legislar em causa própria, está completamente despreocupado com os anseios sociais. Tanto é assim que busca criminalizar a atuação de juizes e promotores, valendo-se de um projeto de lei subscrito por mais de dois milhões de cidadãos, cujo objetivo era, em verdade, o combate à corrupção.

O que se tem visto no Brasil é de chocar até os mais céticos. Não foi à toa que, ao editar a Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte procurou resguardar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Conhecedor das mazelas do poder, pretendeu o legislador constituinte atribuir aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público condições para que pudessem atuar, de maneira responsável e de acordo com suas convicções, em todas as causas afetas às suas atribuições, pouco importando a posição funcional ou a condição financeira da pessoa a ser julgada.

Foi com o propósito de assegurar a aplicação indistinta das leis que o legislador constituinte atribuiu aos juízes (CF, art. 95) e promotores (CF, art. 128, § 5º, I) as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade dos subsídios.

As referidas garantias não constituem privilégios de promotores e juízes, mas instrumentos destinados a permitir o livre exercício de suas funções.

Sobre elas, leciona Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional” (17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 455), que:

[...] as garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm assim como condão conferir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, resguardando-a das pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, os predicamentos da magistratura como privilégios dos magistrados.

E prossegue o autor, afirmando que:

Todas estas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado que causem lesão a direitos individuais ou coletivos.

O mesmo se verifica com os membros do Ministério Público. Tanto é assim que, ao tratar da instituição, advertiu o ministro Gilmar Mendes, em seu “Curso de Direito Constitucional” (São Paulo: Saraiva, 2007, p. 944), que:

A relevância da sua atividade para o regime republicano democrático indica a necessidade de preservar o membro do Ministério Público de temores e de perseguições, que lhe inibam o exercício funcional consequente e responsável.

Alexandre de Moraes (*Op. cit.*, p. 546) também se dedicou a tratar das garantias do Ministério Público, asseverando que:

[...] as garantias constitucionais do Ministério Público foram-lhe conferidas pelo legislador constituinte objetivando o pleno e independente exercício de suas funções e podem ser divididas em garantias institucionais e garantias aos membros. Tão importante este objetivo, que a Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios do livre exercício do Ministério Público (art. 85, II, da Constituição Federal).

Em razão da inamovibilidade, promotores e juízes só podem ser removidos da comarca onde atuam por iniciativa própria. A referida garantia tem por objetivo evitar, por exemplo, que um promotor que esteja investigando e processando diversas autoridades importantes seja transferido para outra cidade e, consequentemente, retirado do caso por influência política.

A irredutibilidade dos subsídios visa a evitar que os vencimentos de juízes e promotores sejam reduzidos como forma de pressioná-los a agir desta ou daquela

forma. De ver que referida garantia é aplicada a qualquer trabalhador pelo art. 468, da CLT, segundo o qual:

Nos contratos individuais de trabalho, só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (grifos nossos).

É interessante destacar que a CLT usa o vocábulo “garantia”, tal qual a Constituição Federal, ao tratar de promotores e juízes. Por fim, talvez a mais importante garantia atribuída ao Ministério Público e ao Poder Judiciário é a que, lamentavelmente, tem sido utilizada nos debates que visam calar promotores e juízes, qual seja, a vitaliciedade.

Superado o estágio probatório, os promotores de Justiça e juízes de Direito se tornam vitalícios. Mas isso não significa que eles não possam perder seus cargos.

Em verdade, a garantia da vitaliciedade significa, apenas, que, no caso dos referidos agentes públicos, a perda do cargo está condicionada ao preenchimento de certos requisitos, que, como dito anteriormente, não se destinam a servir de privilégio a promotores e juízes, mas a garantir o livre exercício de suas atribuições.

No exemplo alhures mencionado, será que o promotor teria condição de processar importantes autoridades por corrupção se não lhe fosse assegurada a vitaliciedade? Por certo que não!

Apesar de gozarem da vitaliciedade, promotores e juízes respondem civil, penal e administrativamente por seus atos e, diversamente do que se tem, inveridicamente, divulgado à população, estão sujeitos à perda do cargo.

Aliás, a perda do cargo por juízes e promotores está prevista não só na Constituição Federal, mas nas leis que regem a Magistratura e o Ministério Público.

O art. 128, § 5º, I, “a”, da Constituição Federal, dispõe que os membros do Ministério Público não perderão o cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado.

Em sintonia com a Constituição Federal, o art. 38, § 1º, da Lei Federal nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), estabelece que o membro vitalício do Ministério Público perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos: (a) prática de crime incompatível com o exercício do cargo – o que inclui o abuso de autoridade; (b) exercício de advocacia; (c) abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

Do mesmo modo, a Lei Complementar nº 75/1993, em seu art. 208, dispõe que o membro vitalício do Ministério Público da União poderá ser demitido por decisão judicial transitada em julgado.

Fica claro que falta com a verdade aquele que diz que promotores não podem perder seus cargos.

O que se assegura aos promotores, portanto, não é a perpetuidade no cargo, mas a garantia de um processo judicial, por meio do qual será analisado o fato que tenha motivado o pedido de demissão. Com isso, evita-se que um promotor seja afastado definitivamente do cargo por simples pressão política ou econômica de quem quer que seja.

No caso dos juízes, a previsão de perda do cargo encontra-se estampada no art. 95, I, da Constituição Federal, bem como na Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica Nacional da Magistratura).

A exemplificar a possibilidade de perda do cargo por juízes e promotores, têm-se os casos do ex-juiz do Trabalho Nicolau dos Santos Neto, condenado criminalmente por desviar R\$ 170 milhões da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, do ex-juiz federal Rocha Mattos, condenado por negociar decisões judiciais, do ex-promotor de Justiça Igor Ferreira da Silva, condenado pelo assassinato de sua esposa, e tantos outros que não receberam importância da mídia.

O objetivo do projeto de lei, que, de acordo com parte da classe política, pretende punir o abuso de autoridade, é, em verdade, impedir a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário e, em última análise, assegurar a impunidade de graves atos de corrupção.

O referido projeto prevê figuras penais extremamente genéricas, vagas, em clara violação aos princípios da legalidade e da taxatividade da lei penal. Ilustremos a questão dos tipos penais vagos com o exemplo dado por Eugênio Raúl Zaffaroni, em sua obra “Manual de Direito Penal Brasileiro” (v. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 386), o qual afirma que:

Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade.

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo e, por conseguinte, autorizam perseguições indevidas, na medida em que colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é crime e o que não é.

Exemplo histórico de ofensa ao princípio da taxatividade é observado no Código Penal alemão de 1935, citado por Winfried Hassemer (Introdução aos fundamentos do direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005). O referido diploma permitia a punição de “atos contrários ao sentimento sadio do povo alemão”. Assim, ao juiz, cabia decidir quem atentou contra tal sentimento e, portanto, cometeu crime.

Como está regido, o projeto da Lei de Abuso de Autoridade constitui verdadeira afronta à democracia brasileira!

De acordo com o projeto de lei, comete crime aquele que dá início ou procede investigação penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada (art. 30).

Veja-se que a expressão “justa causa” constitui conceito vago, genérico, que pode ser interpretado de modo diverso por quem investiga e por quem é investigado.

Imaginemos que um promotor de Justiça receba denúncia anônima dando conta de que um determinado agente público esteja recebendo, sistematicamente, dinheiro de propina em determinado local. Visando apurar a veracidade da denúncia, o promotor realiza diligência velada e observa a presença do denunciado no local indicado, em situação suspeita. Em razão disso, instaura procedimento investigatório.

Imaginemos, ainda, que, ao final das investigações, o referido membro do Ministério Público não obtenha provas efetivas a indicar que o agente público tenha cometido atos de corrupção e, por isso, arquite o procedimento. Neste caso, poderia o investigado processar o promotor por abuso de autoridade por falta de justa causa, o que constituiria verdadeiro absurdo!

Do mesmo modo, o art. 38 do projeto de lei prevê punição ao agente público que se exceda, sem justa causa, no cumprimento de ordem legal, de mandado de prisão ou de mandado de busca e apreensão, com ou sem violência.

Neste caso, são dois os conceitos vagos: “exceder” e “justa causa”. Senão, vejamos. Imaginemos que, no curso de procedimento investigatório criminal, surjam fundadas suspeitas de que o investigado mantém grande quantidade de droga em determinado imóvel, razão pela qual o promotor de Justiça responsável pelas investigações requer ao juiz autorização para realizar busca e apreensão no local.

Concedida a ordem pelo juiz, o promotor se dirige à residência do investigado, acompanhado de força policial, e anuncia a sua presença ao morador, que se recusa a abrir a porta. Ante a recusa, o promotor de Justiça determina o arrombamento da porta, após o que o local é inspecionado. A droga, no entanto, não é localizada.

Neste caso, haveria excesso na conduta do promotor? Haveria justa causa a admitir o ingresso forçado no imóvel? E o juiz? Teria o magistrado agido com justa causa ao autorizar a entrada na residência do investigado?

Ainda que plenamente justificadas as condutas do juiz e do promotor, certamente seriam alvos de ataques, que comprometeriam a sua atuação funcional.


A instituição de crimes vagos em nosso ordenamento jurídico, também chamados de crimes de hermenêutica, constitui verdadeira afronta à independência dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. Mais do que isso, trata-se de medida que coloca em risco a democracia brasileira, uma vez que contraria seus predicados essenciais, quais sejam, a independência e a harmonia entre os Poderes.

A aprovação da lei, tal como proposta, representa o arbítrio dos Poderes Legislativo e Executivo, pois implica o enfraquecimento dos agentes a quem a Constituição Federal atribuiu a missão de fiscalizá-los. Nos dizeres de Rui Barbosa, torna juízes e promotores meros serviçais dos demais poderes constituídos.

De acordo com o saudoso jurista (Obras Completas de Rui Barbosa, v. XXIII, Tomo III, p. 228):

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipótese do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortes.

Já dizia Clovis Bevilacqua que a lei contém em si muito do arbítrio, pois, como a arte e a ciência, é criada pelo homem e, por isso, é imperfeita.

Esperemos que a arbitrária lei do abuso de autoridade não se transforme em uma triste realidade brasileira ou que, ao menos, seja devidamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, caso aprovada pelo Congresso. O povo brasileiro não merece ser novamente submetido ao arbítrio! 

NOTA

1 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

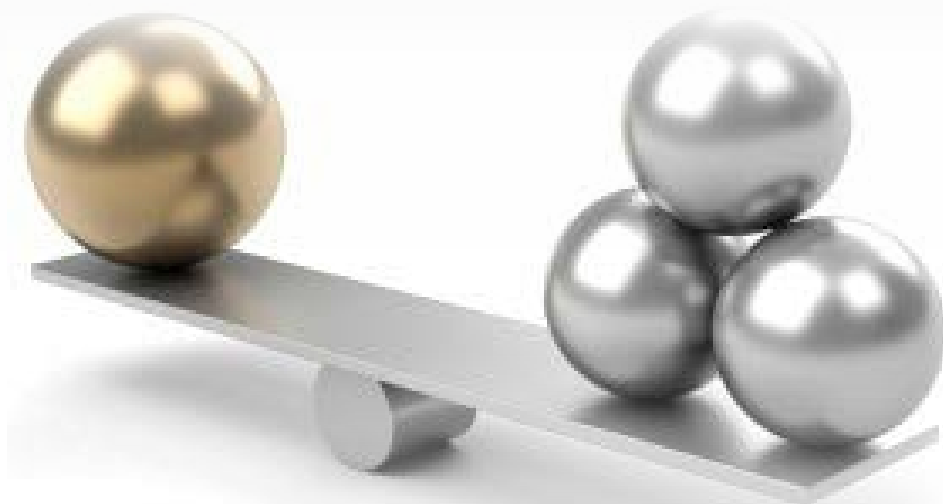


VINICIUS RODRIGUES FRANÇA é promotor de Justiça do Estado de São Paulo e integrante do Movimento do Ministério Público Democrático.

Lei que criminaliza o abuso de autoridade: uma defesa dos agentes políticos em resposta aos resultados da Lava Jato?

■ POR LEONARDO SARMENTO

“Não podemos admitir que alcunhem de “abuso” ações que simplesmente contrariem interesses dominantes, a fim de causar embaraços a Operação Lava Jato, dar-lhe solução de continuidade. É sadia a aceitação da teoria dos *checks in balances*, que representa uma evolução do princípio da separação dos poderes, que não nega a independência entre os poderes – melhor interdependência – mas permite que uma função de poder do Estado possa conter os abusos de outra, de forma a se equilibrarem.”



Provado está que o Brasil carrega um ardiloso histórico de corrupção, mas que na última década percebeu-se endêmica, sistematizada e capaz de enriquecer uns poucos à custa do empobrecimento social e aniquilação do público pelo privado.

Estamos na posição de número 76, segundo o índice de percepção de corrupção (IPC) de 2015, no estudo da Organização Transparência Internacional dividindo a posição com Bósnia e Herzegovina, Burkina Faso, Índia, Tailândia, Tunísia e Zâmbia. Os países nas primeiras posições, como a Dinamarca (1ª colocada), apresentam algumas características comuns: altos níveis de liberdade de imprensa; acesso à informação sobre orçamentos que permite à população saber de onde procede o dinheiro e como se gasta; altos níveis de integridade entre aqueles que ocupam cargos públicos e alto nível de educação escolar.

A ideologicamente a pequena PEC 37 de fato foi uma primeira tentativa das forças políticas constituídas para golpear as instituições persecutórias e, com elas a democracia, como garantia de manutenção de uma impunidade que, àquela altura, já restava duramente contestada pela dinâmica de um processo civilizatório perdido no tempo. A sociedade foi às ruas e a proposta de mutilar o Ministério Público restou rechaçada.

Em momento vicinal foi obrigado o Supremo Tribunal Federal a pronunciar-se duas vezes, no mesmo sentido, por seu Órgão Pleno, quanto a possibilidade de início de cumprimento de pena a partir de decisão colegiada que confirme a condenação em primeira instância. Com placar apertado venceu a sociedade, que mais uma vez foi, ao coro, exigir efetividade na execução do processo penal independente do “pedigree” e da capacidade de traficar influências que possua o cidadão, seguindo o Brasil os passos que o mundo já há algum tempo já trilha.

Os efetivos resultados obtidos nas instâncias inferiores do Judiciário no combate à endemia de corrupção que pode haver inviabilizado o país pôs fim a uma dormente e demente incompetência de projeto de perpetuação no poder carregado pelo mais arcaico modelo de populismo, quando investigações, conduções coercitivas, prisões e recuperação de bilhões desviados passaram a “atentar” contra os interesses de grandes empresários, de agentes da política e até mesmo das maiores instâncias e corporações do Judiciário brasileiro.

A partida foi com o chamado “Mensalão”, ainda tímido e concentrado no Supremo Tribunal Federal, instância maior da parcela de um Judiciário conservador e protetor das instituições de poder que congrega, por muitas vezes, mais a “tutela” dos membros de poder que propriamente os valores constitucionais. O Supremo, que sistematicamente é chamado por meio do fóssil foro por prerrogativa de função (em verdade, com função comezinha de doar privilégios e desigualar cidadão), parece carregar a função de arrefecer os mais ousados pela busca de uma justiça igualitária, sem seletividades ou descaminhos, e também parece cumprir o papel de fiel garantidor do *status quo* de uma putrefata política marginalizante.

Hoje, a bola da vez é a Operação Lava Jato, menos concentrada no Supremo Tribunal Federal e mais nas instâncias inferiores, e por consequência fática com uma atuação mais efetiva pautada no maior comprometimento com o direito, com os ideais constitucionais apregoados no art. 37 da CRFB, com a isonomia, com a justiça e equidade, e menos com a tutela do sistema político posto.

A PL em análise, porém, não merece uma hermenêutica a partir de uma leitura perfunctória ou de opiniões que se revelem interessadas e parciais, pois tem e teve um série de nuances com diferentes espectros finalísticos. É fato que não há mais cabimento a existência de instituições de poder insindicáveis, ou quase. Sindicabilidades internas dentro da estrutura hierárquica própria denota-se, no mais das vezes, parcial e corporativa, portanto de certo modo imprestáveis, ineficientes. Como consabido, a pecha da corrupção é sistemática e em maior ou menor quantidade espraia-se por entre as instituições de poder, quando percebemos que onde há possibilidade de atuações política há possibilidades de desvios de finalidades.

Com todo respeito que merecem, *exempli gratia*, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) e o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) há marcante grau de corporativismo em suas atuações que possuem notável viés político, não disponibilizam efetiva possibilidade de controle social – transparência –, e não promovem uma prestação de tutela isonômica, quando apenas parecem ostentar ouvidos seletivos destinados as corporações mais influentes.

A discussão sobre o projeto que criminaliza o abuso de autoridade por magistrados e membros do Ministério Público envolve, entre outros fatores, o corporativismo e a motivação política sim. Por um *corner*, a magistratura sustenta que medidas restritivas à atuação de julgadores são uma resposta às prisões de políticos, por outro há um discurso de classe para garantir privilégios. De fato, os atos dos juízes que se revelarem em abuso de autoridade devem poder ser questionados, pois juízes não são deuses, os membros do MP não são diabos e a Polícia não é composta de lutadores de MMA. Ao longo, embutiremos discussões que tocam nas “medidas anticorrupção” para agregar valor aos nossos arrazoados.

O projeto estabelece pena de um a quatro anos de prisão, além do pagamento de multa, para delegados estaduais e federais, promotores, juízes, desembargadores e

ministros de tribunais superiores que ordenarem ou executarem captura, detenção ou prisão fora das hipóteses legais. Também haveria punição no caso de autoridades que levassem alguém ilegalmente para a carceragem e deixassem de conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, nos casos permitidos pela lei. A proposta estabelece também pena de um a quatro anos para a autoridade policial que constranger o preso, com violência ou ameaças, para que ele produza provas contra si mesmo ou contra terceiros. Outros crimes de abuso de autoridade previstos pela proposta são a invasão de casas de suspeitos sem autorização judicial, interceptações telefônicas ou de dados sem autorização judicial, a obtenção de provas de forma ilegal, entre outros.

É verdade ainda que a lei data de 2009, muito antes de se cogitar sobre a Lava Jato, cujo ressurgimento, agora, pode ter um viés oportunista, casuístico, porém, por ora, apenas elucubrações.

A lei, porém, não pode revelar-se intimidadora, apenas deve regular e tipificar os excessos cometidos por quem detém o poder. Não podemos imaginar, como fez o regime militar, quando com a censura cassou a palavra da imprensa, da sociedade. Não pode a lei pretender censurar por temor a atuação dos órgãos de persecução (indispensáveis ao Estado Democrático de Direito) e dos juízes que se pautarem por seus livres convencimentos, desde que motivados. Estamos surfando a onda do modelo neoconstitucionalista no qual o juiz deixou de ser a “boca da lei” – *bouche de La loi*, dos idos da Revolução Francesa – e passou a ostentar o poder da interpretação, da hermenêutica, quando não apenas poderá interpretar a norma – muitas delas abertas, plurissignificativas como são os princípios – mas interpretar os casos concretos que lhe são postos para o enfrentamento, quando absolutamente tolerável a existência de interpretações divergentes, desde que devidamente fundamentadas, a partir de uma construção lógico-fática contundente.

É impensável a lei servir de objeto de pressão para que a vontade de determinada parte prevaleça. O abuso de autoridade deve estar evidente a partir de rigoroso juízo de admissibilidade, não se admitindo confundir interpretações judiciais divergentes entre instâncias jurisdicionais com abuso de autoridade. Não é por a primeira instância conduzir coercitivamente a partir de decisão que tenha fundamentado e instância superior ter entendido desnecessária que estará configurado o abuso. Conforme referimos, desde que fundamentado o direito pode abarcar várias interpretações, quando considerados encetados no caso concreto em todas as suas peculiaridades. O mesmo no que atine à eventual decretação de prisão, que pode ter sido interpretada como necessária em primeira instância – fundamentada, mas revogada por instância superior, que pode apresentar uma interpretação diferente para o mesmo caso judicializado. Abuso haveria em uma prisão não fundamentada ou fundamentada por fatos inverídicos, de natureza político-partidária comprovada, que o julgador houvesse considerado com dolo, assim, por motivações que escapam o que a moral e o Direito admitiriam como *ratio essendi* da decisão.

No que pertine à questão da vitaliciedade há boa dose de desinformação, é verdade. É preciso asseverar distinções: estabilidade (servidor público que ingresse por concurso, após o estágio probatório, adquire estabilidade, consiste na garantia de que seu desligamento da administração somente pode ocorrer após um procedimento administrativo disciplinar por cometimento de falta grave, assegurando-se

a ampla defesa e o contraditório) e vitaliciedade (somente podem perder o cargo por decisão judicial, também se garantindo a ampla defesa e o contraditório). A primeira é objeto de um processo judicial, a segunda é tratada pela via administrativa.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

[...]

É fato, que a vitaliciedade lhes garantem a famigerada aposentadoria compulsória, porém este quadro não é definitivo. Conforme expusemos, juízes e membros do MP podem sofrer sanções administrativas, como é a aposentadoria compulsória, a mais “grave” entre as sanções administrativas, mas também podem restar acionados civil e penalmente para a perda do cargo ou aposentadoria – assim, processos de natureza judicial, quando poderão ser condenados e não mais receberem qualquer subsídio ou remuneração.

E o que ocorre? Essas ações judiciais para os ilícitos mais graves não possuem um desenrolar natural, ou não são propostas ou são arquivadas. Aqui há, sim, corporativismo. Essas ações deveriam ser propostas e transcorrerem com imparcialidade, como medida de justiça e equidade, para que percebêssemos a aposentadoria compulsória como uma garantida funcional, jamais como um “prêmio” pela grave ilicitude.

As nações que praticam a democracia, em quase a sua totalidade admitem a vitaliciedade como prerrogativa, forma de dar segurança e estabilidade a estes agentes e procurar promover o maior grau possível de impermeabilidade as forças que traficam política, mas para os ilícitos mais graves não há corporativismo, e cargos e aposentadorias são pedidos.

E vamos além: o § 2º do art. 38 da Lei nº 8.625/1993 (que trata sobre os membros do MP estadual) exige que a ação para perda do cargo seja proposta contra o promotor de Justiça pelo procurador-geral de Justiça, após autorização do Colégio de Procuradores:

Art. 38. [...]

§ 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:

I – prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;

II – exercício da advocacia;

III – abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

§ 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica.

Por outro lado, o inciso XX do art. 57 da LC nº 75/1993 (que versa sobre os membros do MPU) afirma que a ação para perda do cargo deve ser proposta pelo PGR, após autorização do Conselho Superior do MPF:

Art. 57. Compete ao Conselho Superior do Ministério Público Federal:

XX – autorizar, pela maioria absoluta de seus membros, que o Procurador-Geral da República ajuíze a ação de perda de cargo contra membro vitalício do Ministério Público Federal, nos casos previstos nesta lei;

[...]

Art. 239. Os membros do Ministério Público são passíveis das seguintes sanções disciplinares:

[...]

IV – demissão; e

[...]

Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas:

[...]

V – as de demissão, nos casos de:

[...]

b) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal;

Diante disso, indaga-se: mesmo gozando de vitaliciedade e a lei prevendo uma série de condições para a perda do cargo, o membro do MP, se for réu em uma ação de improbidade administrativa, poderá ser condenado à perda da função pública? O membro do MP pode ser réu em uma ação de improbidade de que trata a Lei nº 8.429/1992 e, ao final, ser condenado à perda do cargo mesmo sem ter sido adotado o procedimento da Lei nº 8.625/1993 e da LC nº 75/1993?

A resposta será “sim”. O STJ decidiu que é possível, no âmbito de ação civil pública de improbidade administrativa, a condenação de membro do Ministério Público à pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

Mas e a LC nº 75/1993 e a Lei nº 8.625/1993?

Segundo o STJ, o fato de essas leis preverem a garantia da vitaliciedade aos membros do MP e a necessidade de ação judicial para a aplicação da pena de demissão não significa que elas proíbam que o membro do MP possa perder o cargo em razão de sentença proferida na ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Essas leis tratam dos casos em que tenha havido um procedimento administrativo no âmbito do MP para apuração de fatos imputados contra o promotor/procurador e, sendo verificada qualquer das situações previstas nos incisos do § 1º do art. 38, deverá obter-se autorização do Conselho Superior para o ajuizamento de ação civil específica.

Desse modo, tais leis não cuidam de improbidade administrativa e, portanto, nada interferem nas disposições da Lei nº 8.429/1992.

Em outras palavras, existem as ações previstas na LC nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993, mas estas não excluem (não impedem) que o membro do MP também seja processado e condenado pela Lei nº 8.429/1992. Os dois sistemas convivem harmonicamente. Um não exclui o outro.

A competência para ajuizar ação contra o membro do MP, e que poderá resultar na perda do seu cargo, não é exclusiva do PGR / PGJ?


- Se a ação a ser ajuizada for a da LC nº 75/1993 ou a da Lei nº 8.625/1993, nestes casos, a competência é exclusiva do PGR ou do PGJ.

- Se a ação a ser ajuizada for uma ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), ela será proposta “pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada” (art. 17). Não há, portanto, competência exclusiva do procurador-geral. Percebe-se que o a Lei nº 8.429/1992 ampliou a legitimação ativa.

Não compactuamos com a ideia de pensar em crime de responsabilidade para juízes e promotores, pois conforme ditado em nossa Constituição, crime de responsabilidade só pode ser praticado por quem ocupa cargos políticos ou de comando. Existiria no projeto, inclusive, a possibilidade de iniciativa de proposição de ação por crime de responsabilidade por parte de qualquer pessoa do povo, o que incluiria os investigados e que poderia ensejar indubitavelmente o mau uso deste instrumento e sérios problemas à efetividade da Lava Jato.

Outro item impensável é retirar o MP dos acordos de leniência como há cogitações. Com o MP parte ou quando não for parte como fiscal da lei, a partir de superveniente homologação judicial, sua presença deve ser politicamente inegociável! Acordo de leniência é aquele em que uma empresa envolvida em algum tipo de ilegalidade denuncia o esquema e se compromete a auxiliar um órgão público na investigação. Em troca, pode receber benefícios, como redução de pena e isenção do pagamento de multa. Deve ser encarada como instrumento de combate a corrupção e não de salvação das empresas. As empresas que se beneficiassem de esquemas ilegais poderiam assumir a culpa, e se afastassem os executivos envolvidos, pagassem multas e devolvessem o dinheiro desviado poderiam voltar a participar de licitações do governo com suas “práticas”, livrando ainda todos os envolvidos de qualquer sanção penal já com o firmamento do acordo de leniência, uma espécie de anistia. Uma excrescência imponderável!

O que não se pode cogitar é o deferimento de lei que coloque minimamente em risco a independência funcional do MP ou o livre convencimento motivado dos juízes em qualquer de suas funções constitucionais, quando não consideramos que o cometimento de abusos comprovados e eventual punição aos praticantes dos hipotéticos abusos respinguem negativamente em qualquer garantia dos senhores magistrados, promotores ou delegados. Não podemos admitir, porém, que alcunhem de “abuso” ações que simplesmente contrariem interesses dominantes, a fim de causar embaraços a Operação Lava Jato, dar-lhe solução de continuidade. É sadia a aceitação da teoria dos *checks in balances*, que representa uma evolução do princípio da separação dos poderes, que não nega a independência entre os poderes – melhor interdependência – mas permite que uma função de poder do Estado possa conter os abusos de outra, de forma a se equilibrarem.

Essas discussões precisam ter transparência, a sociedade precisa ser chamada a participar das decisões políticas do Estado. Necessárias serão longas deliberações, pois é impensável haver aprovações legislativas como essas que se fazem na calada da noite. 



ARQUIVO PESSOAL

LEONARDO SARMENTO é consultor jurídico, professor, palestrante, colunista/articulista. É autor das obras “Controle de Constitucionalidade e Temáticas Afins” (Editora Lumen Juris), “A Efetividade dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Políticas Públicas” e “A Judicialização da Política e o Estado Democrático de Direito”.



A responsabilidade civil do Estado por homicídio praticado por detentos e foragidos

■ POR FERNANDO RODRIGUES ROCHA

Há pouco tempo, o Brasil e o mundo têm assistido aos acontecimentos de inúmeras rebeliões, ocasionadas em virtude da luta de facções por lideranças dentro dos presídios brasileiros que culminaram com dezenas de mortes.

O sistema penitenciário brasileiro é extremamente caro, penoso e não cumpre o seu papel de educar. Nesse contexto, aliado a um Judiciário claramente moroso, a sociedade exige que a justiça seja feita.

Neste momento de comoção, no qual o sistema penitenciário parece uma bomba pronta para explodir a qualquer momento, com presídios superlotados, direitos humanos violados e violência frequente muitos se aproveitam para disseminar a falsa informação de que a família do reeducando preso e morto no presídio é a única a ser beneficiada com a morte.

Após massacres registrados em presídios de Manaus (AM) e Boa Vista (RR), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) informou que vai denunciar os dois episódios à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entre domingo (1º) e segunda (2) de janeiro de 2017, pelo menos 56 presos foram chacinados em uma rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus. O massacre gerou intensa repercussão internacional. Inclusive, o papa Francisco e a Organização das Nações Unidas (ONU) se manifestaram sobre a tragédia.

Já no dia 6 de janeiro de 2017, ao menos 33 presos foram mortos na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista, a maior de Roraima. De acordo com

o secretário de Justiça e Cidadania do estado, Uziel Castro, a matança seria de responsabilidade de presos do Primeiro Comando da Capital (PCC) que estavam concentrados neste centro de detenção.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a morte de detento em estabelecimento penitenciário gera responsabilidade civil do Estado quando houver inobservância do seu dever específico de proteção (Recurso Extraordinário nº 841526), o que traz, por consequência, a condenação do respectivo estado ao pagamento de indenização à família do *de cujus*.

O Supremo Tribunal Federal vem seguindo o entendimento de que em casos de morte de detentos, mesmo que por suicídio, haveria a responsabilidade civil objetiva, isto é, independente da comprovação de culpa, por força também da previsão da Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIX e art. 37, § 6º da CF, os quais têm redação no sentido de assegurar aos presos o respeito às integridades física e moral.

O que muita gente não sabe é que há também a responsabilidade civil do Estado, quando foragidos, por exemplo, cometem o crime de homicídio contra pessoas que não fazem parte do sistema penitenciário, isto é, terceiros (pais de família, policiais, etc.).

É bem verdade que esse entendimento, depende da análise do nexo causal, ou seja, a relação entre o possível crime cometido e a omissão do Estado, que pode ocorrer, por exemplo, pela falha no dever de controle prisional, daí o motivo pelo qual fala-se em responsabilidade civil subjetiva, que vai depender da culpa.

Sobre o tema, os nossos tribunais tem partilhado entendimento no seguinte sentido:

TJ-MG – Apelação Cível AC 10431070347361001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 21/02/2014

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FUGA DE PRESO QUE EM MOMENTO POSTERIOR, PROVOCOU LESÕES NO AUTOR – PARAPLEGIA COMPLETA – ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CAUSALIDADE – INEXISTÊNCIA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – IMPOSSIBILIDADE. A ação de preso foragido provocar lesão no autor por tentativa de homicídio posterior à fuga que resultou em paraplegia, não sustenta a responsabilidade estatal seja objetiva, seja subjetiva, já que faltaria ao caso nexo de causalidade entre a ação desenvolvida e a omissão estatal na segurança pública, ou mesmo possibilidade de indenização em função da teoria da causalidade imediata. Não provido.

Portanto, é forçoso dizer que existem apenas garantias aos presos mortos, quando há também o direito subjetivo de regresso em eventual ação judicial pela família do cidadão. A jurisprudência e a doutrina do Direito Administrativo são modificadas a todo o instante e suscitam muitas discussões até mesmo sobre o limite da responsabilidade subjetiva, veja-se, por exemplo, os seguintes precedentes:

TJ-PR – Apelação Cível AC 5874300 PR 0587430-0 (TJ-PR)

Data de publicação: 02/02/2010

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS FÍSICOS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOMICÍDIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES APÓS A FUGA, E POR EX-PRESO QUE JÁ SE ENCONTRAVA EM LIBERDADE POR DECISÃO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INOCORRÊNCIA.

AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO E O DANO. RECURSO NÃO PROVIDO. – Não há falar em responsabilidade civil do Estado, por crime praticado por preso foragido que pratica homicídio, meses após a fuga, haja vista a ausência de nexo de causalidade entre o dano causado e a omissão atribuída ao ente público


Encontrado em: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DANOS MORAIS, DANOS EMER-

GENTES E LUCROS CESSANTES. CRIME PRATICADO POR FUGITIVO DO SISTEMA PRISIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INOCORRÊNCIA – NEXO CAUSAL NÃO EVIDENCIADO – FATO QUE NÃO OCORREU DURANTE A FUGA. LAPSO TEMPORAL DE 49 DIAS ENTRE A FUGA DO PRESO E O CRIME PRATICADO. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Para que o Estado seja condenado a ressarcir os danos morais e materiais sofridos por vítima de roubo e estupro, praticado por foragido do sistema prisional, imprescindível a demonstração do nexo causal imediato e direto entre a fuga e os crimes que foram praticados, visto que nosso ordenamento jurídico, quanto ao nexo causal, adota a teoria da causalidade direta ou imediata. Não restando evidenciado o nexo causal entre a omissão do Estado no dever de impedir a fuga do detento e o crime cometido contra a autora, face o fato não ter ocorrido durante a fuga, mas após o lapso temporal de 49 dias, incabível os pedidos de indenização.

Encontrado em: Acordam os Desembargadores da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

O tema não é tão simples, como possível averiguar em vários julgados em que, por exemplo, o magistrado concede a liberdade ao preso que não tem condições subjetivas de liberdade (a lei define critérios objetivos) de forma equivocada, e este vem cometer novos crimes, sem que haja o reconhecimento de responsabilidade civil, quando a própria doutrina e jurisprudência (ainda de forma tímida) caminham no sentido de responsabilizar também o juiz por erro em suas decisões (seria o Estado-juiz).

Por fim, há quem aplique no Direito Administrativo a teoria da demonstração do nexo causal imediato e direto como se o fato de o Estado errar fosse superado apenas por não ser imediato. 

“O Supremo Tribunal Federal vem seguindo o entendimento de que em casos de morte de detentos, mesmo que por suicídio, haveria a responsabilidade civil objetiva, isto é, independente da comprovação de culpa, por força também da previsão da Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIX e art. 37, § 6º da CF, os quais têm redação no sentido de assegurar aos presos o respeito às integridades física e moral.”





Sustentabilidade, empresa e governança

■ POR VINÍCIUS CHAVES

A forma como as empresas (em seu sentido institucional) são dirigidas – as chamadas “práticas de governança” – tem sido objeto de debates nos mais variados ramos do conhecimento, tal como na Administração, na Economia e, mais recentemente, no Direito. Conforme des-

taca William Mahoney, o tema tem despertado a atenção de diversos grupos de partes interessadas, investidores, instituições de mercado, autoridades reguladoras e legisladores.

De uma forma geral, tais práticas são designadas por intermédio da expressão *governança corporativa*, que consiste numa tradução literal do termo *corporate governance*, de origem anglo-saxã. Embora seja mundialmente corrente a utilização do referido anglicismo, críticas doutrinárias lhe são formuladas, especialmente nos países de língua portuguesa, em que seu uso normalmente é dificultado. Em meio ao contexto apresentado é comum encontrar na literatura algumas propostas de expressões alternativas ao termo, tais como as formuladas por Arnoldo Wald – que o denomina *governo de empresas* –, Fernando Silva – *governo societário das empresas* –, e Coutinho de Abre – *governança das sociedades comerciais*.

“A coerência e a compatibilidade entre discursos e práticas empresariais devem encontrar no governo da empresa um efetivo instrumento. Trata-se de um importante mecanismo para alinhar a gestão empresarial aos imperativos da sustentabilidade e às ideias em torno da noção de valor compartilhado.”

Para além das controvérsias em torno da eleição de expressões mais ou menos adequadas, mais importante parece o entendimento sobre o que vem a ser governança, assim como os seus propósitos. Desde o clássico trabalho de Adolf Berle e Gardiner Means, considerado seminal nas discussões sobre o tema, a governança tem sido apresentada primordialmente como um conjunto de medidas voltadas à solução de problemas de agência entre titularidade e gestão, ou também entre titulares majoritários e minoritários do capital social.

A manifestação mais expressiva deste ponto de vista sobre a existência de conflitos entre titularidade e gestão se desenvolveu especialmente a partir da publicação da obra de Michael Jensen e William Meckling, na qual os autores (tendo como objeto de análise a sociedade anônima no contexto americano, caracterizado pelo fenómeno da dispersão acionária) definem a relação de agência como uma espécie de contrato em que uma ou mais pessoas, na condição de principais, designam poderes de decisão para o (s) agente (s), ou seja, uma ou mais pessoas encarregadas de executar serviços de gestão em benefício dos principais. No bojo desta relação, diante da dificuldade de alinhamento de interesses nem sempre

coincidentes, surge a necessidade de monitoramento dos agentes pelos principais, gerando uma série de custos – os chamados custos de agência –, influenciados por diversos fatores.

Segundo Arnoldo Wald, a noção de governo da empresa se encontra atrelada ao estabelecimento do Estado de Direito na empresa e se refere à organização e à dinâmica dos poderes, passando também pela adequada definição dos órgãos sociais e das respectivas competências, bem como pela questão dos direitos e deveres dos vários acionistas. Para o autor, o governo se encontra associado à ideia de institucionalização da empresa, que se opera pela regulamentação de sua estrutura administrativa, corporificada no conjunto de medidas que assegura o funcionamento eficiente, rentável e equitativo das empresas. Nesse sentido, deve assegurar a prevalência do chamado interesse social sobre eventuais interesses particulares dos acionistas, sejam eles controladores ou não.

Nas palavras de Jorge Lobo, governança corporativa consiste no conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, tanto de cunho jurídico quanto ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e de não interferência em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da empresa. Regulam, igualmente, o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros dos órgãos da sociedade como o conselho de administração, a diretoria executiva e o conselho fiscal, assim como dos auditores externos. Por fim, destaca que tal regulação se estende ao relacionamento destes membros entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral.

Por sua vez, Fernando Silva destaca que o governo das sociedades propõe evitar os problemas de agência que surgem da separação da propriedade e do controle e também aqueles relativamente aos acionistas majoritários e minoritários. Descreve que há também a finalidade de melhorar a confiança dos investidores, medida necessária para o adequado funcionamento de uma economia de mercado, assim como a própria eficiência econômica e o crescimento.

Vale também apontar a noção de governança empregada por instituições de mercado. No Brasil, destaca-se o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, que atrela a noção de governança à ideia de sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo um conjunto de relacionamentos internos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. Prega-se o alinhamento de interesses internos e a conversão de princípios em recomendações objetivas, com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, o que facilitaria seu acesso ao capital e contribuiria para a sua longevidade.

Percebe-se nas definições relacionadas uma preocupação demasiadamente *interna corporis* ligada à ideia da existência de conflitos de interesses no âmbito da empresa, entre os titulares de participação majoritária ou minoritária e os membros de órgãos internos. Não se vislumbram mais detidamente temas como a incorporação da sustentabilidade¹ e da noção de criação de valor compartilhado às práticas de governança.

Isso significa que nas visões tradicionais os *stakeholders*² – e, conseqüentemente, a ideia de um feixe de interesses privados e públicos, cuja harmonização é necessária – normalmente são postos à margem ou encontram-se inseridos ao debate, mas em análises de cunho meramente estratégico, que englobam apenas as conexões da governança para com o desempenho financeiro.

Particularmente, nas últimas duas décadas, o tema da sustentabilidade passou a integrar a pauta de discussões sobre as empresas e o seu governo. Esse debate se insere no seio de preocupação de algumas importantes organizações internacionais, como a OCDE e a ONU, e também no âmbito de inúmeros países, tanto do ponto de vista legal quanto regulatório. A preocupação tem sido verificada até mesmo na ação das instituições administradoras de mercados, no exercício de sua função de auto regulação.

Os Princípios da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico da OCDE sobre governo de sociedades (mais restrita, portando, do que a ideia de governo de empresas) visam a constituir ferramenta de auxílio no sentido da avaliação e melhora dos enquadramentos legislativo, institucional e regulamentar no âmbito da governança das sociedades nos respectivos países-membros, assim como proporcionar linhas de orientação para atores como bolsas de valores, investidores, empresas e outras partes relacionadas ao tema das boas práticas de governo societário.

Todos os seis princípios estão estruturados em torno da ideia geral de *enquadramento do governo das sociedades*. Com o primeiro princípio – assegurar a base para um enquadramento eficaz do governo das sociedades – deve-se promover mercados transparentes e eficientes, em conformidade com o princípio do primado do Direito, com articulação clara da divisão de responsabilidades entre diferentes autoridades encarregadas pela regulação e aplicação das leis. O segundo princípio – os direitos dos acionistas e funções fundamentais do seu exercício – deve proteger e facilitar o exercício dos direitos dos acionistas. O terceiro princípio – o tratamento equitativo dos acionistas – deve assegurar tratamento equitativo de todos os acionistas, incluindo os minoritários e estrangeiros, os quais devem ter a oportunidade de obter reparação efetiva por violação dos seus direitos. O quarto princípio – o papel dos outros sujeitos com interesses relevantes no governo das sociedades – deve acautelar direitos legalmente consagrados, ou também aqueles estabelecidos através de acordos mútuos, que contemplem outros sujeitos com interesses relevantes na empresa; deve encorajar uma cooperação ativa entre as sociedades e esses sujeitos, seja na criação de riqueza e de emprego, como também na manutenção sustentada de empresas financeiramente saudáveis. O quinto princípio – divulgação de informação e transparência – deve assegurar a divulgação prévia e objetiva de todas as informações relevantes relativas à sociedade, especialmente quanto à situação financeira, desempenho, participações sociais e governo da empresa. Por fim, o sexto e último princípio – as responsabilidades do órgão de administração – deve assegurar a gestão estratégica da empresa, que contemple e permita acompanhamento e fiscalização eficazes da gestão pelo órgão de administração, com a conseqüente responsabilização perante a empresa e os seus acionistas.

Verifica-se que os princípios acima – que corporificam iniciativa cuja adesão é voluntária por parte das empresas, constituindo assim mecanismo de *soft law*³, sem vinculação jurídica – há a preocupação com a temática dos conflitos internos, mas também referências expressas a questões como a transparência, responsabilidade e contemplação de outros sujeitos com interesses relevantes na empresa.

No âmbito das Nações Unidas estabeleceu-se o Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU), iniciativa em torno da ideia de alinhamento das operações e estratégias das empresas a princípios universalmente aceitos em quatro grandes áreas: direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. O Pacto objetiva constituir-se como uma estrutura capaz de promover e auxiliar no desenvolvimento, implementação e divulgação de políticas e práticas de sustentabilidade, auxiliando, assim, o aperfeiçoamento dos modelos de gestão empresariais, através do seu alinhamento à temática da sustentabilidade.

Foram eleitos dez diferentes princípios, sendo dois na área de direitos humanos, quatro relativos a questões ligadas ao trabalho, três relacionados ao meio ambiente e um princípio de combate à corrupção⁴. Tais princípios são baseados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

O Pacto congrega iniciativas interessantes no que diz respeito à assunção de “compromissos” (não vinculativos) de implementação, divulgação e promoção dos princípios, constituindo incentivo para a integração dos mesmos à estratégia e à cultura organizacional das empresas, aos processos de tomada de decisões, a tomada de medidas de apoio às questões e objetivos mais amplos da ONU, a divulgação pública de informes ou relatórios contendo descrição de como vêm sendo adotados os princípios, assim como a divulgação e defesa da causa do Pacto Global em favor de práticas empresariais mais responsáveis.

É importante, igualmente, destacar que o chamado documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em seu parágrafo 13, reconhece participação central da iniciativa privada e das empresas no desenvolvimento sustentável, que “*solo se puede lograr forjando una alianza amplia entre las personas, los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado, trabajando juntos a fin de lograr el futuro que queremos para las generaciones presentes y futuras*”. De acordo com esta concepção, a empresa é entendida como um ator social indispensável à realização do desenvolvimento com sustentabilidade.

De fato, a coerência e a compatibilidade entre discursos e práticas empresariais devem encontrar no governo da empresa um efetivo instrumento. Trata-se de um importante mecanismo para alinhar a gestão empresarial aos imperativos da sustentabilidade e às ideias em torno da noção de valor compartilhado. Por outro lado, em que pese a necessidade de consolidação de um sistema capaz de acomodar atividade econômica, meio ambiente e bem-estar da sociedade, o tema da sustentabilidade, embora frequentemente presente no discurso, parece ainda pendente de incorporação efetiva à prática do governo da empresa.

O paradigma da sustentabilidade deve impactar efetivamente no governo da empresa, no sentido do alinhamento de uma série de questões como aquelas propostas no Princípios da OCDE e no Pacto Global, entre outras como: i) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos colaboradores das empresas e que favoreçam o seu desenvolvimento enquanto seres humanos, através do oferecimento de condições dignas de trabalho e remuneração, possibilidades de progresso na carreira e programas de capacitação para treinamento contínuo; ii) arranjos internos que garantam aos acionistas, especialmente os minoritários, possibilidade de participação ativa nos rumos dos negócios, com instâncias diretivas que lutem para abolir/amenizar os eventuais conflitos de interesses; iii) jogo limpo e transparente com os consumidores de produtos e serviços, com oferta de produtos e serviços de boa qualidade e com preços razoáveis; iv) políticas de proteção ao meio ambiente e engajamento na agenda mundial diante deste campo, contribuindo a nível local, regional, nacional ou mesmo internacional.

O tema deve definitivamente estar alinhado aos demais escopos – solução de conflitos de agência entre titularidade/gestão e majoritários/minoritários, desempenho financeiro etc. – para os quais os diversos modelos de governo da empresa procuram apresentar respostas.

NOTAS

- 1 A noção de sustentabilidade aqui desenvolvida está atrelada a três diferentes dimensões: ambiental, econômica e social.
- 2 O advento do conceito de *stakeholders* foi fundamental para o surgimento de uma nova visão para a atuação das empresas. Em tradução não literal, o termo tem sido usado para definir um conjunto de “partes interessadas” direta ou indiretamente afetadas pelas atividades econômicas exercidas pela empresa, tais como empregados, consumidores, comunidade, meio ambiente, entre outros. Tal visão é pautada no entendimento de que as empresas devem criar o maior valor possível para todas as “partes interessadas”.
- 3 *Soft law* indica direito brando, flexível; por sua vez, *hard law* consiste num direito prescritivo, cogente.
- 4 Princípios: 1) As empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente; 2) Certificar-se de que não são cúmplices em abusos de direitos humanos; 3) As empresas devem defender a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; 4) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; 5) A erradicação efetiva do trabalho infantil; 6) A eliminação na discriminação no emprego e ocupação; 7) As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva sobre os desafios ambientais; 8) Desenvolver iniciativas a fim de promover maior responsabilidade ambiental; 9) Incentivar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ambientalmente sustentáveis; 10) As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.



VINICIUS FIGUEIREDO CHAVES, doutorando em Direito da Empresa e Atividades Econômicas na UERJ e docente efetivo da Universidade Federal Fluminense (Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda)



Reflexões sobre a possibilidade de conservação dos efeitos das decisões proferidas pelo Juízo absolutamente incompetente nos Juizados Especiais Cíveis

■ POR JÚLIA MARIA SILVA FERRAZ

“Ainda que a hipótese de conservação das decisões proferidas pelo juízo absolutamente incompetente seja louvável, em especial por valorar os princípios do sincretismo processual e efetividade da tutela jurisdicional, esta hipótese não se amolda à essência procedimental do Juizado Especial Cível, além de acarretar em iminente prejuízo a um dos demandantes.”

No Código de Processo Civil de 1973, a incompetência era segmentada em duas acepções, a absoluta e a relativa, permanecendo as respectivas ramificações no Código de Processo Civil de 2015.

As definições da divisão também não mudaram com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, conservada a concepção de que na incompetência relativa “as regras são dispositivas, o que acarreta alto grau de flexibilização pelas partes”. Já na incompetência absoluta, “trata-se de normas cogentes, devendo ser rigorosamente observadas e controladas pelas partes e pelo Estado”¹.

No entanto, os efeitos da decisão proferida pelo Juízo absolutamente incompetente submeteram-se a significativas modificações com o Novo Código de Processo Civil, em especial quanto ao art. 113, § 2º do Código de Processo Civil de 1973², cuja previsão normativa atribuíra nulidade aos atos decisórios proferidos por Juízo absolutamente incompetente.

A nulidade dos atos também era ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do AgRg no REsp 1267629/MG cuja relatoria foi do Ministro Ricardo Villas BôasCueva:

[...] A teor do que dispõe o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, e do entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte Superior sobre o tema, o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Estadual para o processamento e julgamento da demanda tem como efeito inafastável e imediato a nulidade de todos os atos decisórios até então praticados. Precedentes. (AgRg no REsp 1267629/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 23/09/2015).

Na audaciosa conjuntura do Novo Código de Processo Civil, a nulidade dos atos processuais proferidos pelo Juízo incompetente foi remodelada, sobretudo pela previsão inserta no seu art. 64, §4º³. Para tanto, hodiernamente há hipótese de conservação da decisão judicial (ato discricionário) ainda que proferida por Juízo absolutamente incompetente. Nesse contexto, o aproveitamento de atos de definição e satisfação de direitos que provenham de órgãos judiciais incompetentes foi consagrado pela jurisprudência como princípio da *translatio iudicii*. (BRASIL. STJ. EDcl no REsp. 355.099/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, 2008).

O ponto crucial deste trabalho é submeter à reflexão os limites de aplicação da *translatio iudicii*, em especial quanto ao seu cabimento no procedimento sumaríssimo cível regulamentado pela Lei nº 9.099/1995.

Não há posicionamento firmado pelos tribunais superiores sobre o tema. No entanto, já se identifica uma incipiente tendência em primeiro grau de jurisdição em prestigiar a aplicação da *translatio iudicii* nos juizados especiais cíveis, a exemplo das decisões proferidas nos Estados do Rio Grande do Norte⁴ e Alagoas⁵, àquela posteriormente sendo reformada com a aplicação dos efeitos infringenciais à decisão pretérita.

Os adeptos à preservação das decisões proferidas pelo Juízo incompetente nos juizados especiais trazem como principal fundamento a hipótese de aplicação supletiva do Novo Código de Processo Civil no procedimento sumaríssimo cível, entendendo, portanto, que o art. 64, § 4º do referenciado diploma normativo seria uma das contingências cuja aplicação é extensível ao procedimento da Lei nº 9.099/1995.

De acordo com o posicionamento perfilhado, poderia o magistrado, declaradamente incompetente, utilizando-se do instituto da *translatio iudicii*, juntamente

com a previsão inserta no art. 51, II da Lei nº 9.099/1995, julgar extinto o feito pela incompetência, mas discricionariamente conservar os efeitos das decisões proferidas.

A possibilidade de aplicação complementar é uma inovação trazida no Novo Código de Processo Civil, especificamente em seu art. 1.046, § 2º⁶, em que o teor contempla de fato a supletividade desta norma nas disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, dentre elas, a Lei do Juizado Especial.

Em outras palavras, abstratamente, o caminho do intérprete seria, quanto à possibilidade de aplicação do princípio da *translatio iudicii*, pelo permissivo normativo que autoriza a aplicação supletiva do Novo Código de Processo Civil no Juizado Especial.

No entanto, ao realizar uma análise pormenorizada quanto à extensão da aplicação da *translatio iudicii* nota-se que a sua incidência no procedimento sumário é temerária, azo porquanto, diversa da efetiva pretensão do legislador e incompatível com o regramento contido na Lei nº 9.099/1995.

De fato, o Novo Código de Processo Civil contempla a hipótese de sua aplicação em outras leis. No entanto, para que haja esta supletividade é imprescindível que na legislação específica exista uma lacuna normativa que propicie a incidência da respectiva complementação.

A declaração de incompetência absoluta da Lei nº 9.099/1995 tem efeito diverso do consubstanciado pelo Novo Código de Processo Civil. Este, segundo o art. 64, integralmente observado, traz como consectário o reconhecimento da incompetência e respectiva remessa dos autos ao Juízo competente, por outro lado, no Juizado Especial Cível, a consequência é a extinção do feito sem resolução do mérito nos termos do art. 51, II⁷ da referida lei especial.

Em primeira análise, a aplicação supletiva do Código de Processo Civil esbarra na ausência de lacuna normativa, já que se a Lei nº 9.099/1995 discorre especificamente sobre as consequências da incompetência absoluta, não há que se falar em complementação da norma. Portanto, aprioristicamente, o art. 51, II não carece de acessão.

Cabe observar que subsistindo lacuna normativa no que tange à conservação – ou não – dos efeitos da decisão proferida, essa regulamentação encontra esteio em um dos parágrafos que contemplam parte de um todo, que é o art. 64⁸, ou seja, o respectivo parágrafo é o fragmento de um todo que regulamenta outras providências atinentes à incompetência absoluta.

No inteiro teor do art. 64 o legislador se ateu à necessidade de aproveitamento das decisões proferidas pelo Juízo incompetente, sem, contudo, atribuir a tais decisões caráter de perpetuidade, visto que com a remessa dos autos ao Juízo competente, nos termos do § 3º do referenciado diploma normativo, haveria garantia do regular processamento do feito harmonizado com o princípio da primazia do julgamento do mérito.

Decerto, a aplicabilidade integral do art. 64 do Código de Processo Civil traria segurança jurídica ao processo. No entanto, por expressa previsão normativa contida no art. 51, II da Lei nº 9.099/1995, a aplicação completa e irrestrita do art. 64 não seria possível, visto que o efeito da incompetência absoluta na legislação específica é a extinção do feito sem resolução do mérito e não a remessa dos autos ao Juízo competente. Portanto, pela expressa incompatibilidade normativa a hipótese de aplicação completa do art. 64 ao desprezo do art. 51, II da Lei nº 9.099/1995 é inviável.

A impossibilidade de utilização supletiva do inteiro teor do art. 64 encontra óbice em dois fatores, o primeiro é a subsistência de uma antinomia aparente entre o art. 51, II e o art. 64 da Lei nº 9.099/1995 do Novo Código de Processo Civil.

Em caso de incompetência absoluta, as normas especial e geral trazem efeitos antagônicos: de extinção sem resolução do mérito e de remessa ao juízo competente, respectivamente. A solução para o desfecho dessa oposição é dada por um dos metacritérios clássicos construídos por Norberto Bobbio⁹ à luz do art. 2º¹⁰, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente o critério da especialidade, em que a norma especial, no caso a Lei nº 9.099/1995, prevalece sobre a norma geral, sendo, portanto, retirada qualquer hipótese de incidência suplementar do Novo Código de Processo Civil.

O segundo fator é que não há liberalidade ao julgador na aplicação da norma. Tramitando os autos pelo procedimento sumaríssimo, há que se observar a integralidade do dispositivo normativo específico, sendo possível a incidência das demais formas de integração da norma jurídica apenas excepcionalmente, pela vedação do *non liquet*. Segundo José de Oliveira Ascensão, “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”¹¹. Portanto, subsistindo regramento específico, o magistrado está condicionado a aplicá-lo, sendo impossível optar por outra forma de integração.

Outra hipótese, inclusive adotada pelos julgadores do Rio Grande do Norte e Alagoas, seria a aplicação supletiva de apenas um trecho do artigo 64, especificamente seu parágrafo 4º.

Para uma percepção mais tangível, colacionam-se como paradigma as disposições insertas nos dois julgados assinalados, destacando que em ambos os magistrados julgaram extinto o processo pela incompetência absoluta do Juízo e, com arrimo específico no art. 64, § 4º do Novo Código de Processo Civil, optaram pela conservação dos efeitos da tutela antecipada que determinava ao demandado – instituição financeira – que suspendesse os descontos consignados em folha de pagamento dos demandantes.

Basicamente, a utilização de apenas parte do art. 64 do Novo Código de Processo Civil solucionaria o impasse da antinomia entre as normas, visto que o magistrado, na hipótese de incompetência absoluta, poderia utilizar-se do art. 51, II da Lei nº 9.099/1995 para extinguir o feito sem resolução do mérito (e não remeter os autos ao Juízo competente como preconiza o § 3º do art. 64 do CPC) e, com arrimo no § 4º do art. 64 do Código de Processo Civil, sufragaria o princípio da *translatio iudicii*.

No entanto, a utilização apenas do trecho ínsito no § 4º do art. 64 do Novo Código de Processo Civil, muito embora solucione o impasse da antinomia, acarreta em outras consequências que também inviabilizam a sua incidência.

Adentrando no raciocínio dos julgadores ao utilizarem o art. 51, II da Lei nº 9.099/1995 e um trecho do art. 64 do Código de Processo Civil, especificamente seu parágrafo 4º, vislumbra-se que estes estarão realizando uma combinação de leis (*lex tertia*). Neste sentido, a reflexão pertinente seria quanto à possibilidade de o magistrado, por liberalidade, combinar dois artigos, daí resultando uma norma híbrida.

Sobre a hipótese de o Judiciário realizar a combinação de leis, é apropriado sobrelevar a lição de Nelson Hungria que “revelava a sua incredulidade nessa possibilidade de o membro do Poder Judiciário se arvorar em legislador, sob pena de violação da regra constitucional da separação dos poderes”¹².

De igual forma, posiciona-se a Corte Suprema no sentido de repelir a realização de uma norma híbrida, abarcando a teoria da ponderação unitária ou global, “em homenagem aos princípios da reserva legal e da separação dos Poderes do Estado”¹³.

O processualista Nelson Nery Júnior também sustenta a ideia de inadmissibilidade do juiz legislador ao preconizar: “O juiz deve aplicar o direito ao caso concreto, sendo-lhe vedado substituir o legislador, pois a figura do *judge made law* é incompatível com o sistema brasileiro da tripartição de poderes (RT 604/43). O juiz deve aplicar a lei e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça (RTJ 103/1262).” (Cf. CPC, 6. ed. RT, pág. 476)¹⁴.

Muito embora seja ainda fragmentária a análise quanto à combinação das leis na esfera cível, especificamente quanto à utilização do § 4º do art. 64 do Novo Código de Processo Civil de forma supletiva no Juizado Especial, têm-se como inconcebível, seja como ponderado pelo Supremo Tribunal Federal, em detrimento da reserva legal e separação dos poderes, como também por não traduzir a intenção real do legislador.

Relativamente à intenção do legislador quando implantou no Código de Processo Civil a hipótese de conservar os efeitos das decisões proferidas por Juízo incompetente, é de fácil percepção que a finalidade de modo algum seria de perpetuação das decisões, visto que haveria remessa dos autos ao Juízo competente, cabendo-lhe a reanálise das decisões e faculdade de revogação, o que, por expressa previsão normativa, não seria possível no Juizado Especial cuja determinação é a extinção do feito.

Impende salientar que uma decisão extintiva do feito sem resolução do mérito tem por corolário lógico a eliminação das decisões proferidas em todo transcurso do processo, haja vista a limitação do juízo para dirimir sobre qualquer indício de direito material invocado, tanto que, nestes casos, não é possível o aproveitamento dos atos processuais, em especial pela imprescindibilidade de distribuição de uma nova ação no Juízo competente. Portanto, é juridicamente impossível coexistir num mesmo processo a permanência de decisões quando o processo for extinto sem o julgamento do mérito.

Por fim, merece destaque a tendência jurisdicional em desconsiderar a ideia do magistrado como aplicador da lei, sendo-lhe oportunizada a atuação na busca da justiça social. No entanto, quando se exemplificam os casos de aplicação da *translatio iudicii*, tem-se clareza quanto à ausência de justiça social quando da sua aplicação nos juizados especiais.

Nos dois casos paradigmáticos, muito embora o Juízo tenha sido reconhecido como absolutamente incompetente, a decisão proferida convalidou a tutela antecipada de suspensão dos descontos consignados em folha de pagamento da parte demandante, restringindo assim, eventual exercício regular do direito do credor em receber seu crédito.

Em outras palavras, a parte demandante que se utilizou de Juízo incompetente será exonerada da obrigação de pagar com arrimo em decisão de Juízo incompetente e a parte demandada não poderá cobrar o seu crédito, cabendo-lhe para tal pretensão, a tentativa de reforma com a interposição de recurso ou com a distribuição de ação específica às suas expensas, a fim de que seja julgado o mérito da lide, caso contrário, a existência, validade e eficácia da decisão serão perpetuadas.

Nesse viés, nota-se que mesmo subsistindo a hipótese de o juiz adotar solução mais apta a alcançar os fins colimados, decerto a decisão de implantar a *translatio*

iudicii afrontaria os princípios basilares do Direito, acarretando em prejuízos que excederiam a reserva legal, portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Assim, ainda que a hipótese de conservação das decisões proferidas pelo juízo absolutamente incompetente seja louvável, em especial por valorar os princípios do sincretismo processual e efetividade da tutela jurisdicional, como visto, esta hipótese não se amolda à essência procedimental do Juizado Especial Cível, além de acarretar em iminente prejuízo a um dos demandantes, sendo assim, tal incidência no procedimento sumaríssimo cível é incompatível. **■**

NOTAS

- 1 SÁ, Renato Montans de. Manual de Direito Processual Civil, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 148.
- 2 Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. § 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas. § 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.
- 3 Art. 64. § 4º. Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.
- 4 TJRN, Processo n.º 0809971-45.2015.8.20.5004, Juíza de Direito Dr.ª Sulamita Bezerra Pacheco, j. 23/09/2016, DJE 27/09/2016.
- 5 TJAL, Processo n.º 0001279-25.2014.8.02.0349, Juiz de Direito Dr. Leonilzo de Melo Freitas, j. 19/05/2016, DJE 30/05/2016.
- 6 Art. 1.046. § 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.
- 7 Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: II - quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou seu prosseguimento, após a conciliação.
- 8 Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação. § 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício. § 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência. § 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente. § 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.
- 9 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: v. ún.. 5. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 37.
- 10 Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
[...]
§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.
- 11 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 415-416.
- 12 MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado* – Parte geral, v. 1, 9. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 134.
- 13 MASSON, *Op. cit.*, 2015, p. 135.
- 14 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 336.



JÚLIA MARIA SILVA FERRAZ é Advogada, especialista em direito processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Mais do mesmo e a cortesia com chapéu alheio das MP's

■ POR PAULO SERGIO JOÃO

No dia 22 de dezembro de 2016, o governo anunciou duas Medidas Provisórias, a nº 761 e a nº 763, com efeitos trabalhistas, além de ter anunciado o envio de projeto de lei para introduzir o debate sobre a reforma trabalhista.

Sobre as medidas provisórias, as sugestões estão muito aquém de representar um efetivo estímulo para as empresas, e quanto ao ainda não revelado projeto de lei dizem que as centrais sindicais estariam de acordo, fato este que seria inusitado e, se verdade for, o oportunismo e conveniência para que não seja alterado o modelo sindical devem ter prevalecido.

A Medida Provisória nº 761/2016 representa uma repaginação da Lei nº 13.189, de 19 de dezembro de 2015. O que traz de mais “relevante” é a alteração do nome do Programa de Proteção ao Emprego (PPE) para Programa Seguro Emprego (PSE), com a prorrogação do Programa para dezembro de 2018. De resto, segue na mesma toada do desnecessário e do pouco eficaz da antiga Medida Provisória nº 680/2015, do governo Dilma, transformada na lei que agora se altera.

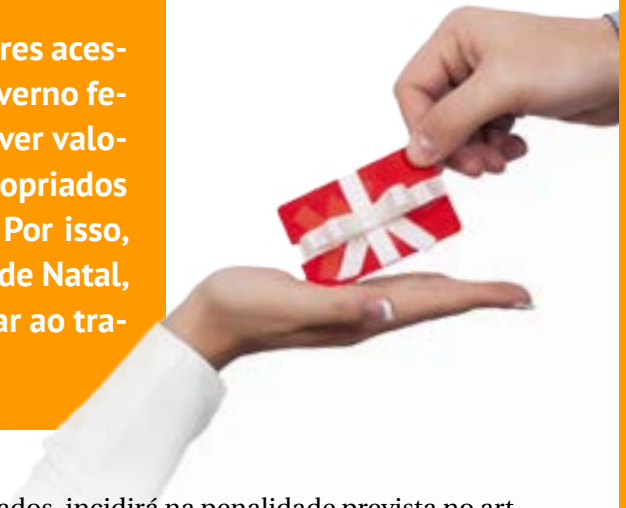
Para fazer justiça, a MP nº 761/2016 traz inclusão de condições de adesão, com preferência de empresas que cumpram a quota de deficientes, conforme critérios a serem definidos pelo Poder Executivo federal, art. 2º, § 2º: “Tem prioridade de adesão a empresa que demonstre observar a cota de pessoas com deficiência, as microempresas e empresas de pequeno porte, observados os critérios definidos pelo Poder Executivo Federal”.

Além disso, em caso de adesão ao contrato coletivo de trabalho específico, incluiu a possibilidade de os sistemas prisional e de medidas socioeducativas (art. 6º, inciso II) serem exceção ao modelo de contratação durante a vigência do Programa.

Trata-se de inclusão politicamente correta e que permitirá ao Ministério do Trabalho e Emprego e ao Ministério Público do Trabalho, na forma em que for regulamentado pelo Poder Executivo federal, prosseguirem nas investigações relativas ao cumprimento de quota de deficientes em empresas que não terão condições de abrir novos postos de trabalho, estabelecendo uma obrigação quase impossível durante o período de crise. Devemos aguardar os critérios a serem definidos.

A medida provisória mantém a obrigação de garantia de emprego proporcional equivalente ao terço do período de vigência do programa. Já tivemos oportunidade de fazer a crítica ao modelo implantado pelo governo anterior, porque a superação da crise independe de medidas como essa. A garantia de emprego, caso a economia não seja capaz de se recuperar, vai onerar certamente a empresa com

“Ao permitir que os trabalhadores acessem a conta inativa do FGTS, o governo federal nada mais faz do que devolver valores que foram indevidamente apropriados dos próprios titulares do direito. Por isso, não se trata de um belo presente de Natal, mas de um exercício mágico de dar ao trabalhador o que lhe pertence.”



tal condição e, caso dispense empregados, incidirá na penalidade prevista no art. 8º *verbis*: “Fica excluída do PSE e impedida de aderir ao Programa novamente a empresa que: I – descumprir os termos do acordo coletivo de trabalho específico relativo à redução temporária da jornada de trabalho ou qualquer outro dispositivo desta Lei ou de sua regulamentação”.


Se assim for, implicará devolução ao FAT dos valores recebidos a título de compensação conforme disposto no art. 8º em seu parágrafo primeiro: “A empresa que descumprir o acordo coletivo ou as normas relativas ao PSE fica obrigada a restituir ao FAT os recursos recebidos, devidamente corrigidos, e a pagar multa administrativa correspondente a cem por cento desse valor, calculada em dobro no caso de fraude [...] revertida ao FAT”.

Portanto, a recuperação econômica não está sob controle de empresas, mas de efetividade de medidas econômicas que tragam credibilidade na retomada de desenvolvimento no Brasil. Deste modo, a empresa que aderir terá que se programar quanto às condições de preservação da folha de pagamento pelo período do acordo coletivo de trabalho específico mais um terço. Se não tiver condições de fazê-lo deverá partir para outra forma de enfrentamento da crise.

Com a Medida Provisória nº 763/2016, que se refere à possibilidade de o trabalhador movimentar contas inativas, segundo calendário ainda a ser expedido pelo agente operador do FGTS, o governo faz cortesia com chapéu alheio, já que libera depósitos inativos que pertencem aos próprios trabalhadores e que foram retidos indevidamente.

As motivações históricas de que o FGTS serviria para formar uma poupança para os empregados dela usufruírem na aposentadoria há muito desapareceram. Não há razões para a apropriação pela CEF por meio da retenção de depósitos do FGTS quando o empregado pedir demissão ou quando for despedido por justa causa. Trata-se de direito do trabalhador assegurado pela Carta Magna, art. 7º, inciso III. Na verdade, o FGTS jamais serviu como modelo de manutenção de emprego.

Desta feita, ao permitir que os trabalhadores acessem a conta inativa do FGTS, o governo federal nada mais faz do que devolver valores que foram indevidamente apropriados dos próprios titulares do direito. Por isso, não se trata de um belo presente de Natal, mas de um exercício mágico de dar ao trabalhador o que lhe pertence.

Percebe-se que efetivamente o Estado não tem dado sua contribuição para que as empresas sejam incentivadas ao crescimento seguro e, quanto ao Projeto de Lei, vamos aguardar o texto que deverá surpreender a todos. 



ARQUIVO PESSOAL

PAULO SERGIO JOÃO é advogado, professor de Direito Trabalhista da PUC-SP e FGV-Law.



Tendências da reforma trabalhista no sistema capitalista

■ POR GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA

Se bem analisarmos, a maioria das propostas de reforma trabalhista de maior impacto, que são periodicamente apresentadas em diferentes governos, revelam, em linhas gerais, dois traços comuns essenciais: um de natureza formal, normalmente simbólico, e outro de conteúdo, quanto ao verdadeiro objetivo almejado.

Primeiramente, visando obter sustentação política e aceitação pela sociedade, apresenta-se como justificativa extrínseca a necessidade de se atualizar a legislação em função das mudanças sociais ocorridas, para que as empresas tenham maior competitividade no mercado globalizado, com vistas a se alcançar o crescimento econômico e, com isso, obter mais emprego e melhor renda.



Argumenta-se, em síntese, que os tempos mudaram e que as leis aprovadas no passado não atendem mais às necessidades do mundo pós-moderno, impondo-se a sua adequação à atualidade.

Esquece-se de registrar, entretanto, que a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) tem sido constantemente modificada, pouco restando daquilo que existia quando foi aprovada.

Além disso, a sua interpretação e aplicação também não é estática, pois acompanha a evolução social, o que se nota até mesmo nas frequentes mudanças da jurisprudência dos tribunais sobre a matéria.

A suposta rigidez do Direito do Trabalho também não se observa em termos reais. Apenas para ilustrar, o empregado, salvo hipóteses excepcionais, não tem qualquer garantia de permanência no trabalho, não sabendo se estará empregado no dia seguinte. Ademais, prevalece o entendimento de que a despedida arbitrária ou sem justa causa pode ser feita unilateralmente pelo empregador, até mesmo sem se explicitar o motivo.

Quanto ao conteúdo, as propostas de reforma estrutural, em regra, ainda que de modo não totalmente explícito ou declarado, destinam-se a instituir a redução de direitos, sob as vestes da negociação coletiva e a retórica da flexibilização.

“Sem a intensa mobilização dos trabalhadores, é utópico esperar que os direitos sociais, arduamente conquistados ao longo dos anos, sejam ampliados ou até mesmo preservados. Isso se aplica, inclusive e especialmente, ao momento atual, em que se avizinhm reformas diversas, notadamente nas áreas sociais mais sensíveis, que atingem de forma direta toda a população que vive da sua força de trabalho.”

Difícilmente se encontrará alguma proposição oficial, de maior destaque, que pretenda fortalecer e ampliar, substancialmente, os direitos em favor dos empregados.

Objetivos assim, como é evidente, atendem aos anseios de setores econômicos e empresariais envolvidos, na busca por maiores lucros e acúmulo de riquezas, o que é inerente ao modo de produção em que vivemos, sem se tratar, portanto, de observação de ordem moral ou de cunho subjetivo.

Cabe sempre lembrar que a República Federativa do Brasil, no plano jurídico-constitucional, constitui-se em Estado Democrático de Direito, o que não se confunde com a realidade econômico-social, relativa ao modo de produção em que se insere.

É preciso ter consciência, assim, da constatação histórica de que no sistema capitalista o Estado tende a agir em favor dos interesses da classe social dominante, titular dos meios de produção, que consegue alcançar hegemonia não apenas na esfera econômica, mas também cultural e política.

Eis a razão de, mesmo em governos oriundos de linha ideológica supostamente mais voltada à classe trabalhadora, se bem analisarmos, por vezes encontrarmos a aprovação de medidas que contrariam até mesmo os interesses daqueles que os elegeram.

Não há como se esperar, portanto, reformas trabalhistas oriundas de esferas governamentais, que, de modo deliberado ou mesmo inconscientemente, estão atreladas ao capital, propondo a ampliação de direitos dos mais vulneráveis e desfavorecidos socialmente.

A evolução histórica revela que a melhoria das condições sociais dos trabalhadores não surge naturalmente, como dádiva do Estado, por generosidade espontânea do poder público e das empresas, ou como concessão dos empregadores, mas somente é alcançada por meio de união, lutas e pressões no plano social.

A vida em sociedade apresenta, por natureza, conflitos de interesses, por mais que se pretenda convencer que capital e trabalho devem colaborar para que objetivos maiores sejam alcançados, como o desenvolvimento nacional.

Desse modo, sem a organização dos trabalhadores em torno de objetivos comuns, com a efetiva reivindicação de direitos e a realização de protestos contra medidas de precarização, a tendência intrínseca do sistema econômico em vigor é de reduzir os custos da produção e das diversas atividades empresariais, para que sejam obtidos maiores lucros, o que resulta, até mesmo em termos matemáticos, na redução de direitos trabalhistas, os quais são considerados despesas pelo setor patronal.

Em síntese, sem a intensa mobilização dos trabalhadores, é utópico esperar que os direitos sociais, arduamente conquistados ao longo dos anos, sejam ampliados ou até mesmo preservados.

Isso se aplica, inclusive e especialmente, ao momento atual, em que se avizinham reformas diversas, notadamente nas áreas sociais mais sensíveis, que atingem de forma direta toda a população que vive da sua força de trabalho. **C**



ARQUIVO PESSOAL

GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA é livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela Universidad de Sevilla. Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla. Professor Universitário em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Membro Pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, titular da cadeira nº 27. Advogado e consultor jurídico. Foi juiz do Trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões, ex-procurador do Trabalho do Ministério Público da União e ex-auditor Fiscal do Trabalho.

O princípio do ladeamento constitucional entre a advocacia privada e a Defensoria Pública

■ POR MAURILIO CASAS MAIA

A relação entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Defensoria Pública não é uniforme em território nacional. Aliás, existem estados nos quais a relação é extremamente harmoniosa e outros nos quais os conflitos de interesses são latentes. O presente artigo lança seu olhar e preocupação sobre o (con)texto constitucional do Sistema de Justiça a fim de tratar do aqui denominado *princípio do ladear constitucional* entre a advocacia e a Defensoria Pública.

Originariamente, a Constituição apresentou a advocacia privada (art. 133) e a Defensoria Pública (art. 134) na mesma seção do capítulo IV, das “Funções Essenciais à Justiça” (Seção III: Da Advocacia e da Defensoria Pública). A mensagem do constituinte era clara: as carreiras devem atuar em *ladeamento* harmônico no Sistema de Justiça.

O *princípio do ladeamento constitucional* – como denominado aqui – não decorre somente da arquitetura e da topografia da Constituição. Aliás, esses seriam os argumentos mais fracos atualmente. Isso porque a EC nº 80/2014 dispôs sobre



a “Seção IV” como específica da Defensoria Pública – reforçando-se a concepção da autonomia institucional do Estado Defensor, iniciado nos debates constituintes e na EC nº 45/2004.

Em verdade, na teoria jurídica também se encontra fundamento para o *ladeamento institucional* entre defensores públicos e advogados. O pai do garantismo jurídico, o italiano Luigi Ferrajoli, na obra clássica “Direito e Razão”, aponta para a necessária “atuação complementar” da Defensoria Pública em harmonia com a atuação do advogado constituído, a fim de abrandar os efeitos do desequilíbrio entre a defesa privada e a acusação pública – intervenção não mais desconhecida no cenário brasileiro (CASAS MAIA). E tal atuação harmônica já vem ocorrendo paulatinamente no Brasil, não obstante todo o descaso orçamentário para com o Estado Defensor.

Por outro lado, a origem da Defensoria Pública no Brasil reforça o papel de *ladeamento* constitucional dos defensores públicos com a advocacia. Isso porque a carreira de defensor público tem uma de suas origens na Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro (PGJ-RJ), quando defensores públicos e promotores dividiam o mesmo palco institucional sob a batuta do procurador-geral de Justiça – ver Lei nº 2.188/1954, do Rio de Janeiro. Tal situação reforça a atuação da Defensoria Pública na qualidade de órgão interveniente defensivo, como já ocorre na execução penal (art. 81-A, da Lei de Execução Penal).

Ressalte-se que não obstante exista proibição da postulação fora da carreira de defensor público (CRFB/88, § 1º1, art. 134 e ADCT, art. 222), a LC nº 80/1994 prestigia a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como pré-requisito de capacitação intelectual para ingresso na carreira defensorial (art. 263). Na verdade, os debates ocorrem em outra seara, ou seja, sobre a obrigatoriedade – ou

“A advocacia privada e a Defensoria Pública participam da mesma trincheira defensiva na luta por Justiça, devendo buscar a eficácia ótima da ampla defesa e do contraditório no cenário processual a partir do arranjo constitucional. Não existe sobreposição entre as carreiras, mas tão somente missões constitucionais específicas – art. 133 e art. 134.”

não – de inscrição do defensor público nos quadros da OAB –por exemplo, a ADI nº 4636 (STF). Este último tema é controverso, existindo posições divergentes, entre as quais se destaca a visão do renomado jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, em harmonia com § 6º4 do artigo 4º da LC nº 80/1994:

Para que o Defensor Público disponha de capacidade postulatória *não é necessário que*, havendo estado inscrito na OAB,

por ocasião do concurso ou cargo ou da posse nele, permaneça inscrito no álbum profissional, pois sua capacidade postulatória decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no correspondente cargo público.” (BANDEIRA DE MELO, Parecer de 8.7.2011, g.n.)

Deixado o tema polêmico de lado, existem outros indícios do necessário *ladeamento* harmônico entre as carreiras aqui tratadas. É o que acontece, por exemplo, na participação de defensores públicos nos Conselhos da Ordem dos Advogados

do Brasil (OAB) e o que pode acontecer quando (“e se”) for criado um necessário e uniformizador Conselho Nacional da Defensoria Pública (CNDP), no qual seria natural aguardar a participação advocatícia na composição do referido conselho defensorial.

Em suma, a advocacia privada e a Defensoria Pública participam da mesma trincheira defensiva na luta por Justiça, devendo buscar a eficácia ótima da ampla defesa e do contraditório no cenário processual a partir do arranjo constitucional. Enfim, não existe sobreposição entre as carreiras, mas tão somente missões constitucionais específicas – art. 133 e art. 134. Portanto, trata-se de exercitar a harmonia decorrente do *ladeamento* constitucionalmente almejado e dessa formar promover um Sistema de Justiça realmente justo e equilibrado de maneira mais eficaz. **C**

NOTAS

- 1 CRFB/88, “Art. 134 (...) § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”.
- 2 ADCT da CRFB/88, “Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”.
- 3 LC nº 80/1994, “Art. 26. O candidato, *no momento da inscrição*, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga.” (g.n.)
- 4 LC nº 80/1994, “Art. 4º (...) § 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.”

REFERÊNCIAS

- Brauner Jr., Arcênio. *Princípios institucionais da Defensoria Pública da União*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.
- Casas Maia, Maurílio. *Custos Vulnerabilis* Constitucional: O Estado Defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 417, p. 55-57, 1º jun. 2014.
- _____. “Custos Vulnerabilis”: das páginas da Consulex para o Brasil. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 477, p. 53-55, 1º Dez. 2016.
- _____. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. **Revista Jurídica Consulex**, n. 425, Brasília(DF), p. 56-58, 1º out. 2014.
- Esteves, Diogo. Silva, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.
- Kettermann, Patrícia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.
- Paiva, Caio. *Prática Penal para a Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- Rocha, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.
- Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- Rosa, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.



MAURÍLIO CASAS MAIA é Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e doutorando em Direito Constitucional e Ciência Política (UNIFOR). Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Público: Constitucional e Administrativo; Direitos Civil e Processual Civil. Professor de carreira da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e defensor público (DPE-AM). Atualmente, é também conselheiro na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Amazonas.

Infraestrutura e risco cambial como descongelar investimentos

■ POR EDUARDO SALOMÃO NETO



O problema das deficiências brasileiras em portos, geração de energia, transportes e tantas mais tem, claro, sua raiz na falta de dinheiro. Não na falta de dinheiro no mundo, onde sobra e as taxas de juros são baixas, mas justamente no Brasil. Aqui, à parte manifestações protocolares de otimismo, sabe-se que a percepção de risco de investidores internacionais para o longo prazo é ruim. Gastos públicos altos, empresas endividadas, governo mais ainda, atraso no conhecimento e na tecnologia, tudo faz crer em economia que perderá valor em relação ao mundo externo.

Só que determinismo econômico é via duvidosa e essa lógica só existe se nada for feito para reverter a tendência. Um dos caminhos, embora certamente não o único, é o investimento em infraestrutura. Mas como, se os capitais nacionais são insuficientes e os escassos fundos estatais tendem a ser mal distribuídos, isso quando existem?

O capital estrangeiro seria, claro, a solução em um cenário assim, mas ele hesita em vir. É impossível apontar um só motivo, mas muito contribui a percepção de que as agruras

econômicas farão com que o câmbio se desvalorize, depois da entrada do investimento no país. As consequências disso são duas: a primeira é que a retirada dos recursos do Brasil, possivelmente por venda do projeto financiado, poderia resultar em prejuízo. Mas essa inconveniência pode ser relativizada porque se manifesta no longo prazo. A segunda, pior porque afeta o investidor ou financiador, mesmo que tenha perspectiva de longo prazo, é que as tarifas cobradas, necessariamente em reais, passariam a representar, após eventual desvalorização cambial, valor inferior em dólares. Inferior o suficiente para prejudicar o retorno do investimento ao longo do tempo. Trata-se de um defeito imperdoável para quem aplicar dinheiro em vista de ganhos, eventualmente tendo de dar satisfações a investidores, no caso de fundos, bancos e outros agentes profissionais. A isso soma-se o fato de que muitos gastos com projetos de infraestrutura, principalmente em sua fase de implantação, têm de ser feitos em moeda forte, para atender às despesas como serviços técnicos, equipamentos importados, transferência de tecnologia.

A solução para o impasse passaria por garantia desses riscos, a qual teria de vir do setor público. Mas como contar com fundos públicos no atual momento de penúria? Dificilmente seu suprimento virá pelo aumento de tributação, porque no Brasil a atividade produtiva paga já impostos elevados e há pouca elasticidade em período de crise. Há, é verdade, áreas insuficientemente tributadas em que o aumento de incidência fiscal não prejudicaria a atividade econômica de empresas

“Como contar com fundos públicos no atual momento de penúria? Dificilmente seu suprimento virá pelo aumento de tributação, porque no Brasil a atividade produtiva paga já impostos elevados e há pouca elasticidade em período de crise.”


e trabalhadores de qualquer nível, como a sucessão por morte. Mas escassa disposição política de enfrentar o patrimonialismo da sociedade brasileira torna improvável uma reforma no curto prazo, sendo previsível que o país permaneça, apesar de suas carências, como um santuário fiscal para os patrimônios passivos não empresariais. Assim, alternativas para o financiamento da infraestrutura precisam ser analisadas.

Uma delas, juridicamente irretocável, seria a criação de “fundo” privado, com as seguintes características:

- i) seria alimentado por acréscimo nas tarifas cobradas de consumidores;
- ii) acumularia recursos que seriam administrados por gestor privado com vistas a preservar valor, inclusive em relação a parâmetro cambial;
- iii) os investimentos do fundo seriam escolhidos de forma a propiciar proteção contra a desvalorização da moeda brasileira, seja por meio de derivativos locais ou de investimentos diretamente em ativos no exterior, sem prejuízo de outras opções não cambiais, quando isso fosse recomendado pela conjuntura do país;
- iv) durante prazo específico, que poderia ser calculado com base no período de amortização do investimento inicial ou outro critério, os recursos acumulados seriam usados para compensar o projeto de infraestrutura e indiretamente seus investidores por eventual defasagem nas tarifas em relação ao paradigma cambial da época da realização do investimento; e
- v) passado o período base de inserção do investimento e amortizados seus custos, o valor do “fundo” continuaria a ser revertido para o projeto de infraestrutura, só que mediante redução tarifária repassada aos consumidores que, dessa forma, teriam a compensação pelo acréscimo tarifário inicial.

O “fundo” poderia se revestir da forma jurídica de carteira administrada regulada pela Instrução CVM nº 558/2015, ou mesmo de fundo em sentido estrito regido pela Instrução CVM nº 555/2014, sendo o projeto de infraestrutura o investidor. Em ambos os casos permite-se a realização de investimentos no exterior, eventualmente necessários para a equalização cambial da carteira. E a estrutura regulamentar existente, com fiscalização da CVM, assegura regras básicas de governança e transparência. Assim como assegura o profissionalismo de gestor e parâmetros para sua atuação, inclusive em relação a aplicações de recursos no exterior.

Uma tal solução poderia ser implementada por alteração legislativa, de forma a se tornar obrigatória para áreas sensíveis de infraestrutura. Mesmo na falta disso, entretanto, pode ser eleita como modelo em licitações específicas, por iniciativa governamental, com mínimos ajustes na regulamentação setorial, quando existir. Nada na Lei de Licitações ou em outras leis específicas impede a imposição de adicional de preço nas tarifas, direcionado a fundo privado, nas condições mencionadas.

São ideias simples, mas talvez essa sua maior virtude. Afinal, depois de tantas complicações, econômicas, ideológicas e até emocionais, o país pode fazer bom uso de um pouco de simplicidade. 



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO SALOMÃO NETO é sócio de Levy & Salomão Advogados.

Precisamos de um novo Código Comercial?

■ POR IVENS HENRIQUE HÜBERT



Um aspecto peculiar da cultura brasileira é o apreço pelo novo, em detrimento, quase sempre, do que já possui alguma idade. Não apenas nos discursos dos políticos, quando seguidamente se apresentam como oposição a tudo o que aí está, mas também no pouco apreço conferido ao patrimônio histórico, o que resulta na frequente destruição de prédios de valor histórico em benefício aos modernos projetos arquitetônicos.

No campo da legislação dá-se o mesmo. A sede reformatória atinge até mesmo o coração de determinadas disciplinas – os seus Códigos. Frutos de uma época e de um pensamento próprio, as codificações são elementos de estabilidade, na medida em que aglutinam, sistematicamente, as normas gerais de uma determinada disciplina jurídica, servindo, assim, como pedra angular para o estudo e a compreensão dos institutos relacionados. Nos últimos anos, tanto o antigo Código Civil como o Código de Processo Civil foram inteiramente substituídos por diplomas mais modernos.

Ao longo dos últimos anos, o Direito Comercial – ou, caso se queira, o Direito Empresarial – também tem sido tomado pela discussão sobre uma nova codificação. Ainda em dezembro de 2016, o relatório deveria passar por votação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, mas faltou consenso, diante da oposição de inúmeras entidades representativas de empresário e de críticas de diversos juristas.


Sendo assim, a substituição do novo em detrimento do velho não pode ser aplaudida ou condenada *a priori*. Em qualquer caso, é necessária uma apreciação sobre a relevância e utilidade do que está em vigor, da conveniência de sua substituição e, por fim, da qualidade do que se propõe. Todos esses aspectos demandam exames profundos, que seguramente não cabem aqui. Porém, um dos maiores problemas da discussão travada até então é justamente a sua superficialidade. Com honrosas exceções, o debate vem sendo feito por meio de artigos de opinião, sem um maior aprofundamento dogmático. Além disso, parte das críticas denota disputas pessoais, que em nada contribuem para o debate técnico.

De todo o modo, cabem três críticas genéricas à proposta. Primeiramente, opta-se pela reversão da unificação legislativa do Direito Privado, uma guinada ocorrida com o advento do Código Civil de 2002. Chama a atenção o fato de que, agora, exalta-se a necessidade de um código que ressalte valores próprios do Direito Comercial – em oposição ao Direito Civil – quando, poucos anos atrás, o legislador claramente optou pelo caminho inverso.

Não está em questão aqui a autonomia material ou dogmática do Direito Comercial, algo que raramente se nega. O problema é a impressão de casuísmo legislativo, do legislar ao sabor das conveniências e sem que se dê o tempo necessário para que certas decisões mostrem sua serventia ou provem-se equivocadas. Com efeito, muitas vezes é apenas o desenvolvimento jurisprudencial – que no Brasil, por circunstâncias diversas, é bastante lento – que pode demonstrar se determinadas opções legislativas foram acertadas, se demandam correções por meio de interpretação extensiva ou restritiva ou, ainda, se a sua reforma pela via legislativa é inexorável.

A nova codificação do Direito Comercial representa também um duro golpe nos objetivos que haviam justificado o Código Civil por uma segunda razão. O capítulo deste último relativo ao direito das obrigações já surgiu esvaziado, na medida em que boa parte das relações jurídicas que originalmente deveria regular passou a ser objeto do chamado “Código” de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor alguns anos antes. Assim, as relações entre empresas e consumidores escapam às regras do Código Civil, cuja aplicação nesse caso é apenas subsidiária. Com a entrada em vigor do novo Código Comercial, o esvaziamento seria quase completo, pois também as relações entre empresas não estariam mais sob sua égide. Restariam reguladas pelo Código Civil as relações “entre consumidores”, que representam uma parte ínfima do total.

Por fim, o projeto é paradoxal, uma vez que procura, por um lado, conferir maior segurança e previsibilidade às relações entre empresários, inclusive restringindo determinadas cláusulas abertas do Código Civil, ao mesmo tempo que se estrutura sob princípios, com os quais busca “recoser os valores do Direito Comercial”. Esses princípios são didaticamente definidos no projeto, com o que se procura eliminar incertezas e afirmar os elementos centrais do Direito Comercial. Entretanto, a enunciação e definição legal de princípios pelo legislador é algo questionável. Mais promissora é a tarefa de desenvolvimento de um sistema e de uma dogmática jurídica por doutrina e jurisprudência, em constante diálogo.

Códigos são conquistas e legados culturais. Não se limitam, nesse sentido, ao ato legal pelo qual esses diplomas entram em vigor, mas abrangem toda a construção dogmática subsequente, pelo qual seus institutos são interpretados e reinterpretados ao longo de gerações. Sua constante modificação por completo, com idas e vindas conforme a tendência e o discurso em voga, sem maior consideração às suas possibilidades de realização no longo prazo, pode representar perdas que superam, em muito, as vantagens apontadas. 

“Códigos são conquistas e legados culturais. Não se limitam, nesse sentido, ao ato legal pelo qual esses diplomas entram em vigor, mas abrangem toda a construção dogmática subsequente, pelo qual seus institutos são interpretados e reinterpretados ao longo de gerações.”



Certidão de regularidade fiscal na recuperação

■ POR ADRIANA NOGUEIRA TÔRRES

Quase 11 anos após a publicação da Lei nº 11.101, de 2005, muito ainda se discute acerca da necessidade de apresentação, pelo devedor, da certidão de regularidade fiscal no processo de recuperação judicial. Isso porque a Lei nº 13.043, de 2014, que instituiu o parcelamento especial para tais devedores, muito embora possua vantagens em relação ao parcelamento ordinário (como o prazo com 14 meses mais extenso, a liberação de apresentar garantia do valor do débito inscrito na dívida ativa e a abrangência de débitos sujeitos à retenção na fonte), na prática, revela-se ineficaz para a maior parte dos devedores, considerando o prazo concedido para pagamento, além da obrigação de quitação integral, sem redução de multa e juros.

Causam estranheza tais condições, sobretudo se comparadas àquelas instituídas por programas de refinanciamento de dívidas fiscais, como o da Lei nº 11.941, de 2009, que permitiu o pagamento dos débitos em até 180 meses, com vantajosa redução de multa e juros. Sob essa lógica, o que parece revelar o parcelamento da Lei nº 13.043 é o interesse exclusivo de arrecadação do Estado, em detrimento da preservação da empresa como fonte produtora e, por conseguinte, do seu soerguimento.

Em que pese o crédito tributário não estar sujeito à recuperação judicial, sem equacionamento do passivo tributário, dificilmente o devedor consegue manter a integridade do plano. Não por acaso, a maior parte dos processos de recuperação judicial é convertida em falência. No processo de recuperação, o maior desafio dos administradores e advogados reside em tornar viável a recuperação da saúde financeira das empresas e a regularização de seu passivo tributário, para que se lhes oportunize a continuação de suas atividades.

A discussão promove variados reflexos em toda a ordem econômica, pois o princípio subjacente ao artigo 47 da Lei nº 11.101, de soerguimento e manutenção da fonte produtora, dos empregos e do equacionamento dos interesses dos credores, está intimamente associado ao princípio da livre iniciativa e seu consectário da livre concorrência, em garantia do qual o legislador constituinte, no artigo 174, dispôs que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência.

Com efeito, a legislação brasileira, no tocante à recuperação judicial, foi inspirada no modelo norte-americano “chapter eleven”, em cuja concepção prevalece a teoria


da superação do dualismo pendular, em que as partes envolvidas devem suportar ônus em prol da manutenção da fonte produtora, o que consubstancia a finalidade da norma, desde que tenha viabilidade econômica.

Incoerentemente, tem-se notado uma banalização do argumento de que a obrigação de apresentar a certidão de regularidade fiscal inviabiliza o cumprimento do plano, com o que se pretende conferir a esse argumento caráter exclusivo de direito, conquanto, na realidade, contemple conteúdo eminentemente fático-probatório. Indaga-se, nesse contexto, se o argumento não deveria ser provado, ao invés de meramente alegado e acolhido, pelo Poder Judiciário, como se fosse uma premissa absoluta.

Mesmo porque, se existe previsão legal quanto à apresentação de certidão como condição para a concessão da recuperação judicial (artigo 57), não poderia o Judiciário, em tese, a pretexto de que tal previsão impossibilitaria outra, contida na mesma lei (artigo 47), negar-lhe vigência. Para tanto, seria necessário o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, resguardada a reserva de plenário, na forma do artigo 97 da CRFB/1988, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.279.525.

É importante ressaltar que, se a ausência de lei especial para o devedor, até 2014, ensejou um sem-número de demandas pelos devedores que tiveram a recuperação deferida, para buscar o reconhecimento do direito à obtenção de parcelamentos mais benéficos do que o ordinário, dado à impossibilidade, na prática, do seu cumprimento, é previsível que, em razão da ineficácia da Lei nº 13.043, no plano prático da sua aplicação, a situação de insegurança jurídica e necessidade de se recorrer ao Judiciário continue a ocorrer.

Independentemente da necessidade ou não de apresentação de certidão, no processo de recuperação judicial é indiscutível a relevância de se permitir a adesão a parcelamento especial e efetivo – o que não ocorre com a Lei nº 13.043 – para pagamento dos seus débitos de natureza tributária, já que representam parcela significativa das dívidas dos devedores em exame. Se não for possível viabilizar o seu adimplemento, mediante condições especiais, inviabiliza-se, por conseguinte, a recuperação da pessoa jurídica.

Ante o exposto, pode-se concluir que a exigência da certidão de regularidade fiscal no âmbito de um processo de recuperação judicial está longe de ser pacífica, o que somente ocorrerá se o Poder Judiciário reconhecer, por órgão fracionário, a inconstitucionalidade dos artigos 57 da Lei nº 11.101, e 191-A do CTN, o que deverá ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ação declaratória de constitucionalidade nº 46. A questão pode, por outro lado, ser suavizada se elaborada uma lei de parcelamento especial, que efetivamente atenda às necessidades dos devedores em crise financeira. 

“A exigência da certidão de regularidade fiscal no âmbito de um processo de recuperação judicial está longe de ser pacífica, o que somente ocorrerá se o Poder Judiciário reconhecer, por órgão fracionário, a inconstitucionalidade dos artigos 57 da Lei nº 11.101, e 191-A do CTN, o que deverá ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ação declaratória de constitucionalidade nº 46.”



ARQUIVO PESSOAL

ADRIANA NOGUEIRA TÓRRES é advogada do escritório Castro, Barros, Sobral, Gomes Advogados, Secretária-Geral da Comissão de Direito Econômico da Ordem dos Advogados do Brasil (seccional Rio de Janeiro), responsável pela Subcomissão de Direito Tributário, pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas em Direito Tributário e pesquisadora do grupo de pesquisas de Direito Econômico e Sustentabilidade do Ibmec.

Contratos associativos e novas regras do Cade

■ POR EDUARDO CAMINATI ANDERS, LEDA BATISTA DA SILVA E GUILHERMO TENO CASTILHO MISSALI

Entrou em vigor no dia 25 de novembro de 2016, as novas regras do direito concorrencial brasileiro que disciplinam os denominados contratos associativos. A Resolução nº 17, que altera as hipóteses de notificação obrigatória desse tipo de contrato, foi aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em sessão de 18 de outubro e publicada no Diário Oficial da União em 25 de outubro do ano passado.

Desde sua vigência, no início de 2015, a revogada resolução que tratava do assunto (Resolução nº 10) foi alvo de críticas generalizadas dos regulados e da comunidade jurídica, notadamente por certa vagueza terminológica e filtros complicadores. A depender da interpretação conferida à Resolução 10, eram relativamente comuns situações em que simples e rotineiros contratos de fornecimento e distribuição, por exemplo, sujeitavam-se à notificação obrigatória, não obstante a ausência de impactos ou prejuízos à ordem econômica. Isso gerava revolta do empresariado, particularmente pelo custo de transação (desnecessariamente) envolvido.

E exatamente em função de a necessidade de obter a aprovação prévia do Cade para tais contratos retardar ou até mesmo inviabilizar o desenvolvimento cotidiano de uma série de negócios, sem mencionar que o filtro antigo, por vezes, desviava o foco da autoridade antitruste de assuntos efetivamente relevantes, que teve início um debate entre Cade, regulados e sociedade civil para melhor aperfeiçoar os termos da resolução, tornando-a mais operativa e aderente à matriz legal.

O Cade optou por focalizar sua análise e seus recursos em operações envolvendo concorrentes no objeto do contrato

Destaca-se, nesse contexto, a transparência do Cade no diálogo com os regulados a fim de estabelecer regras que melhor capturassem as nuances da dinâmica empresarial, em sintonia com o ambiente de negócios local.

A partir da Resolução nº 17, observados os critérios objetivos de faturamento dispostos na legislação concorrencial, contratos associativos passaram a ser definidos como aqueles com duração igual ou superior a dois anos, que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica. Para tanto, é importante que duas condições sejam atingidas de maneira cumulativa: (i) o contrato deve estabelecer compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto e (ii) as partes contratantes devem ser concorrentes no mercado relevante do objeto do contrato.


Atividade econômica, para esse fim, tem a ver com a noção de aquisição ou oferta de bens ou serviços no mercado. E mesmo que sem a finalidade lucrativa, mas desde que a atividade possa ser, ainda que teoricamente, explorada por empresa privada com o propósito de lucro, ter-se-ia a noção de atividade econômica atendida.

Como uma das principais mudanças trazidas pelas novas regras, o Cade optou por focalizar sua análise e seus recursos em operações envolvendo concorrentes no objeto do contrato. Assim, muitos dos contratos simples e cotidianos de fornecimento e distribuição, antes criticados por estarem abrangidos na regra antiga, a rigor, não mais necessitarão da aprovação prévia da autoridade concorrencial se a relação horizontal no objeto do contrato não for vislumbrada.

Outrossim, é importante que esteja no radar das empresas os contratos que se enquadrem na categoria de associativos, com duração inferior a dois anos ou por prazo indeterminado, os quais deverão ser notificados ao Cade caso o período de dois anos, a contar da sua assinatura, seja atingido ou ultrapassado. Nesses casos, os contratos deverão ser notificados previamente à sua renovação, e a continuidade da sua vigência dependerá da aprovação do Cade. Aqui, a ponderação que exsurge diz respeito à efetividade/viabilidade dessa regra específica que determina a suspensão de um contrato em andamento, enquanto se espera a aprovação do Cade. Em termos práticos, as seguintes questões surgem: o que fazer com a planta produtiva? E com os custos? E a demanda preexistente dos clientes? E os funcionários?

Enfim, sem prejuízo de outros mais, parece-nos que esse certamente será um dos próximos desafios a ser enfrentado no dia a dia das operações, que deverão ser manejados pelos agentes econômicos e considerados pelas autoridades.

Nesse primeiro momento, vislumbramos o espírito das novas regras sobre contratos associativos no exato sentido de priorizar a análise concorrencial para operações que possam oferecer algum risco ao mercado, de sorte que, em princípio, muitos contratos triviais e do cotidiano dos negócios estariam isentos do crivo concorrencial no que concerne ao controle estrutural, não obstante sejam completamente passíveis de investigação pelo Cade sob a égide do controle de condutas.

Em conclusão, ainda que seja possível refinar um ou outro ponto dessas novas regras, no balanço, a iniciativa do Cade em revisitar o assunto foi acertada, conferiu mais clareza e veio em boa hora, sinalizando que o descompasso entre teoria e prática deve ser alvo de problematização, levando em conta um debate transparente, que considere a opinião dos regulados, da sociedade civil e o contexto local, com o objetivo último de, com coerência e consistência, aproximar a legislação da realidade dos fatos. 

“Ainda que seja possível refinar um ou outro ponto dessas novas regras, no balanço, a iniciativa do Cade em revisitar o assunto foi acertada, conferiu mais clareza e veio em boa hora, sinalizando que o descompasso entre teoria e prática deve ser alvo de problematização, levando em conta um debate transparente, que considere a opinião dos regulados, da sociedade civil e o contexto local, com o objetivo último de, com coerência e consistência, aproximar a legislação da realidade dos fatos.”

EDUARDO CAMINATI ANDERS, LEDA BATISTA DA SILVA e GUILHERME TENO CASTILHO MISSALI são, respectivamente, presidente e membros associados do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC); sócio e associados do Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati Advogados

Marcelo Kokke



ARQUIVO PESSOAL

Poder Judiciário como agente de retrocesso ambiental hermenêutico

A vedação do retrocesso vem despontando a cada dia como um tema juridicamente polêmico. Embora tenha surgido na seara dos direitos sociais, sua utilização é constante quando o assunto se atém à sucessão normativa ambiental. A argumentação principiológica remete constantemente à herança intergeracional. Em um lado, figuram aqueles que atribuem um dever contínuo de progresso ambiental. Em outro, aqueles que sustentam que uma geração não pode ser colocada em grilhões para com gerações passadas ou futuras. Correntes intermediárias situam a vedação do retrocesso em uma conformação de irreversibilidade relativa, ponderando o peso argumentativo provocado pela posição preferencial da tutela ambiental.


Os constantes alvos da argumentação ligada à vedação do retrocesso são os Poderes Executivo e Legislativo. Emblemática é a discussão travada em ações diretas de inconstitucionalidade, por exemplo, a ADI 4903, que questiona dispositivos do Código Florestal. Mas busco tratar aqui de outra possibilidade de questionamento quanto à existência de retrocesso. Coloco em questão o Poder Judiciário. Pode o

Judiciário ser agente de retrocesso ambiental? Creio que sim. O retrocesso hermenêutico se manifesta pela reconsideração de institutos jurídicos ou compreensões ambientais que resultem em fragilização da proteção ambiental.

Um caso que pode ser identificado como retrocesso hermenêutico ambiental é a postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no recente julgamento do Resp nº 1.401.500/PR. O STJ veio a entender que a responsabilidade ambiental para aplicação de penalidades administrativas deve obedecer à sistemática de responsabilidade da teoria da culpabilidade, ou seja, determinou que a responsabilidade do infrator ambiental é subjetiva. O entendimento irá impactar de forma determinante na proteção ambiental, retroagindo níveis de proteção alcançados com a então existente compreensão de que a responsabilidade administrativa por lesão ambiental seria objetiva, independente de culpa. A interpretação adotada ignora ponto marcante de toda a compreensão ambiental: a teoria do risco.

A tutela ambiental terá menor expressão protetiva do que outras searas, como a do trânsito urbano. Suponha que um indivíduo venha a fechar o cruzamento entre duas vias em virtude de uma repentina lentidão no trânsito. Poderá ele ser multado pelo fechamento do cruzamento, mesmo sem ter atuado com culpa. É seu dever adotar medidas para evitar a situação. Mas se o mesmo indivíduo estiver transportando em seu veículo um agrotóxico ilegal, o órgão ambiental somente poderá aplicar multa se houver culpa do infrator. A reformulação interpretativa adotada ameaça a eficácia do regime de proteção ambiental, caminhando não só contra os pilares do Direito Ambiental, mas inclusive contra a lógica civilista. O próprio Código Civil, art. 927, dispõe que a responsabilidade é objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A consequência é tão gritante que desastres ambientais, cujo marco delineador é a conjugação magnitude e probabilidade, passam a ser invadidos pela teoria da culpa, própria do Direito Penal, e agora aplicada a ramo jurídico que se desenvolve pela ideia de risco e imputação de deveres. O fato de ser a sanção ambiental administrativa um ato punitivo não lhe atrai o caráter da culpabilidade, pois, diferentemente de outros ramos jurídicos, o critério determinante para o Direito Ambiental é o risco, e não a formação da vontade. As consequências podem ser prejudiciais para a própria prestação jurisdicional. O enfraquecimento da atuação administrativa ambiental resultará em uma crescente judicialização de ações de responsabilidade civil ambiental, em que se aplica a teoria do risco integral. Em outras palavras, o enfraquecimento dos órgãos ambientais potencialmente resultará em menor dissuasão quanto ao risco. Situações em que a sanção administrativa seria apta para reverter a atuação danosa ambiental serão substituídas pela judicialização.

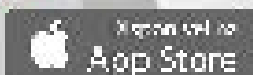
O sistema ambiental passa a ser paradoxal. A responsabilidade civil assume a teoria do risco integral, não admitindo sequer excludentes. A responsabilidade administrativa ambiental assume a teoria da culpabilidade. Talvez o melhor caminho para conter o retrocesso hermenêutico ambiental seja a responsabilidade objetiva nas sanções administrativas ambientais, mas pelo risco criado ou pelo risco proveito, respeitando excludentes de culpabilidade. Caso contrário, somente se espera que as gerações futuras venham a pensar: eles não tiveram culpa pelo que aconteceu. 

MARCELO KOKKE é Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Especialista em Processo Constitucional. Procurador federal da Advocacia-Geral da União especializado em matéria ambiental. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara e da Pós-graduação da PUC-MG e IDDE. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

MAIS QUE UMA REVISTA,
Um **conceito** de credibilidade



Baixe nosso app




editora
conceito
jurídico