

# conceito jurídico

ano I | julho de 2017 | nº 07



**Sandra Franco**

O exemplo do Judiciário  
na saúde **pág. 7**

conceitojuridico.com

Exemplar de assinante. Venda proibida.



## Os crimes empresariais e suas consequências jurídicas



### ENFOQUE

**Rômulo de Andrade Moreira**

O prefeito, a cracolândia e a polícia: crônica de um erro repetido



### OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**Luiz Flávio Borges D'Urso**

A reparação do dano na fase de execução penal



### CONJUNTURA

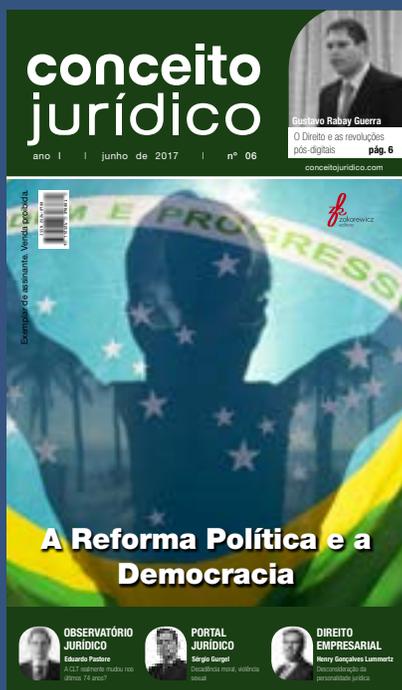
**Fábio Martins de Andrade**

ICMS versus PIS/COFINS: breve histórico sobre a posição do STJ

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

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

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

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

**Arte e Diagramação:** Augusto Gomes

**Revisão:** MC Coelho - Produção Editorial

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**Comercial:** André Luis Marques Viana

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3225-6419

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

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

**ANÚNCIOS**

publicidade@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

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



zakarewicz  
editora

*Walteno Marques da Silva*



# Brasil no olho do furacão

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” – art. 1º, parágrafo único, CRFB/1988.

Fato público e notório, o Brasil mergulhou na ingovernabilidade provocada pela epidemia da corrupção que assolou, por enquanto, os Poderes Executivo e Legislativo. É momento de chamada à consciência pela união de esforços em busca dum caminho menos traumático para assegurar à Pátria Amada Brasil saída digna, honrosa e transparente dessa grave crise moral, ética e político-institucional.

O pedido, em voz uníssona, bradado de Norte a Sul e de Leste a Oeste desse rincão brasileiro é o da renúncia do presidente Michel Temer. Ao mesmo tempo o é o clamor popular para encontrar um cidadão-governante de reputação ilibada, que reúna reais condições para pôr o Brasil na rota de crescimento seguro e pacífico até as eleições de 2018.

De fato, não há clima para ficar do jeito que está, e menos ainda para enfrentamento de uma eleição direta no momento e na conjuntura atuais. De igual modo, também não o há para que se faça descer goela abaixo um nome qualquer como “Salvador da Pátria” apenas para cumprir o restante dum mandato, se for essa a solução. Momentos de crise constituem terra fértil para a conjugação de esforços e sensibilidade para vislumbrar boas soluções.

Choroso, sangra o Brasil na podridão em que os representantes desses Poderes mergulharam-no, sem o mínimo pudor ou preocupação com a maioria do povo brasileiro. É triste, senão trágico, dizer que a realidade da “trama do mal” a todo instante propagada e demonstrada pelos meios de comunicação maculou drasticamente a imagem do “País abençoado por Deus”.

Lamentavelmente, todas essas pavorosas revelações que mais se aproximam às tramas diabólicas de filmes de terror geram as sensações comuns da impunidade, impotência e de que nada mais é surpresa alguma. O pior é todos perceberem que muito mais pode ainda acontecer e ser descortinado, sem que sinais duma severa aplicação das leis ainda não estejam sendo dados de modo concreto e eficaz pelo Poder Judiciário. Como se diz no popular: “se vale para Chico, vale para Francisco”. Assim, fica-se na sensação de que ainda não se chegou ao fundo do poço.

É sentimento comum que a classe política e o governo perderam legitimidade de representação popular, e até mesmo a força ética e moral. O cenário é de ingovernabilidade total, com fortes resistências até mesmo ao seguimento da aprovação das sérias e necessárias mudanças que o sistema social reclama. São reformas estruturantes e profundas que tocam no âmago de históricas conquistas sociais as que hoje tramitam a bel-prazer no Congresso Nacional.

Não há dúvida de que essas pretendidas reformas ditarão uma nova ordem social, não apenas para a classe trabalhadora, mas também para o futuro do país. Por conseguinte, ainda que a contragosto, carecem de amplo debate e discussão democrática para obter o aval do povo, pois só assim é que o sabor amargo desse remédio poderá ser mais bem assimilado por todos que sofrerão na própria pele os seus efeitos.

Esse é o nebuloso cenário que requer um momento de chamada à consciência da unidade em prol da causa comum – salvar o Brasil para resgatar as credibilidades nacional e internacional, visando à retomada do crescimento com dignas condições de sobrevivência para o povo brasileiro.

Quando todos, com absoluta transparência, provam e comprovam que estão dando sua cota de sacrifício, tudo fica mais palatável. Agora, quando prevalece a velha artimanha da regra do jogo focada no adágio “farinha pouca, meu pirão primeiro”, o convencimento não é nada fácil, pois isso tem cheiro de negociatas e traição.

Portanto, é esse o tempo propício para provas concretas e efetivas de renúncias a interesses pessoais ou grupais por parte da elite dominante que lançou o Brasil nesse mar de lama e descalabro. Não há dúvida de que o melhor para o Brasil e para todos só será possível com inarredável demonstração do poder e da força mobilizadora do povo.

A mobilização popular é meio eficaz para afastar a prática da defesa de interesses menores e escusos das sanguessugas de plantão; de um lado, punindo políticos e governantes ávidos do poder e do dinheiro fácil e incentivador da prática do toma lá, dá cá; de outro, afastar a ganância pelo poderio empresarial por meio da compra de facilidades e benesses para garantia dos seus respectivos faturamentos, em escala sempre crescente.

Enfim, tomo a liberdade de transcrever um pequeno excerto do sensato artigo escrito por Luiz Marins<sup>1</sup>, extraído da internet, o qual bem sintetiza essa percepção mesclada de incerteza e esperança, como sói ocorrer com milhões de brasileiros. O referido autor afirma que:

A crise brasileira não me parece ser estrutural e sim conjuntural. Temos todos os ingredientes básicos para o sucesso e, no entanto não conseguimos fazer as coisas ocorrerem no trivial do dia a dia. A verdade verdadeira é que não somos um povo de segunda categoria, nem atávicos vagabundos, nem desprovidos de bom-senso. O que parece estar nos faltando é um pacto ético, onde todas as pessoas se comprometessem a ser menos espertas e mais honestas e justas. Esse pacto ético incluiria coisas muito simples a que todo povo brasileiro poderia se obrigar, tais como: a) cumprir a palavra comprometida; b) cumprir os horários e prazos comprometidos; c) não mentir; d) ser honesto no trabalho e fora dele. Não seria preciso nada mais complexo do que isso e o Brasil seria, sem dúvida o melhor País do mundo para se viver. Como todos queremos enganar a todos, todos somos enganados e não nos apercebemos disso. Eu finjo que prometo e você finge que acredita na minha promessa [...] disse-me uma vez um amigo ao fazermos um negócio! Parar de enganar, de ludibriar, de levar vantagem em tudo, de prometer o que não poder-se-á cumprir é uma exigência que o Brasil como um todo está sentindo. A crise que estamos vivendo é uma crise ética. Ninguém mais acredita em ninguém e conseqüentemente em nada.

O povo sabe e sente que uma mudança profunda e geral precisa acontecer como saída sensata para a qual tem acenado essa triste e atual realidade brasileira. O Brasil democrático é maior do que tudo isso! 🇧🇷

## NOTA

1 Disponível em: <http://www.anthropos.com.br/content/view/340/> Acesso em: 11 jul. 2017.

# SUMÁRIO

## 7 O exemplo do Judiciário na saúde

ENTREVISTA

Sandra Franco

## 12 Bioética e autonomia: desmedicalização da transexualidade e o direito à adequação do nome e gênero no registro civil

DIREITO E BIOÉTICA

Tereza Rodrigues Vieira e  
Roberta Martins Pires

## 20 Lei que autoriza desconto para pagamento em dinheiro traz maior segurança jurídica

PAINEL DO LEITOR

Gustavo Milaré

## 24 Delação, colaboração premiada e acordo de leniência: existe diferença entre os institutos?

CAPA

Claudio Mikio Suzuki

## 33 O vírus da corrupção

CAPA

Alison Dorigão Palermo

## 38 Proteção jurídica através dos códigos de ética

CAPA

Patricia Peck Pinheiro

## 48 Lavagem de dinheiro envolvendo *offshores*

CAPA

Monique Rabello

## 3 Brasil no olho do furacão

COM A PALAVRA

Walteno Marques da Silva

## 10 A eficácia da política monetária

PAINEL ECONÔMICO

José Maria Alves da Silva

## 17 Direito à comunicação, sexualidade e violência contra as mulheres

PROPOSTAS E PROJETOS

Fabíola Sucasas

## 22 Eleições indiretas e o princípio da anuidade

DESTAQUE

Raimundo Silvino da  
Costa Neto

## 27 Programas de *compliance* e o princípio da moralidade: uma evolução legislativa

CAPA

Marcus Vinicius Macedo Pessanha

## 36 *Compliance*: análise jurídica da economia

CAPA

Jessé Torres Pereira Junior  
e Thaís Marçal

## 44 Estado Democrático de Direito, Direito Penal e Direito Penal Econômico

CAPA

Anna Paula Vieira de Mello Rudge

# SUMÁRIO

**61** | A aplicação da Lei Anticorrupção nos estados e demais entes da federação

CAPA

Walter Segundo

**67** | Só há um rumo

CONTEXTO

Amadeu Roberto Garrido de Paula

**82** | O MPF no combate ao tráfico e exploração sexual de mulheres brasileiras – resultados e perspectivas para atuação ministerial

VISÃO JURÍDICA

Fernanda Teixeira Souza Domingos

**88** | O prefeito, a cracolândia e a polícia: crônica de um erro repetido

ENFOQUE

Rômulo de Andrade Moreira

**102** | A reparação do dano a fase de execução penal

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Luiz Flávio Borges D'Urso

**108** | Sucessão empresarial de empresas familiares

GESTÃO EMPRESARIAL

Renan Boccacio

**119** | A regularidade fiscal pode garantir seu sono e seu bolso

PONTO DE VISTA

Morvan Meirelles

**58** | Os reflexos da Lei Anticorrupção no atual cenário político/judicial e a importância do *compliance* para o empresariado brasileiro

CAPA

Sandra Marchini Comodaro

**64** | O presidente Temer pode ser processado? Há governabilidade?

IN VOGA

Leonardo Sarmento

**70** | O sistema acusatório de processo e seus elementos essenciais

PORTAL JURÍDICO

Eduardo Olavo Neves Canto

**86** | Os efeitos das mudanças na Medida Provisória nº 766/2017 e o Programa de Regularização Tributária

TENDÊNCIAS

Enio de Biasi

**95** | ICMS *versus* PIS/COFINS: breve histórico sobre a posição do STJ

CONJUNTURA

Fábio Martins de Andrade

**105** | Seria a recuperação judicial a solução para todas as empresas em dificuldade financeira?

DIREITO EMPRESARIAL

Ana Carolina Guimarães Nogueira

**113** | Despesas com juros sobre o capital próprio apropriadas retroativamente

DOCTRINA

Pedro Raposo Jaguaribe

POR SANDRA FRANCO

---



## O exemplo do Judiciário na saúde

A consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, Sandra Franco, em entrevista exclusiva esclarece aos leitores da Conceito Jurídico importantes detalhes da decisão do Superior Tribunal de Justiça que determinou a suspensão de todos os processos judiciais em tramitação no país solicitando o fornecimento de remédios que não estejam na lista oficial do Sistema Único de Saúde

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o motivo de o STJ ter decidido pela suspensão dos processos que solicitam medicamentos ou tratamentos médicos de alto custo? Foi uma decisão de cunho político?*

**SANDRA FRANCO** – A recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a suspensão de todos os processos judiciais em tramitação no país pedindo fornecimento de remédios que não estejam na lista oficial do Sistema Único de Saúde (SUS). Trata-se de mais um efeito da chamada “judicialização da saúde brasileira”. Com um Executivo e um Legislativo pouco ativos nas questões sanitárias vive-se uma era de litígio para se buscar soluções para os conflitos que envolvem o acesso a remédios, cirurgias, coberturas de planos de saúde, entre outros problemas. A referida decisão tem como objetivo reduzir a discussão sobre essas demandas e colocar um freio na crescente vertente judicial da saúde. Ano passado, segundo dados da União, a judicialização consumiu R\$ 7 bilhões nas esferas municipais, estaduais e federal.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Os pacientes estarão em total insegurança jurídica? Como deverão proceder para terem o direito à saúde e ao bem-estar?*

**SANDRA FRANCO** – O ministro Benedito Gonçalves, relator do caso no STJ, deixou bem claro que a ideia não é “trancar” o julgamento das ações, mas, sim, uniformizar a interpretação de temas controvertidos nos tribunais do país. A determinação da Corte Superior, entretanto, não impede que os juízes de primeira e de segunda instâncias do Judiciário avaliem demandas consideradas urgentes e que concedam liminares determinando a liberação de remédios necessários. Vale ressaltar que o posicionamento da Corte Superior exige dos pacientes a comprovação da urgência do pedido, além das especificações acerca da eficácia, da efetividade e da segurança do medicamento requisitados. A medida é muito bem-vinda para se evitar gastos desnecessários e o lucro indevido de indústrias farmacêuticas, em muitos casos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Então, os juízes estaduais não são obrigados a cumprir a decisão do STJ?*

**SANDRA FRANCO** – No caso julgado, o TJ-RJ manteve uma sentença obrigando o Estado a fornecer três colírios a uma mulher com diagnóstico de glaucoma, que alegou não ter condições financeiras para adquirir os remédios, os quais não estão na lista do SUS. Para o Tribunal estadual, o poder público deve fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem, conforme a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/1990. Já o governo do Estado do Rio de Janeiro entendeu que o SUS deve distribuir apenas os medicamentos previstos em atos normativos do Ministério da Saúde. Essa é sempre a controvérsia instaurada nesse tipo de ação. Diga-se de passagem, ainda há aqueles medicamentos postulados judicialmente que sequer têm aprovação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ou que têm uso de forma diferente daquela descrita na bula, denominado *off label*.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como o Estado brasileiro poderá solucionar um problema tão grave e que atinge boa parcela da população?*

**SANDRA FRANCO** – Esse vácuo na interpretação das leis, da real necessidade dos pacientes e da efetiva falta de estrutura do SUS, leva milhares de casos aos tribunais. Essa pauta deverá ir além da decisão dos juízes e magistrados. É urgente que

se defina uma política pública para se monitorar quais são as principais demandas e evitar que elas se direcionem para o Judiciário. Sem dúvida, grande parte das ações que envolvem medicamentos, exames de alta complexidade e cirurgias são urgentes. Pacientes, normalmente, só procuram a Justiça quando correm risco de morte e após terem ouvido respostas negativas por parte da Administração pública ou ainda das operadoras de planos de saúde.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O investimento é realmente tão grande que a Administração pública tenha que interferir? A tal “judicialização” é necessária para resolver o problema de imediato?*

**SANDRA FRANCO** – Dados recentes revelaram que, no Estado de São Paulo, os gastos para atender 47,1 mil ações ultrapassaram R\$ 1 bilhão. Segundo a Secretaria de Estado da Saúde, 90% do valor gasto hoje atende a 4% do total de medicamentos solicitados judicialmente. Outro registro dá conta de que somente entre o ano de 2016 e o mês de junho de 2017 já são sete mil novos processos. A judicialização, inclusive, tem sido a forma que o próprio poder público espera para resolver os problemas dos cidadãos. Isso porque os gestores poderão, pela força do mandado judicial, justificar perante o Tribunal de Contas o gasto não previsto em seus orçamentos. Pior é pensar que os processos judiciais servem não apenas para justificar tais gastos do governo com a compra dos medicamentos, mas também gerar outras despesas inerentes ao processo judicial. O poder público, portanto, gasta ainda mais do que o faria se apenas fornecesse diretamente o que pleiteiam (necessitam) os cidadãos – um contrassenso jurídico-administrativo.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O Estado brasileiro não tem sido capaz de propiciar o acesso universal à saúde aos cidadãos? Haveria uma solução alternativa?*

**SANDRA FRANCO** – O Judiciário não pode continuar a ser a porta de saída dos direitos constitucionais ou a única forma de o cidadão conseguir o desejado acesso universal à saúde. Falta bom senso também aos pacientes, médicos e operadores do direito, que acabam por exigir certos medicamentos que poderiam ser substituídos por outros com o mesmo princípio ativo. Ademais, o dinheiro público deveria atender ao máximo possível de pessoas, e não servir para a compra de medicamentos caríssimos que irão favorecer a um único indivíduo em detrimento de muitos. Claro que para o indivíduo que está em busca de uma cura, mesmo já quando não há mais possibilidade real, qualquer esperança será perseguida. Todavia, discute-se se este deve ser o destino dos poucos recursos para a saúde.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O principal motivo de os direitos constitucionais não serem assegurados é a corrupção?*

**SANDRA FRANCO** – Não se olvide que as denúncias de desvio de dinheiro que assolam o país, em especial as de uso indevido de recursos destinados à saúde e de superfaturamentos nas licitações para a aquisição de medicamentos, equipamentos, órteses e próteses corroboram para que o bom senso prevaleça. Esses escândalos servem para banalizar o conceito do individual e do coletivo. Cada um pensará somente em suas necessidades. Assim, o Judiciário acaba por ser a forma de furar fila para exames, transplantes, cirurgias e medicamentos. Vivemos um momento em que é preciso refletir e buscar mudanças – o STJ deu o exemplo. 

# A eficácia da política monetária

■ POR JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA

**“O monetarismo não morreu. Mancomunado com o capital financeiro, como sempre, ele sobrevive firme e forte nos bancos centrais de vários países. No Brasil, sua influência é visível em personagens que, dentro e fora do governo, continuam pregando a prática de juros altos como política eficaz para o combate à inflação, apesar das fartas evidências em contrário.”**

“O juro existe porque o homem tem o coração duro”

*Roger Bacon (1214 – 1294)*

“O juro é o preço do tempo, e o tempo pertence a Deus”

*São Tomás de Aquino (1225 – 1274)*

**N**a segunda metade do século XX, a eficácia da política monetária foi alvo de grande controvérsia entre monetaristas liderados por Milton Friedman, na extrema direita do espectro ideológico, e um grupo mais eclético, ao qual se alinhavam keynesianos de centro direita como James Tobin, e de centro esquerda como Nicholas Kaldor e Hyman Minsky.

Os monetaristas sustentavam que uma atuação firme e decisiva do Banco Central no controle da “quantidade de moeda” não só era eficaz como também a “única” medida realmente capaz de combater a inflação. Segundo Friedman, o sumo sacerdote da “seita”, nenhum crescimento geral de preços poderia atingir taxas muito elevadas se não tivesse sido sancionado antes por um correspondente crescimento da quantidade de moeda, acima da taxa de crescimento do produto real. A partir daí, o caminho de volta para a estabilidade teria de passar, necessariamente, por uma fase de contenção monetária corretiva, com consequências transitórias desagradáveis em termos de recessão e aumento do desemprego, mas isto seria o melhor que os bancos centrais poderiam fazer para o bem do progresso econômico no longo prazo.

No outro lado, havia menos consenso. Os keynesianos neoclássicos não descartavam a política monetária para fins de estabilização

macroeconômica, mas discordavam quanto à forma de condução e sobre os instrumentos operacionais mais adequados. Baseado na sua teoria de portfólio, Tobin sustentava que a política monetária, para ser eficaz, teria de afetar apropriadamente a estrutura das taxas de retornos dos ativos financeiros e a disponibilidade de crédito; para ser “eficiente”, além de meramente “eficaz”, deveria ser capaz de fazê-lo ao menor custo possível para o Tesouro Nacional.

Esse último requisito estava fora do contexto monetarista. Pelas regras de Friedman, enquanto o BC estivesse empenhado em perseguir metas monetárias rígidas, as taxas de juros que o Tesouro teria de pagar poderiam alcançar patamares inusitados, para regozijo dos credores do governo e seus sócios rentistas.

Mais radicalmente, a oposição dos keynesianos de esquerda começava por uma completa rejeição dos fundamentos teóricos do monetarismo. Para esses adversários de Friedman, a teoria quantitativa da moeda era inconsistente com as instituições econômicas e sociais presentes no capitalismo moderno, perante as quais inflações altas e persistentes resultavam tipicamente de pressões autônomas de custos e preços, que se propagavam como ondas no tempo e no espaço, impulsionadas por disputas de poder e conflitos distributivos entre setores econômicos e classes sociais. Nessa dinâmica inflacionária, como argumentava Kaldor, as expansões monetárias ocorriam mais como consequências passivas (endógenas) do que causas ativas (exógenas). Não eram os preços que “corriam atrás da moeda”, mas a moeda que “corria atrás dos preços”.

Na década de 1970, quando o monetarismo estava em franca ascensão, Minsky já previa que os efeitos esperados de políticas monetárias baseadas na regra de Friedman seriam anulados por inovações financeiras criadas pelos bancos privados, no intuito de contornar as restrições impostas pelas autoridades monetárias e aumentar suas possibilidades de lucros.

Essas previsões se revelaram corretas. À medida que novas práticas de pagamentos e novos ativos de alta liquidez iam se difundindo no sistema bancário-financeiro, a soma total do dinheiro em poder do público e depósitos à vista nos bancos comerciais – o tradicional indicador da quantidade de moeda (M1) – tornava-se uma parcela cada vez menos expressiva no espectro financeiro.

Para a maldição de Friedman e de seus correligionários chegou a hora em que os bancos centrais tiveram de admitir que “a quantidade de moeda relevante” estava fora do alcance de seus instrumentos tradicionais, de modo que, para fins de política monetária, não lhes restava outra opção senão a de monitorar taxas de juros.

Assim, no veredicto da história, o lado keynesiano saiu vencedor. Entre os que continuam defendendo o uso da política monetária para fins de estabilização macroeconômica triunfou a posição de Tobin. Essa é uma das razões pelas quais atualmente a liderança no *mainstream economics* é ocupada pelos chamados “novos keynesianos”.

Mas o monetarismo não morreu. Mancomunado com o capital financeiro, como sempre, ele sobrevive firme e forte nos bancos centrais de vários países. No Brasil, sua influência é visível em personagens que, dentro e fora do governo, continuam pregando a prática de juros altos como política eficaz para o combate à inflação, apesar das fartas evidências em contrário. 



**JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA** é Doutor em Economia, professor aposentado da Universidade Federal de Viçosa e autor do livro “Análise Macroeconômica e Avaliação Governamental”.

## Bioética e autonomia: desmedicalização da transexualidade e o direito à adequação do nome e gênero no registro civil

■ POR TEREZA RODRIGUES VIEIRA E ROBERTA MARTINS PIRES



“Adequar a documentação quanto ao prenome e quanto ao gênero é primordial, independentemente de cirurgias, uma vez que o gênero não é determinado pela genitália. Documentos inadequados, que não expressam a realidade, tornam a vida social das pessoas trans plena de rejeição e discriminação.”

**O** objetivo do presente trabalho é apontar algumas reflexões acerca do direito da pessoa trans em face do Direito e da Bioética. Fez-se uso do método teórico-empírico, considerando nossa pesquisa realizada em quatorze países e nossa prática advocatícia em São Paulo.

Desde 8 de fevereiro de 2010, a França retirou a transexualidade da lista de doenças mentais por meio do Decreto nº 2010-125. Outros países e associações profissionais seguiram o mesmo caminho, tais como Espanha, Itália, Reino Unido e Argentina, os quais não condicionam a adequação de prenome e gênero no registro civil à realização de cirurgia. Indagamos: Será que as cirurgias realmente são necessárias e úteis para todas as pessoas trans?

### “DESMEDICALIZAÇÃO”

Estudiosos da sexualidade humana se manifestam em torno do assunto. Conforme afirma Bento (2014, p. 226):

O pênis ou a vagina estão ali, fazem parte do seu corpo, mas não se constituem como um locus de produção de conflitos. O reconhecimento social da identidade legal de gênero é a principal reivindicação.

No dizer de Butler (2016, p. 26):

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo. Supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorre daí que a construção de “homens” se aplique exclusivamente a corpos masculinos, ou que o termo “mulheres” interprete somente corpos femininos. [...] Quando o status construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino.

Assim, concluindo com Butler, citada por Murta (2014, p. 105):

Ainda que a morfologia dos sexos remeta a uma binaridade, o gênero não deve ser reconhecido dessa mesma maneira ou como um simples reflexo do sexo anatômico, pois isto o torna tão fixo e pré-determinado quanto os aspectos biológicos.

Os relacionamentos interpessoais, familiares ou sociais das pessoas transgênero podem ser harmoniosos, não carecendo, para o seu bem-estar, da realização de cirurgias, uma vez que referidos corpos não possuem patologia. Contudo, seu grau de liberdade, o acesso aos bens e serviços é ameaçado quando se veem tolhidos de realizar algo em decorrência do gênero disposto na certidão de nascimento.

## AUTOACEITAÇÃO E BEM-ESTAR

A autoaceitação, os propósitos de vida, a autonomia e o crescimento pessoal dependem de cada um. A sensação de bem-estar, ou seja, de conforto, satisfação, segurança, comodidade, integram o espírito daquele que quer viver bem.

Contudo, alguns cisgêneros preconceituosos insistem em não aceitar os que lhe parecem diferentes. Isso pode perturbar o bem-estar de quem sofre *bullying* e, por não controlar o estresse, pode vir a ter depressão ou tentar suicídio. Vale ressaltar que o conceito de bem-estar é bastante subjetivo e, é possível que um transgênero não queira realizar cirurgias em seu corpo, o que não lhe retiraria o desejo de alterar o prenome ou o gênero no registro civil.

Viver sem qualidade de vida, sem liberdade em decorrência do prenome e sexo atribuídos é desumano demais. Tal incongruência prejudica o equilíbrio emocional interno, bem como as vivências externas, tirando a paz e o bem-estar. Sem isso, a pessoa trans tem sua vida cotidiana afetada. O nível de dependência se eleva, minando sua perspectiva.

Sucedem que, por vezes, esses obstáculos são causados pelo Estado, quando não reconhece os direitos igualitários, influenciando no nível de insatisfação, levando à depressão ou ao descrédito da pessoa em dias melhores. (SAMPAIO, 2017) O referido entendimento corrobora estudos de Machado e Bandeira, quando afirmam que o bem-estar psicológico é um “construto multidimensional que reflete características relativas ao funcionamento psicológico positivo ou ótimo” (MACHADO, BANDEIRA, 2012, p. 587).

Ao bioeticista importa a busca de soluções que privilegiem o ser humano, garantindo a dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade, deixando a cargo de cada um a construção da própria identidade sexual (SÁ, 2004, p. 220). Assim, cabe ao indivíduo verificar se deseja ou não modificar algo em seu corpo, não devendo jamais se configurar uma obrigatoriedade para o reconhecimento de direitos.

## RECONHECIMENTO JUDICIAL DA ADEQUAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO SEM CIRURGIA GENITAL

Até poucos anos atrás, tínhamos que apontar a transexualidade como uma doença para o convencimento do promotor e do magistrado, demonstrando que a adequação do nome e do “sexo” no registro civil deviam integrar o “tratamento” de transexuais, homens e mulheres. Nossos julgadores reconheciam, em seus pareceres e sentenças a questão como patológica, e observavam atentamente pareceres médicos e psicológicos apresentados, os quais apontavam a indicação da cirurgia e da adequação do registro civil para a melhora da saúde global do indivíduo, acompanhando o discurso das resoluções emanadas do Conselho Federal de Medicina brasileiro.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988, que tutela o direito à saúde, era o principal argumento, considerando que saúde é o bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo. Ressaltávamos a incongruência entre o físico e o psíquico. Hoje, asseveramos mais o aspecto social, o bem-estar da pessoa, sua autonomia em decidir, independentemente da realização, ou não, de qualquer cirurgia.

Transexual/transgênero algum, homem ou mulher, nesses vinte anos de atuação especializada em registro civil, nos pareceu doente ou com algum transtorno mental.

Nós, advogados, demonstramos aos abnegados juízes e promotores que não permitir a alteração do prenome e do gênero é manter a situação de incerteza e

angústia, conflitando a existência do indivíduo que luta pela sua dignidade como pessoa que é.

A adequação do prenome da pessoa trans no Judiciário tem sido tranquila e rápida, na maior parte dos casos. Contudo, segundo o ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão:

Se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante do registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se, a meu juízo, flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade (STJ, 2017).

No que concerne ao reconhecimento judicial da adequação de gênero no registro civil, contudo, ainda temos que apresentar pareceres psicológicos e/ou médicos, bem como fotos atuais, certidões dos cartórios de protesto, distribuidores cíveis e executivos fiscais, distribuidores criminais, atestado de antecedentes criminais, da Justiça Federal, da Fazenda Estadual, da Receita Federal, da Justiça Militar, da Justiça Trabalhista etc., para provar que a pessoa trans não tem interesse escuso algum e nem quer prejudicar terceiros. Mesmo em caso de certidão positiva criminal, se julgar necessário, o juiz do caso poderá informar de ofício ao outro Juízo onde tramita o processo que a referida pessoa adequou seu nome e gênero. Jamais deve cercear-lhe esse direito em decorrência de positividade de certidão.

No tocante ao reconhecimento do nome e gênero da pessoa trans, sem a necessidade de cirurgia, cumpre assinalar a decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 9 de maio de 2017. O STJ acolheu pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual reconhecendo o direito à retificação do registro sem condicioná-lo à realização de cirurgia, que pode até mesmo ser inviável financeiramente ou por impedimento médico. Assim, razão assiste ao ministro relator, Luis Felipe Salomão, em memorável decisão, ao afirmar que:

A exigência de cirurgia de transgenitalização para viabilizar a mudança do sexo registral dos transexuais vai de encontro à defesa dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – máxime diante dos custos e da impossibilidade física desta cirurgia para alguns –, por condicionar o exercício do direito à personalidade à realização de mutilação física, extremamente traumática, sujeita a potenciais sequelas (como necrose e incontinência urinária, entre outras) e riscos (inclusive de perda completa da estrutura genital) (STJ, 2017)

No caso específico da requerente Deisy M.L.R, esta não havia se submetido à operação de transgenitalização, embora tivesse realizado intervenções hormonais e outras cirurgias para adequar sua aparência física à realidade psíquica, gerando dissonância manifesta entre sua imagem e as informações constantes do registro civil (VEJA, n. 2530, 2017, p. 80).

Lembrou o ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso especial de Deisy, que vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio geral da presunção de boa-fé. Portanto, eventuais questões novas (sequer cogitáveis por ora) deverão ser sopesadas, futuramente, em cada caso concreto aportado no Poder Judiciário, não podendo ser invocados receios ou medos fundados meramente em conjecturas dissociadas da realidade concreta (STJ, 2017).

O relator asseverou que ao Tribunal da Cidadania incumbe considerar as modificações de hábitos e costumes sociais no julgamento de questões relevantes, observando os princípios constitucionais, bem como a Lei dos Registros Públicos, que possibilita a alteração do nome que cause situação vexatória ou degradação social, por exemplo, nomes que discrepam da aparência física da pessoa.

## CONCLUSÃO

O processo para adequação do registro civil deve ser “desmedicalizado” e simplificado.

Adequar a documentação quanto ao prenome e quanto ao gênero é primordial, independentemente de cirurgias, uma vez que o gênero não é determinado pela genitália.

Documentos inadequados, que não expressam a realidade, tornam a vida social das pessoas trans plena de rejeição e discriminação. Felizmente, no tocante à segurança jurídica na troca de prenome e gênero, o Judiciário já vem seguindo o que pregamos há décadas, ou seja, que a substituição seja anotada somente nos livros cartorários, ficando salvaguardados todos os atos jurídicos já praticados, mantendo-se a segurança nas relações jurídicas, ficando proibida qualquer menção nas certidões que vierem a ser expedidas, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Evidentemente, o assento do nascimento é que deve se harmonizar à pessoa, não o contrário. 

## REFERÊNCIAS

- BENTO, Berenice. Identidade de gênero: aproximações entre Brasil e Espanha. In\_ *Transexualidades: um olhar multidisciplinar*. Maria Thereza Ávila Dantas Coelho e Lílina Lopes Pedral Sampaio. Salvador: EDUFBA, 2014.
- BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero*. Feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar, 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- MACHADO, W.L.; BANDEIRA, D.R. Bem-estar psicológico: definição, avaliação e principais correlatos. *Estudos de Psicologia I*, Campinas I 29(4) I 587-595 I outubro - dezembro 2012.
- MURTA, Daniela. Transexualidade e normas de gênero: contribuições para o debate bioético sobre as práticas de modificações corporais do sexo. In\_ *Transexualidades: um olhar multidisciplinar*. Maria Thereza Ávila Dantas Coelho e Lílina Lopes Pedral Sampaio. Salvador: EDUFBA, 2014.
- SÁ, Maria de Fátima Freire. Da Redesignação do Estado Sexual. SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAMPAIO, Lílina Lopes Pedral. Parecer Psicológico sobre Pacientes Transexuais. São Paulo, 2017.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça, disponível em: < [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Transexuais-têm-direito-à-alteração-do-registro-civil-sem-realização-de-cirurgia](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Transexuais-têm-direito-à-alteração-do-registro-civil-sem-realização-de-cirurgia) > Acesso em: 22 maio 2017.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo*. São Paulo: Atlas, 2012.

ARQUIVO PESSOAL



**TEREZA RODRIGUES VIEIRA** é PhD em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina na USP. Docente do Mestrado em Direito e Graduação em Estética, Enfermagem e Direito na Universidade Paranaense – UNIPAR e advogada em São Paulo. terezavieira@uol.com.br

ARQUIVO PESSOAL



**ROBERTA MARTINS PIRES** é Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura, Pós Graduanda em Direito Médico pelo Legale Cursos Jurídicos – São Paulo e advogada em São Paulo. piresroberta@uol.com.br



## Direito à comunicação, sexualidade e violência contra as mulheres

■ POR FABIÓLA SUCASAS

“Por não conter disposição específica alguma, o Projeto de Lei nº 5.555, de 2013 silencia sobre a natureza da ação criminal. Nesse passo, e por a injúria, em regra, desafiar a ação penal privada, mais uma vez dependerá, se aprovado, da iniciativa das mulheres de enfrentarem uma longa rota crítica para se valer do sistema de justiça penal a alavancar o reconhecimento da necessidade de coibir mais uma violação de seus direitos humanos.”

O projeto de Lei nº 5.555, de 2013, recém-aprovado pela Câmara dos Deputados, pretende promover alterações na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e uma no Código Penal. A primeira diz respeito à inclusão do direito à comunicação no rol daqueles previstos no artigo 3º, A segunda é a incluir a violação à intimidade da mulher como uma

das formas de violência. Já a terceira é a incorporação do crime de “exposição pública da intimidade sexual” nos delitos de injúria.

Acrescentar o direito à comunicação no rol dos direitos assegurados à mulher pela Lei Maria da Penha vem ao encontro de algumas das propostas de ação da Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres – Conferência de Pequim em 1995 – realizada pela Organização das Nações Unidas, dentre elas a promoção do conceito de que os estereótipos sexuais que se apresentam nos meios de comunicação são discriminatórios para a mulher, degradantes e ofensivos. Concordou-se, na Conferência, que os avanços da tecnologia da informática e da televisão e a amplitude de acesso à informação, ao mesmo tempo que cria novas oportunidades para a participação de mulheres nos meios de comunicação e de difusão têm sido utilizados para difundir imagens estereotipadas e degradantes para fins comerciais, de consumismo ou até para alavancar o machismo.

O direito à comunicação deve ser encarado como um direito fundamental, um dos pilares centrais do Estado Democrático de Direito, pois por ele se promove o reconhecimento de as pessoas terem voz, de se expressar. É o direito de liberdade de expressão, da informação, de acesso a meios de produção e veiculação da informação, de possibilitar o ouvir e o ser ouvida.

Uma mulher que se comunica através de redes sociais ou do uso da tecnologia para encaminhar mensagens, fotos e vídeos faz uso deste direito. Ela se manifesta por meio da tecnologia, que lhe permite expressar-se, ainda que sexualmente.

Entende-se por *sexting* a prática de enviar conteúdo erótico pessoal ou mensagens sensuais através de aplicativos de mensagens instantâneas ou por qualquer meio eletrônico. Um estudo do Laboratório de Psicologia da Saúde da Mulher da Universidade Drexel, da Filadélfia, Pensilvânia (EUA) apurou que esta prática serve para apimentar a relação de casais. Por outro lado, é preocupante devido aos riscos e à sua relação com a pornografia infantil.

A ONG Safernet Brasil alerta que o mais preocupante do *sexting* não é a conduta em si, mas o que pode acontecer depois. Chama também a atenção para as escolhas a partir dessa consciência de que, em sua maioria, atinge mulheres. Sim, é questão de gênero, as mulheres são as mais vulneráveis, mais expostas a uma avaliação sexual e discriminadas por isso, mesmo que sejam vítimas.

O projeto de lei também propõe outra alteração: a inserção de uma nova forma de violência entre as previstas no artigo 7º da Lei nº 11340/2006, a violação à intimidade da mulher, entendida como a divulgação, por meio da internet ou outro meio de propagação de informações, de dados pessoais, vídeos, áudios, montagens e foto composições da mulher, obtidos no âmbito das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, sem seu expresso consentimento.

O reconhecimento explícito dessa forma de violência é o claro recado do legislador de que afrontá-lo é violar os direitos humanos das mulheres, permitindo-se a aplicação da Lei Maria da Penha para a proteção e assistência femininas, além de refutar a possibilidade de transações penais, suspensões condicionais do processo ou a substituição da pena por cestas básicas.

Uma jornalista sofreu consequências extremamente traumáticas depois que seu ex-marido divulgou fotos e vídeos íntimos do casal na internet por não ter se conformado com o fim do relacionamento, insinuando que ela era uma garota de programa. Ela chegou a perder empregos e foi recriminada pelo que aconteceu, sofrendo julgamento moral. As imagens, em pouco tempo, ficaram disponíveis em mais de sete milhões de links.

No Brasil já não é de hoje notícias de adolescentes que entram em depressão profunda e cometem suicídio, como o caso das duas meninas do Rio Grande do Sul e do Piauí, que, antes de se matarem, postaram mensagens no Twitter demonstrando imensa vergonha e medo depois que as imagens delas foram disseminadas na rede.

Suicídios, isolamento, depressão, abandono escolar, perda do emprego, dificuldades em conseguir outro emprego, assédio e agressões nas ruas são alguns dos sofrimentos de meninas e mulheres que já foram alvo de *sexting*, a divulgação de fotos e vídeos íntimos sem autorização.

É no espaço virtual que, por suas características peculiares, a violência pode ser muito mais danosa do que aquela que ocorre em outros ambientes. O ciberespaço promove alta potencialidade de alcançar pessoas. No Brasil, mais de cento e vinte milhões de pessoas estão conectadas à internet; no mundo, são 3,2 bilhões. A pesquisa Jovem Digital Brasileiro (CONNECTA, 2014) apurou que 96% dos jovens de 15 a 32 anos usam internet diariamente e que 90% navegam em redes sociais.

Também é nesse espaço que as informações são difundidas fácil, rapidamente e permanentemente. Sem muito esforço, podem ser buscadas de modo simples. As informações são compartilhadas, replicadas e tomam uma proporção em escala, muitas vezes em função do encorajamento pelo falso anonimato e pela fragilidade das políticas de privacidade.

Segundo a pesquisa “Violência contra a Mulher no Ambiente Universitário”, do Instituto Avon e Data Popular, que abarcou 1823 universitários do país, 31% não consideravam violência repassar fotos ou vídeos das colegas sem autorização delas. É uma prática não reconhecida como violência, aliás vista como simples brincadeira.

São especificidades que demandam ações multidisciplinares de enfrentamento e uma das demandas é justamente considerar a prática como crime. O projeto de lei propõe a criminalização da conduta da disseminação não consensual de material que contenha cena de nudez ou ato sexual de caráter privado, cuja pena prevista é a de reclusão de três meses a um ano, e multa. A pena pode ser aumentada se o crime for cometido por motivo torpe, que é o moralmente reprovável, ou contra pessoa com deficiência por se encontrar em reconhecida situação de maior vulnerabilidade. Nada sobre as nefastas consequências para a vítima nesse particular.

Uma série de penalidades para práticas semelhantes que envolvam crianças e adolescentes já se encontra prevista na legislação menorista e muitos não sabem que, apenas por ter as imagens em seus celulares, tablets, computadores, e outros dispositivos, já incorre no crime.

A questão que se coloca ao lado das muitas demandas que envolvem a prática é a necessidade que de seu enfrentamento avançar com muito mais atenção e rigor na educação e coeducação. Por não conter qualquer disposição específica, o projeto de lei silencia sobre a natureza da ação criminal. Nesse passo, e por a injúria, em regra, desafiar a ação penal privada, mais uma vez dependerá, se aprovado, da iniciativa das mulheres de enfrentarem uma longa rota crítica para se valer do sistema de justiça penal a alavancar o reconhecimento da necessidade de coibir mais uma violação de seus direitos humanos. 



**FABÍOLA SUCASAS** é diretora cultural do Movimento do Ministério Público Democrático MPD e assessora do Centro de Apoio de Tutela Coletiva, Direitos Humanos e Inclusão Social do MP Paulista

# Lei que autoriza desconto para pagamento em dinheiro traz maior segurança jurídica

■ POR GUSTAVO MILARÉ



DIVULGAÇÃO

“Foi sancionada, no dia 26 de junho, a lei que possibilita descontos para os consumidores caso o pagamento seja feito em dinheiro vivo, e não em cartão de crédito ou débito. A nova regra é fruto da edição da Medida Provisória (MP) nº 764, a qual autorizou os comerciantes que quiserem a cobrar preços diferentes sobre bens e serviços, conforme o prazo e o pagamento pelo consumidor ser em dinheiro ou cartão.”

**D**evido às alterações promovidas pelo Congresso Nacional no texto original, para incluir a necessidade de o fornecedor do bem ou serviço informar, em local visível, eventuais descontos decorrentes do prazo ou da forma de pagamento, essa MP precisou ser sancionada pelo presidente Michel Temer para se transformar em lei.

Sob as justificativas de possibilitar o aumento da produtividade no país e de promover as modernizações do sistema de pagamento e do sistema financeiro brasileiro, o governo federal espera que a nova lei estimule a queda do preço médio de bens e serviços ao permitir a exclusão das taxas impostas pelas operadoras de cartão, que são repassadas aos consumidores no momento da compra.

A Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL) compartilha dessa expectativa governamental por se tratar de uma demanda do setor há mais de dez anos. A entidade estima que a queda do preço médio possa ser de 5% a 7%.

Já a Proteste, entidade de defesa do consumidor, critica a nova lei sob os argumentos de que a diferenciação de preços não garante desconto efetivo para o pagamento em dinheiro e pode dar margem ao sobrepreço de produtos e serviços. Além disso, segundo entendimento do órgão, pagamentos efetuados em dinheiro, cheque, cartão de débito ou de crédito são todos considerados à vista, razão pela qual não deveria existir diferenciação.

Embora vários comerciantes já oferecessem tal diferenciação, apenas o tempo dirá se os resultados práticos da nova lei serão positivos ou não.

Juridicamente, porém, pode-se afirmar que a nova lei traz maior segurança tanto para as partes envolvidas quanto para a sociedade, pois, além de regularizar aquela prática comercial, assegura a observância da cobrança diferenciada pelos comerciantes que optarem por ela, já que evitarão as punições previstas, sobretudo na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), por exemplo, multa, apreensão de produtos, cassação de licença da atividade e interdição do estabelecimento. 



**GUSTAVO MILARÉ** é advogado, mestre e doutor em Direito Processual Civil, sócio do escritório Meirelles Milaré Advogados.

*Raimundo Silvino da Costa Neto*



# Eleições indiretas e o princípio da anuidade

**M**uito se tem discutido acerca dos eventuais desdobramentos com a renúncia do presidente da República ou impeachment.

Apesar de todos os esforços no sentido de se viabilizar um caminho para convocação de eleições diretas, tem-se que tal medida não é compatível com a Constituição Federal, uma vez que esta consagra o princípio da “anuidade eleitoral”, o qual considera que qualquer mudança feita por lei, ou mesmo por Emenda Constitucional, não valerá para a eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (art. 16).

Por óbvio, o prestígio da vontade soberana do povo e a sobrevalência da democracia se revelam como fortes argumentos. No entanto, urge reconhecer imperiosamente que deve ser mantida a ordem constitucional, sobretudo em períodos de instabilidades política e social, como é o quadro atual.

A Constituição Federal é clarividente ao asseverar que, ocorrendo a vacância dos cargos de presidente e vice nos últimos dois anos do mandato, a eleição será feita até trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional (art. 81, § 1º), não deixando margem para dúvida ou interpretação. O STF, inclusive, segmenta a compreensão que esse postulado é uma nítida e especialíssima exceção ao cânone do exercício direto do sufrágio (ADI 4298).

Partindo-se desse pressuposto, a lei ordinária ou complementar só poderia disciplinar sobre a forma como esse pleito se desenvolveria ou se referir a questões procedimentais, mas não excepcionar a regra.

O professor Edson Costa Lima<sup>1</sup> ampara o entendimento de que o art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral (alterado pela Lei nº 13.165/2015), ao determinar que, se a vacância acontecer antes de seis meses do término do mandato, a eleição há de ser direta, estaria alinhado com a Constituição especificamente no caso de esta ocorrer com base em decisão do TSE, concluindo que não haveria vício de inconstitucionalidade nessa norma, afirmando que nos casos de renúncia ou impeachment prevaleceriam as eleições indiretas.

Contudo, a redação da Constituição não faz qualquer distinção, razão pela qual a Lei nº 13.165/2015 não poderia preconizar a eleição direta dentro do último biênio (mandato-tampão), já que traria repercussões bastante sérias e retiraria a prerrogativa do Poder Legislativo, mormente porque o preceito para esse escrutínio já está regulamentado claramente.

O fato de a população não depositar confiança no Congresso Nacional não enseja a alteração de norma constitucional originária, devendo ser mantidas as disposições claramente constituídas, respeitando-se o devido processo legal eleitoral.

Em consonância com o que já assegurou o STF, mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica (Recurso Extraordinário 637.485).

É preciso cautela neste momento, e por maior que seja o clamor das ruas, nós legitimamente instituímos um regramento fundamental, sendo imprescindíveis a estabilização das instituições e a condução de um processo da forma menos traumática possível, em conformidade com as normas constitucionais preestabelecidas.

A modificação das regras durante o jogo só gera mais insegurança jurídica e viola nosso arcabouço normativo, tornado-se forçoso pontuar que o princípio da anuidade eleitoral busca justamente refutar esse tipo de circunstância. Constitui exatamente uma garantia fundamental, proibindo que a maioria do Poder Legislativo modifique, a qualquer tempo, os critérios que devem reger o processo eleitoral.

Ainda que por vontade do próprio Congresso, não seria factível a alteração desse processo por meio de Emenda Constitucional, ante a violação do texto constitucional. É inapropriado agirmos casuisticamente e deformarmos o processo eleitoral, simplesmente para atender ao interesse momentâneo da maioria.

Também sobreleva notar que os parlamentares, em última análise, são os representantes e os mandatários do povo, estando, pois, incumbidos de atuar nessa eleição indireta.

Não está se defendendo aqui o lema das “eleições indiretas, já” na hipótese de afastamento do presidente e vacância total do cargo, mas apenas que seja observado o que aduz a Lei Máxima de nosso país, à qual toda a legislação posterior deve observância. 

## NOTA

1 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/maio/juiz-do-tjdft-publica-artigo-sobre-possibilidades-do-atual-cenario-eleitoral-brasileiro>. Acesso em: 11 jul. 2017.



# Delação, colaboração premiada e acordo de leniência: existe diferença entre os institutos?

■ POR CLAUDIO MIKIO SUZUKI

**“São diminutas as diferenças entre os institutos, mas a base de todas elas é a traição, que desde os idos de Jesus Cristo fez com que Judas Iscariotes fosse considerado um dos indivíduos mais odiados na história do Universo. O indivíduo que toma uma atitude extrema de delatar seu comparsa somente o faz por conta do benefício, observando as “regras do jogo do processo penal”.”**

**A**lém de ficar historicamente conhecido por ter ganhado sete prêmios Oscar, o filme “Lawrence da Arábia” (1962) ficou famoso pela célebre frase: “pode haver honra entre ladrões, mas não entre políticos”.

Essa frase nunca ficou tão em evidência como ocorre hoje, com os mais recentes andamentos do julgamento do caso que envolve uma rede de corrupção envolvendo a paraestatal Petrobrás, conhecida mundialmente como operação “Lava Jato”.

Nessa rede de corrupção, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. O suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.

A descoberta do esquema de corrupção e lavagem de dinheiro, que acarretou a prisão de alguns participantes, fez com que integrantes, com medo do cárcere, passassem a procurar os membros do Ministério Público com o intuito de confessar e auxiliar na investigação em troca de benefícios, tais como a diminuição da pena, o pedido de cumprimento em regime domiciliar ou a extinção da pena.

A mídia, de forma maciça, vem divulgando tais fatos utilizando a expressão “delação premiada”, mas o termo previsto na Lei nº 12.850/2013, que trata da investigação criminal de organizações criminosas, é colaboração premiada. Ou seja, muita dúvida surge sobre tais institutos. Qual a expressão correta?

Para explicar tal diferença nos socorremos da doutrina de Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 26), que assim colaciona:

Embora o legislador tenha optado pelo eufemismo ‘colaboração’, tanto na lei de regência do instituto – Lei nº 8.807, de 13 de julho de 1999, alusiva ao ‘réu colaborador’, nos arts. 13 a 15 –, quanto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que possui toda uma seção intitulada ‘da colaboração premiada’ (arts. 4º a 7º), o que ocorre é uma verdadeira delação: um dos acusados, em troca de favores penais veiculados pelo Estado, acaba denunciando os demais que a ele se aliam para a prática delitativa. Estabelecida essa premissa, confessamos ao leitor que empregaremos, ao longo deste ensaio, os dois vocábulos, tratando-os como sinônimos – “colaboração” em respeito à escolha terminológica do legislador (por sinal, mais técnica, pois se trata da expressão legal); “delação” em face de ser mais verdadeira, externando o que, realmente, representa”.

Conforme observamos, a expressão colaboração premiada é a prevista em lei, já a delação premiada, mais comum e divulgada, é o que representa o instituto, o fato de o agente delatar, para então ganhar um “prêmio” (diminuição da pena ou outro benefício).

Tal fato é corroborado pela pesquisa de Walter Barbosa Bittar (2011, p. 5), o qual afirma ser o:

[...] instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutório, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).

Trata-se apenas de mera terminologia, sendo ambos os institutos sinônimos. Contudo, há outra expressão também utilizada, chamada “acordo de leniência”,

a qual é amplamente divulgada pela mídia. Seria outra terminologia que tem o mesmo sentido de delação e de colaboração premiada?

A explicação para tal questionamento foi elaborada por Vinícius Gomes de Vasconcelos (2015, p.113), que assim descreve em sua obra:

Além disso, importante citar instituto com crescente importância no campo jurídico-penal brasileiro, intimamente relacionado com os mecanismos penais, é o acordo de leniência. Trata-se de uma ‘espécie de delação premiada’, concretizado a partir de regime jurídico próprio com regulação na legislação antitruste, cuja principal diferenciação, conforme Anna Lamy, se atesta pela autoridade legitimada a propor o acordo, que na leniência é o Ministério da Justiça e não o Ministério Público. Paulatinamente introduzido no ordenamento pátrio por medidas provisórias, posteriormente, convertidas em lei, tais mecanismos foram consolidados na recente legislação que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência (12.529/2011).

São diminutas as diferenças entre os institutos, mas a base de todas elas é a traição, que desde os idos de Jesus Cristo fez com que Judas Iscariotes fosse considerado um dos indivíduos mais odiados na história do Universo.

O indivíduo que toma uma atitude extrema de delatar seu comparsa somente o faz por conta do benefício, observando as “regras do jogo do processo penal”, como bem trata Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 27):

O processo penal é o uso do confronto em contraditório para garantia da Democracia. É o palco onde acontece a guerra de informações, estratégias e táticas com o fim de vencer o jogo processual.

Como bem sustenta o referido doutrinador, não se trata mais de buscar a tão falada “verdade real”, mas sim ganhar o jogo que, hoje, aos olhos da população, é a punição severa dos envolvidos.

Contudo, vale ressaltar que em tempos em que não só precisamos punir os criminosos, mas também demonstrar a lisura na apuração de crimes, o “ganhar o jogo” a qualquer custo terá um preço. Será que a sociedade é quem saíra vencedora ao final desse jogo processual? É o que veremos. 

## NOTA

1 Entenda o caso. Disponível em: <[lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso](http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso)>. Acesso em: 12 maio 2017.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Walter Barbosa. *Observações necessárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) Premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.



ARQUIVO PESSOAL

**CLAUDIO MIKIO SUZUKI** é advogado. Doutorando em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela FMU/SP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UniNove/SP. Autor da obra “Manual simplificado e Direito Penal – Parte Especial” (Editora Impetus) e de diversos artigos jurídicos.

# Programas de *compliance* e o princípio da moralidade: uma evolução legislativa

■ POR MARCUS VINICIUS MACEDO PESSANHA

**“O momento atual do país mostra que um sistema jurídico que privilegie os valores éticos e morais deve ser prioridade não só do legislador e da população, mas principalmente dos empresários e das autoridades públicas, uma vez que a cultura da permissividade com a corrupção prejudica o sentido de igualdade e de justiça social, minando a confiança dos cidadãos no futuro, deslegitimando as instituições políticas e jurídicas.”**



**E**xiste uma antiga história sobre uma guerra na Alemanha em que um coronel recebeu ordens para alimentar e abastecer suas tropas nas fazendas das redondezas. Após muito buscar, encontrou um fazendeiro idoso que se apoiava em uma bengala, o qual ao escutar as ordens do militar o levou até um campo de cevada e perguntou se aquele tipo de grão atenderia às suas necessidades. Ao receber a resposta positiva pediu que a tropa o acompanhasse por mais algumas milhas, até chegar a outra plantação. Lá chegando, desmontaram, colheram os cereais e partiram com as provisões. Antes de sair, o coronel questionou porque foram levados a tal distância, já que o primeiro campo os atenderia plenamente. “Eu sei senhor, mas aquele campo não era meu”, foi a resposta do fazendeiro (BENNETT JR., 1995, p. 275).

Essa espontaneidade na percepção dos deveres morais e éticos na sociedade, conforme demonstrado na história acima, deveria ser a tônica das relações entre o Estado e os particulares, bem como no trato destes entre si. Todavia, basta ler qualquer jornal para que se perceba que a realidade, infelizmente, não é esta.

Longe de ser um problema exclusivamente brasileiro, a corrupção é um problema que afeta países democráticos, ou não, de todos os níveis de maturidades econômica e social. Basta que se perceba que as legislações mais avançadas e pioneiras de prevenção às práticas fraudulentas e corruptas são justamente de nações de democracia consolidada, ocidentais, e altamente desenvolvidas economicamente, como o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), um dos primeiros diplomas anticorrupção norte-americano, de 1977, e o *UK Bribery Act*, do Reino Unido, que entrou em vigor em 2011, a trazer disposições sobre a criminalização da observância de deveres objetivos de cuidado, bem como diretrizes para programas de *compliance*.

No Brasil, a corrupção tem características endêmicas, representando elevados custos social, institucional, político e econômico, comprometendo seriamente o potencial de crescimento e a competitividade de nossa economia no mercado internacional. Por tais razões, os índices de qualidade de vida da população terminam sendo bastante reduzidos e o meio empresarial é prejudicado em razão da ausência de ambientes de negócios estável e favorável.

Neste sentido, dentre os vários institutos que podem ser legitimamente indicados como fundamentos da legislação anticorrupção nacional pretende-se neste breve artigo abordar as atividades de *compliance* e de integridade como manifestação da normatividade e da objetivação do princípio da moralidade, por meio da abordagem de um bloco de leis definido como sistema nacional de combate a corrupção.

### **MORALIDADE CLÁSSICA E MORALIDADE JURÍDICA – DA ABSTRAÇÃO À NORMATIVIDADE: COMBATENDO A CORRUPÇÃO**

A moralidade, em uma primeira e perfunctória análise, pode ser compreendida como algo ligado ao aspecto subjetivo da conduta humana, relacionada intrinsecamente ao dever individual de consciência. Alguns estudiosos relacionam o comportamento moral à religião e seus dogmas, outros a um dever natural ligado a uma construção racionalista de raciocínio, e outros, por fim, a uma construção histórica, sendo comum a todas essas vertentes a ausência de coercitividade na obediência às regras morais (SANCHEZ VASQUEZ, 2010, p. 19).

Temos, então, que a moral, não importando a fundamentação escolhida, seja ela a divindade, o raciocínio lógico ou o historicismo, está vinculada a um

comportamento do indivíduo, escolhido por ele como adequado a seus valores pessoais cuja desobediência não leva a aplicação de uma sanção concreta, mas sim a uma reprovação interna. Nestes termos, o comportamento do indivíduo ganha ares de conduta inteiramente voluntária, posto não ser controlado por normas de obediência obrigatórias, cabendo ressaltar que a ausência de uma sanção às posturas imorais não possui relevância no mundo do Direito ou maiores consequências. A situação começa a ganhar contornos um pouco diferentes, todavia, quando começamos a entrar na seara da moral jurídica.

O debate entre o Direito a moral e a ética talvez seja uma das discussões mais clássicas nos bancos universitários e entre aqueles que, embora não tenham formação jurídica, acompanham os julgamentos e casos polêmicos por meio da imprensa, o que tem se tornado muito comum no Brasil devido ao intenso processo de judicialização política e da democratização do acesso à informação pelas redes sociais.

É importante destacar, neste sentido, que, embora uma conciliação entre o Direito e a moral pudesse ser o cenário ideal, não é possível defender uma unicidade científica ou conceptual neste caso. Há uma nítida autonomia entre os postulados morais e a ciência jurídica, sem que se possa afirmar, todavia, a existência de uma separação absoluta e irrestrita entre eles. Direito e moral, portanto, apesar de distintos, caminham inexoravelmente de mãos dadas e na mesma direção. Segundo Fábio Alexandre Coelho (2014, p. 86):

A justiça não se identifica com a norma jurídica, assim como outros importantes valores. É óbvio, porém, que as normas jurídicas podem consagrar os valores considerados essenciais, quando, então, serão efetivamente símbolos do verdadeiro direito.

Dessa maneira, os valores do Estado Democrático de Direito indicados no art. 1º da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, se encontram relacionados intrinsecamente à dignidade da pessoa humana e uma sociedade que valorize a ética e a plenitude da moral em todas as suas relações, sejam elas as travadas na esfera pública ou na esfera privada. Inclusive, o art. 37 da Constituição Federal consagra, expressamente, a moralidade como um dos princípios dignos de tutela no trato da coisa pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Ora, começa a ficar mais claro que a ordem constitucional se dirige à configuração de uma sociedade que não tolera a disseminação de práticas imorais, antiéticas e que favoreçam de maneira ilegal os interesses de indivíduos, ou de minorias, em detrimento do atendimento ao interesse público. Em suma: para os fins aqui colimados, podemos afirmar que uma ordem jurídica justa e legítima não pode tolerar que a corrupção e a improbidade sejam adotadas como prática.

Segundo Juliano Heinen (2015, p. 31), ao longo dos anos foi sendo estabelecido um conjunto de leis que pode ser definido atualmente como o “sistema legal de defesa da moralidade” que estabelece, na verdade, uma política nacional de combate à corrupção, composta, em apertada síntese, pelas seguintes leis, sem prejuízo de outras igualmente relevantes, e aqui não citadas: Lei nº 4.717/1965

(Lei da Ação Popular); Decreto Lei nº 2.848/1940 (Código Penal); Lei nº 1.079/1950 (Lei de Crimes de Responsabilidade do Presidente da República); Decreto Lei nº 201/1967 (Lei de Crimes de Responsabilidade de prefeitos e vereadores); Lei nº 8.429/1992 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa); Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos); Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); Lei nº 12.813/2013 (Lei de prevenção ao conflito de interesses no exercício de emprego ou cargo público); Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas); e, por fim, complementando este microsistema legal, a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

A evolução legislativa apresentada acima indica uma clara tendência no sentido do combate à corrupção, na proteção da moralidade e do patrimônio público, culminando com a Lei Anticorrupção, promulgada em 2013, e que estendeu o regime punitivo às pessoas jurídicas, tendo como foco a aplicação de penalidades ao corruptor e a prevenção às condutas ímprobas.

Temos um conjunto de leis que veicula verdadeiro microsistema jurídico e cujas normas mais recentes apresentam critérios objetivos de obediência e parâmetros de moralidade descritos em normas formais e escritas, com vistas a produzir efeitos benéficos a pessoas naturais e jurídicas.

Afirme-se no presente caso que, ao contrário dos critérios clássicos de moralidade, nos quais o desatendimento da norma moral levava a reprimendas meramente interna e psicológica, no regime da Lei nº 12.846/2013, a moralidade e a probidade são normativas, posto estarem calcadas em parâmetros expressos em normas legais e infralegais.

## **COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO E DE INTEGRIDADE COMO CONCRETIZAÇÃO JURÍDICA DO CONTEÚDO DA MORALIDADE**

O cenário corporativo brasileiro tem enfrentado alterações bastante significativas em razão das exigências da legislação internacional e das inovações da ordem jurídica interna e o amplo espectro das condenações da Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal (Mensalão) e os desdobramentos das mais de 40 fases da operação Lava Jato intensificaram uma tendência que já era forte no meio empresarial: a busca pela advocacia preventiva anticorrupção.

Os grandes grupos empresariais têm cada vez mais implementado modificações em suas estruturas organizacionais e contratado profissionais especializados de diversas áreas, principalmente advogados, para se adaptar às exigências da legislação anticorrupção para usufruir, se for o caso, dos benefícios da legislação, o que somente ocorrerá se forem atendidos determinados parâmetros objetivamente descritos na Lei nº 12.846/2013, em especial no art. 7, VIII, que dispõe o seguinte:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

O dispositivo legal afirma, em sua literalidade, que o processo de aplicação de penalidades considerará não só a existência, mas também a eficácia e a efetividade de programas internos de integridade, códigos de ética e de conduta na estrutura

empresarial. Estamos diante, portanto, do estabelecimento de normas concretas e descritivas, apresentando padrões de aferição de condutas éticas que se prestam a concretizar e padronizar o conteúdo da moralidade.

As atividades de *compliance* ganham, neste contexto, especial relevância para a atividade empresarial, já que a advocacia preventiva e a consultoria ganham relevância em relação à assessoria jurídica clássica de caráter eminentemente contencioso e reativo. O *compliance* jurídico, então, como atividade relacionada à observância da lei e ao cultivo e estímulo de boas práticas empresariais passa a ser um *asset* valioso, que vem a se somar às atividades de fiscalização e controle interno.

Tais mecanismos, portanto, buscando evitar a prática de fraudes e desvios, alteraram sensivelmente o relacionamento entre grandes empresas, o mercado, os agentes públicos e os operadores do Direito, sendo estes últimos chamados a oferecer soluções na seara da consultoria preventiva para enquadrar seus clientes nos parâmetros objetivos de moralidade normativa da legislação anticorrupção.

Ainda segundo Juliano Heinen (2015, p. 177-178), a adoção de programas de *compliance* se tornou relevante em uma escala tal que sua não adoção termina por prejudicar a *performance* de mercado das empresas. O autor afirma que:

O instituto em questão tornou-se tão importante, que as empresas que não o implementam perdem atratividade no mercado, dado que os investidores (stakeholders) contabilizam este tipo de ferramenta como uma oportunidade ou não de investimento seguro, principalmente em termos de cenário financeiro. Assim, a *compliance* tornou-se verdadeira exigência do mundo capitalista.

No âmbito da União, o art. 42 do Decreto nº 8.240/2015, ao regulamentar a Lei nº 12.846/2013, trouxe 16 parágrafos com atividades e posturas concretas a serem observadas por empresas que desejem se beneficiar da legislação anticorrupção, cabendo destaque para: (i) estabelecimento de padrões de conduta; códigos de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos, bem como perante terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (ii) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; análise periódica de riscos; registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; controles internos confiáveis e procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos, ou em qualquer interação com o setor público.

A concretizar e tornar ainda mais objetivo o exame de moralidade das empresas que decidem implementar programas de *compliance* é essencial observar os termos da Portaria CGU nº 909/2015, que dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas, cujo art. 4º indica a forma de aferição dos parâmetros de atendimento da legislação ao dispor que:

Art. 4º No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá: I - informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso foram implementados.

A referida portaria entra em detalhes ainda mais minuciosos ao indicar a documentação idônea a comprovar a efetividade das atividades de *compliance* e integridade:

Art. 4º [...] § 2º A comprovação pode abranger documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos, preferencialmente em meio digital.

Ora, considerando que a legislação anticorrupção tem como escopo primário tutelar a ética sustentável por meio do estímulo à adoção de boas práticas, calcadas na honestidade e na boa-fé, a existência de critérios objetivos de aferição das atividades empresariais mostra, sem qualquer dúvida, que a moralidade jurídica atingiu patamares normativos de aferição.

## CONCLUSÃO

Apresentamos comentários sobre a concretização do princípio da moralidade, tendo como parâmetro a legislação de combate à corrupção, em especial a Lei nº 12.846/2013 e o Decreto nº 8.240/2015. Nesta ótica, as disposições das normas legais e infralegais indicadas, ao apresentarem benefícios que somente podem ser usufruídos por empresas que tenham implementado programas de *compliance* e de integridade que atendam a determinados parâmetros objetivos de aferição, denotam uma evolução na concretude do conteúdo axiológico da moralidade jurídica.

Assim, se em uma primeira interpretação o comportamento imoral gerava somente sanções internas e psicológicas, quando muito reprovações sociais, a evolução legislativa demonstra que a moralidade adquiriu normatividade objetiva, a qual deve ser observada pelas empresas que desejem obter determinados benefícios.

O momento atual do país mostra que um sistema jurídico que privilegie os valores éticos e morais deve ser prioridade não só do legislador e da população, mas principalmente dos empresários e das autoridades públicas, uma vez que a cultura da permissividade com a corrupção prejudica o sentido de igualdade e de justiça social, minando a confiança dos cidadãos no futuro, deslegitimando as instituições políticas e jurídicas.

Torçamos para que a probidade e a honestidade sejam erigidas em paradigmas de atuação de toda a sociedade, e cada vez mais a população, políticos, empresários e gestores públicos ao se verem diante de uma oportunidade de enriquecimento ilícito privilegiem o interesse coletivo e o futuro de nosso país. 

## REFERÊNCIAS

BENNETT JR., Wilian. *O Livro das Virtudes*. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

COELHO, Fábio Alexandre. *Filosofia do Direito*. Bauru (SP): Edipro, 2014.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANCHEZ VASQUEZ, Adolfo. *Ética*. 31. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.



ARQUIVO PESSOAL

**MARCUS VINICIUS MACEDO PESSANHA** é advogado formado pela UFRJ, pós graduado (*lato sensu*) pela UFF em Direito da Administração Pública, especializado em Direito Administrativo, Constitucional e Regulatório atuação em processos junto a Administração Pública Direta e Indireta, em assuntos envolvendo licitações e contratos administrativos, permissões e concessões de serviços públicos, Parcerias Público Privadas, obras públicas e infraestrutura. Experiência em defesas junto ao Tribunal de Contas da União e demais órgãos de controle, Improbidade Administrativa, Defesas Criminais e Compliance.

# O vírus da corrupção

■ POR ALISON DORIGÃO PALERMO



**O**s desdobramentos das investigações criminais publicados em diversos tipos de mídia estão aprimorando o conceito da sociedade brasileira sobre ética, conduta e valorização do Brasil. Seja em debates ou conversas – até mesmo aquelas no seio familiar – o tema “como fazer para evitar a corrupção” tem prevalecido, sendo até mesmo peça fundamental na educação dos filhos.

**“Compliance pode não ser o único remédio para os males do crime, mas certamente é um alicerce para qualquer negócio no mundo globalizado, pois as pessoas que participarem desta atividade numa empresa serão guardiões da ética e darão sugestões de melhoria para o resultado positivo: dizer não à corrupção.”**

Apesar de ser uma nação jovem, no Brasil a corrupção é um vírus social que atinge diversas camadas, desde um estudante que tenta “colar” a prova na escola até uma estrutura de tentativa de crime de lavagem dinheiro com o risco de mais dinheiro de origem ilícita ser despejado de maneira legal no sistema financeiro, afetando a uma das mais importantes engrenagens do país, ou seja, seu próprio povo.

Isso é dado num momento em que este país de berço esplêndido tenta melhorar sua reputação, não somente internacional, mas internamente, já que seus habitantes não suportam mais a quantidade de leis, normativos e processos, muitas vezes criticados pela massa que os entende como algo “para inglês ver”.

A expressão “para inglês ver”, cujo sentido em dicionários seria “para efeito de aparência, sem validade” tem suas origens no tempo do Brasil Império, quando as autoridades brasileiras fingiam ceder às pressões da Inglaterra, tomando providências de mentira para *combater* o tráfico de escravos africanos. Um combate que nunca houve, pois era encenado apenas “para inglês ver”. O sentido da expressão no contexto da corrupção é exatamente o mesmo. É difícil de ser explicado para estrangeiros, mas demonstra a realidade que há dentro da pátria amada ao criar leis inovadoras para acalmar os ânimos do mercado internacional.

Nesse sentido, temos a tão aclamada Lei Anticorrupção brasileira (também chamada de Lei da Empresa Limpa, a Lei nº 12.846/2013), que possui um grande poder em seu corpo, porém carece de diversos normativos, especialmente daqueles que direcionam o programa de *compliance* ou de integridade, como está definido em seu teor: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, podem ser levados em consideração no momento da aplicação do processo penal administrativo contra a Pessoa Jurídica.”

Afinal, o que é ser *compliance*? Uma advocacia preventiva que tende a mitigar qualquer litígio e fazer com que boas condutas, ética e transparência sejam aplicadas na empresa, inclusive evitando problemas nas relações privadas? Ou um dizer, conforme a lei citada, para as relações com a Administração pública?

Não é de hoje que as atividades de *compliance* são realizadas no Brasil, e certamente não estamos diante de uma “lei da moda” ou um método “PIV – para inglês ver”. Há tempos temos o tema *compliance* como base para controles internos e aplicação de normativos para a boa conduta do negócio, especialmente se a empresa tiver sede ou unidades em países que possuem este mecanismo enaltecido, tal qual

os Estados Unidos, através do FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) ou o Reino Unido pelo UK Bribery Act.

Ser *compliance* não é apenas lidar com prevenção à lavagem de dinheiro, tampouco ser advogado, mas ser parceiro do negócio, realizar os devidos controles, mitigar riscos e fazer com que o “para inglês ver” não seja perpetuado tal qual existe no Brasil desde os tempos imperiais. A reputação deve ser a base da existência de qualquer tipo de relacionamento empresarial, tanto com entes públicos como com os privados.

Com os mecanismos legais cada vez mais fortes haverá no futuro a necessidade de reforma do Código Penal (consequentemente do Direito Constitucional) para que haja a melhor definição de responsabilidade da pessoa jurídica, fato que é amplamente discutido na Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998).

A função de *compliance* faz, assim, a resposta para as preocupações que as empresas e a iniciativa privada possuem em vez da morosidade judicial e dos reiterados problemas que o Brasil passa em todas as suas esferas, os quais certamente tentam infectar quem está de boa-fé (seja do lado público ou privado).

Tal qual o famoso ditado popular “prevenir é melhor que remediar”, as empresas brasileiras investem fortemente nos programas de *compliance* que, neste caso, não são *softwares*, mas sim um conjunto de normas internas, controles e práticas para evitar que haja qualquer tipo de corrupção ou descumprimento de leis, fazendo a devida diligência de forma rotineira, fiscalizando toda a esteira de um processo, por exemplo, uma indústria, desde as compras da matéria-prima e sua origem, seus fornecedores, colaboradores, rede de vendas, clientes e produtos a serem vendidos por ela. Com mecanismos de monitoramento, aculturamento ético, canais de denúncia interno e externo, verificação da procedência de determinado produto e treinamentos de todos os envolvidos, sendo o exemplo advindo da alta direção até a base da pirâmide empresarial.

A integridade de uma empresa deve prevalecer em cada ato que seja realizado. Logo, ela deve estar em *compliance*, ou seja, seguir as leis (não somente a Lei Anticorrupção), não somente por causa de uma penalização, mas para ser exemplo na sociedade. Se todas as empresas realizarem este investimento estaremos diante de um exemplo de ética e comprometimento para que a reputação do país esteja cada vez mais forte e independente de interesses fora da realidade do bom andamento social, aprimorando a engrenagem que faz o Brasil ser mais forte e feliz mitigando desigualdades e aprimorando a democracia, com equilíbrios social, ético e econômico.

*Compliance* pode não ser o único remédio para os males do crime, mas certamente é um alicerce para qualquer negócio no mundo globalizado, pois as pessoas que participarem desta atividade numa empresa serão guardiões da ética e darão sugestões de melhoria para o resultado positivo: dizer não à corrupção.

Mais uma vez, dizer não à corrupção começa no berço, neste caso, na empresa, que com melhoria contínua atinge a excelência e a qualidade, base do crescimento sustentável e íntegro, sem o tentáculo do Estado subornável. **■**



**ALISON DORIGÃO PALERMO** é advogada, MBA, Especialista em *compliance*, anticorrupção e prevenção à lavagem de dinheiro, com mais de 10 anos de atuação em instituições financeiras.

# Compliance: análise jurídica da economia

■ POR JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR E THAÍS MARÇAL

“A ética deve nortear a busca pelo lucro, conduzindo o gestor por caminhos que concretizem a função social da empresa, que nada mais deveria traduzir do que a promoção da função social da propriedade privada e da geração de empregos, na qualidade de princípios gerais da ordem econômica, consagrados, respectivamente, nos incisos III e VIII, do art. 170 da Constituição da República.”

**A** Análise Econômica do Direito (AED), em um cenário de crise, se apresenta como ferramenta que a doutrina pós-moderna da gestão pública está a propor para dotar de racionalidade e exequibilidade formulações jurídicas, seja em sede de contencioso administrativo ou em lides submetidas à tutela jurisdicional.

Contudo, não se deve ignorar a gravidade do déficit ético que acomete o funcionamento das instituições públicas e privadas. A partir da junção destas duas crises, seria o caso de cogitar-se também de análise jurídica da economia, adotada como premissa de que a busca do lucro não justifica o sacrifício de valores éticos.

O lucro deve ser buscado sob a ótica interdisciplinar da sustentabilidade, envolvente, integradamente, de fatores econômicos, sociais e ambientais, além de promover a efetivação, sem exclusões, dos direitos fundamentais constitucionais aplicáveis diretamente às relações privadas (SARMENTO, 2006).

Em um Estado Democrático de Direito a livre iniciativa deve ser balizada por valores éticos, tais como enunciados no texto constitucional e avalizados pela sociedade. A responsabilidade pública (função social) da empresa privada é que legitima a existência desta, uma vez que tão somente o lucro privado não justifica a proteção jurídica conferida às sociedades empresárias. A solidariedade social deve ser o vetor orientador do diálogo empresarial de entidades privados, entre si e com o setor público. No início e no final da linha estará sempre a dignidade da pessoa humana e o atendimento às suas necessidades básicas, objeto de consideração no rol posto no art. 6º da Carta Fundamental.

Estudos vêm ponderando que a adoção do sistema de *compliance* gera ganho competitivo, haja vista que aumenta o grau de confiabilidade da empresa com aqueles com os quais contrata, no ambiente de negócios em que opera. Faz lembrar advertência que, ainda na segunda metade do século passado, o saudoso Peter Drucker lançava acerca da exata localização dos resultados de uma empresa. Não estão, propriamente, no lucro contábil que se apura mediante mecanismos internos da organização empresarial. Mas, sim, no ambiente externo à empresa, onde se forma, ou se degrada, a credibilidade de sua marca (RIBEIRO; DINIZ, 2016).

A ética deve nortear a busca pelo lucro, conduzindo o gestor por caminhos que concretizem a função social da empresa, que nada mais deveria traduzir do que a promoção da função social da propriedade privada e da geração de empregos, na qualidade de princípios gerais da ordem econômica, consagrados, respectivamente, nos incisos III e VIII, do art. 170 da Constituição da República.

A responsabilidade pública (função social) da empresa privada é o principal fundamento dos programas de *compliance*, tão necessários à formação de uma nova cultura que relativize o lucro, submetendo-o à ética nos negócios, seja quando empresas privadas negociem entre si ou quando negociem com o Estado.

É preciso compatibilizar práticas do mercado tanto com a complexidade normativa nacional quanto a dos mercados regulados, de maneira que haja transparente conformidade entre as ações por meio da gestão de riscos de corrupção e empreendendo meios eficazes para preveni-los, reduzi-los e, se possível, erradicá-los.

Daí a *ratio* do art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846/2013, ao prever que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, será levado em consideração na imposição de sanções à pessoa jurídica.

Com razão Fabio Medina Osório<sup>1</sup> declarou em entrevista à *Veja* que:

Um programa de probidade empresarial efetivo, com controles internos eficientes – de obediência às regras intra e extra institucionais – irradiará seus efeitos para além da sua personalidade jurídica e de fato, alcançando a sua cadeia de fornecimento, seus clientes, a sociedade e o mercado, correspondendo, em última análise, a um mecanismo importante de prevenção. 

## NOTA

- 1 Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/cidades-sem-fronteiras/fabio-medina-osorio-8220-empresas-de-construcao-civil-devem-mudar-suas-praticas-para-termos-um-ambiente-mais-solidario-e-justo-8221/>. Acesso em 5 fev. 2017.

## REFERÊNCIAS

- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. BDA, ano 32, n. 1, p. 44-57, jan. 2016.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



**JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR** é desembargador e professor-coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro



**THAÍS MARÇAL** é mestranda em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Público pela UCAM. Pós-graduada pela EMERJ. Bacharel em Direito pela UERJ.

# Proteção jurídica através dos códigos de ética



■ POR PATRICIA PECK PINHEIRO

**“A ética precede a lei de que o trabalho de segurança dentro das instituições está diretamente relacionado com a cultura organizacional da empresa. É necessário fomentar a criação de uma cultura de educação para a Era Digital, com novos conceitos, novos cuidados e sempre ressaltando a importância de uma postura ética. Se não houver investimento em informação e formação, todos os esforços serão em vão.”**

**V**ivemos um momento de quebra de paradigma em que devemos aposentar o que é velho e ultrapassado para dar lugar a uma nova fórmula. Pena que certas práticas antigas continuam em voga no Brasil, como mostram as constantes denúncias das operações realizadas pela Polícia Federal que revelaram esquemas de lavagem de dinheiro e propina, até desvios e irregularidades na venda de alimentos.

Vale destacar que há mais de três anos está em vigor a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei de Combate à Corrupção, que tem em seu bojo 31 artigos, e pode ser considerada uma lei pequena se comparada ao resultado ambicioso que se propõe. Como isso repercute nos negócios e nas empresas que lidam com a Administração pública nacional ou estrangeira?

Um dos grandes impactos da lei é a ampliação da responsabilidade da empresa infratora, com a previsão de desconsideração da personalidade jurídica (art. 14) extrajudicial, ou seja, autorização para aplicação do instituto na esfera administrativa, bem como a responsabilização judicial independente, que pode até envolver a dissolução da pessoa jurídica como medida mais extrema, além das multas previstas. Ou seja, sai da esfera de punição do funcionário e alcança a pessoa jurídica, mesmo que não tenha incorrido em culpa (negligência, omissão, conivência).

Seria a lei capaz de mudar o Brasil? Ou será que o “jeitinho brasileiro” está tão entranhado em nossa cultura que nem conseguimos mais diferenciar o que pode ser considerado um ato de corrupção? A troca de favor, o “presentinho”, a “mentirinha”, a pequena adulteração de alguns números em um balanço, o uso de influência, o fornecimento de informação privilegiada, tudo isso, de certo modo, está muito presente em nosso cotidiano.

Quando refletimos sobre o motivo que faz com que a imagem do brasileiro atual, perante o mundo, seja de uma “pessoa não confiável”, é consequência direta do fato de termos uma educação baseada na tolerância da mentira na família, por dois motivos: ou para não magoar ou para se dar bem. Uma criança cresce orientada a não dizer a verdade, mas sim a dizer algo criado conforme a conveniência e o interesse do resultado que gostaria de conseguir. O que é totalmente contrário da expectativa atual do mercado empresarial, o qual exige na governança corporativa o princípio da transparência. Como fazer que aquela criança, quando virar um adulto no mercado de trabalho, mude o seu *modus operandi*? Isso é, de fato, tanto um grande desafio educacional como social.

Apenas dando outro exemplo, o jovem digital de hoje começa a infringir as leis com apenas 8 ou 10 anos, quando quer criar um perfil nas mídias sociais sem ter ainda a idade mínima exigida pelo fornecedor do recurso. Então, simplesmente, mente a data de nascimento para preencher o cadastro. Bem, isso é nada mais que a prática do crime de falsa identidade prevista no artigo 307 do Código Penal. Podemos somar ainda à prática de falsidade ideológica a falsidade documental, e com um pouco mais de más companhias ele pode chegar facilmente até a fraude e o estelionato. Por que deixamos isso ocorrer? Só porque todo mundo faz? Onde fica a moral, a ética, os bons costumes, o princípio de que temos que seguir as regras, inclusive da idade mínima de não mentir, não enganar os outros para se beneficiar.

Visto isso, quando foi que começamos a ver surgir a falha de caráter, a perder aquele indivíduo para as pequenas más condutas que determinam, depois, a imagem de que o brasileiro não é digno de confiança nos relacionamentos?

Daí o jovem cresce. E com ele tem crescido a fraude. Há três fatores que explicam a ocorrência de fraude e corrupção nas empresas: motivação, oportunidade e

racionalização. Logo, o histórico de relações de trabalho desiguais, de baixa remuneração, de classe social com consumo reprimido, bem como o sentimento de exploração e insegurança, tudo isso ajuda a justificar o Brasil ter pequenos furtos e uso indevido de ativos que não parecem ser moralmente condenáveis devido a premissa do “todo mundo faz”.

A ação imediata se a empresa se enquadrar na nova lei, para fins de *compliance*, é atualizar ou implementar o código de ética e realizar uma campanha de conscientização. Afinal, se houver um incidente isso ajuda a diminuir a pena.

Apesar de muitas empresas já terem adotado códigos de ética pós Sarbanes-Oxley, o desafio é conseguir exigir que sejam efetivamente cumpridos. O ato de um indivíduo isolado pode, sim, colocar em jogo toda a reputação da empresa, visto que a lei traz a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que é uma espécie de “black list” do mundo empresarial, e que por certo pode, inclusive, afetar a pontuação de risco de uma determinada ação de companhia aberta em bolsa. As agências de risco com certeza levarão em consideração o que ali estiver publicado, até pelo efeito de extraterritorialidade alcançado por esta nova legislação. A conduta de uma filial no Brasil pode afetar a matriz, e vice-versa.

Por certo, não apenas nas empresas, mas nos lares brasileiros precisamos, sim, adotar um grande programa nacional de integridade, no qual a denúncia não seja entendida como “dedo duro”, mas como um exercício legítimo de um dever de cidadania. Devemos assumir um compromisso educacional de formar indivíduos éticos.

A planificação do mundo, a ausência de fronteiras físicas bem delimitadas, o crescimento dos ativos intangíveis fluidos em sistemas de informação conectados, bem como a multiculturalização digital e a financeirização da economia implicam novas culturas corporativas. Mas será que precisa ser ilegal para, então, ser imoral? Precisamos dar uma chacolhada na cultura nacional para que fazer o certo, agir com ética, seja valorizado, e não mais a esperteza. Afinal, não há corrupção sem corruptores e corrompíveis.

No Brasil, devido à imprevisibilidade dos atos de autoridade e a corrupção generalizada em todas as instâncias, gerou-se, nos últimos anos, uma imensa insegurança jurídica para tomada de decisões empresariais.

Ou seja, mesmo quando a lei diz que pode, alguém acha um jeito de autuar ou multar, de gerar dificuldade para vender facilidade. Este comportamento é extremamente prejudicial para a economia, visto que cerceia a inovação e paralisa os negócios.

Questões que poderiam ser resolvidas com apenas um parecer jurídico exigem a coleta de várias opiniões e, muitas vezes, impossibilitam a ação devido a não se ter tempo hábil para gastar em tantas discussões se uma coisa pode, ou não, ser feita.

Em outros países, como os EUA, impera a força da livre iniciativa. Da prática do princípio de que a iniciativa privada pode fazer tudo que não seja vedado expressamente em lei.

Nas economias mundiais mais fortes e sustentáveis, pode, sim, ser criada uma coisa nova, realizada uma ação de comunicação que ninguém nunca fez, sem medo, pois os contratos e as leis serão cumpridos conforme estabelecidos, sem mudanças das regras no meio do caminho.

Estamos com o foco errado. Ao invés de mirarmos na geração de riqueza a partir da invenção, hoje, ganha-se dinheiro no nosso país com burocracia e “judicialização” das relações. O receio de tomar um processo, ou a ideia de que tudo se resolve no Judiciário tem prejudicado o nosso crescimento.

Por princípio, qualquer regulamentação deve ter o compromisso de acompanhar a evolução da sociedade, em suas relações sociais e econômicas. Nos últimos anos, todas estas tarefas migraram do público para o privado. Portanto, não faz sentido mais este Estado centralizador e arrecadador.

Desde a Constituição Federal de 1988, o foco passou a ser o estímulo à livre iniciativa para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, e não a aplicação de um “Estado-Protetor”, burocrático e pesado, que acaba gerando como efeito colateral a corrupção. Os segmentos regulados surgiram apenas como uma fórmula para coibir abusos e excessos que pudessem ser prejudiciais ao cidadão ou ao consumidor. Os mercados livres necessitam apenas de transparência e de regras claras para se desenvolverem.

## **GARANTIAS NO AMBIENTE CORPORATIVO**

A autorregulamentação através de códigos de ética dentro das empresas é uma prática cada vez mais comum e que se mostra bastante eficiente. Devido à demora na elaboração de leis que regulem o ambiente digital, bem como a diversidade de usuários de tecnologia que uma empresa emprega, pode haver certa dificuldade em garantir o cumprimento das normas de segurança e de conduta dentro das organizações.

É importante ressaltar que os códigos serão mais eficazes quanto mais específicos eles forem. A ideia não é criar um código de ética geral e abstrato, mas regulamentar as condutas dentro das áreas específicas, aproximando o máximo possível as descrições da realidade do dia a dia.

O Chief Information Officer (CIO) precisa cada vez mais ser assessorado por um profissional jurídico que possa pensar sobre a lei que ainda não foi criada, principalmente para atender às questões atuais da TI. Isso muitas vezes representa romper com usos e costumes, que vão do apego ao suporte de papel para documentar obrigações e relações, e até mesmo pensar formas para aumentar a prevenção, saber coletar provas eletrônicas, apoiar-se em resposta a incidentes.

Vislumbramos o crescimento da autorregulamentação corporativa, seja por políticas, códigos ou contratos, em virtude da demora na elaboração de novas leis, bem como a priorização da contratação de treinamentos de capacitação de equipes em detrimento da contratação de consultorias externas, que detêm conhecimento, mas não geram continuidade sustentável no nível atualmente exigido pelas melhores práticas de governança de TI.

Um dos exemplos deste tipo de metamorfose ocorre na demanda crescente pela elaboração de códigos de conduta e ética profissional, não apenas gerais, para alcançar equipes como um todo, mas também os específicos, que demandem detalhamentos como os que recaem sobre a TI ou mesmo sobre os terceirizados (prestadores de serviço). Em muitos casos, chegamos próximos ao estabelecimento de um SEA – Service Ethics Agreement (Acordo de Nível de Ética).

Logo, atualmente a empresa investe recursos para capacitar cada vez mais a equipe, que retribui com conhecimento. Isso traz novos desafios, que vão desde estabelecimento de cláusulas de reserva de mercado, cessão de direitos autorais, até mesmo dever de sigilo e confidencialidade que não se encerram na rescisão do contrato, já que não se pode dar um CTRL-ALT-DEL no cérebro do colaborador quando ele deixa a empresa e vai para um concorrente!

Os códigos de ética são importantes instrumentos de prevenção e permitem uma regulamentação mais aderente à realidade atual das empresas. São, sim, um

poderoso instrumento jurídico e de construção de cultura. Podem contribuir para evitar concorrência desleal, bem como para reter talentos em longo prazo.

Vale lembrar que a ética precede a lei de que o trabalho de segurança dentro das instituições está diretamente relacionado com a cultura organizacional da empresa. É necessário fomentar a criação de uma cultura de educação para a Era Digital, com novos conceitos, novos cuidados e sempre ressaltando a importância de uma postura ética. Se não houver investimento em informação e formação, todos os esforços serão em vão.

Abaixo, seguem os tópicos normalmente abordados em códigos de ética profissional e os novos temas relacionados aos códigos de ética da TI e de ética do terceirizado. Tais instrumentos devem ser atualizados e utilizados para determinar as leis que ainda não foram escritas, mas que estão presentes em valores já existentes na sociedade, que precisam de uma releitura para passarem a vigorar como lei entre as partes, em um modelo mais abrangente e duradouro que uma mera minuta contratual.

### **Código de Ética Profissional Atualizado**

- Visão, missão e valores da empresa
- Governança através de transparência e controles
- Comunicação em geral
- Uso de marca
- Proteção de imagem e reputação
- Publicação, comentários e opiniões em nome da empresa
- Uso de ferramentas de trabalho tecnológicas em geral
- Posturas em mídias sociais
- Melhores práticas para redação corporativa de mensagens digitais
- Segurança da informação
- Sigilo profissional e confidencialidade
- Postura em eventos externos, inclusive internet e redes sociais
- Coleguismo e colaboração
- Jornada de trabalho (com novos modelos de mobilidade e flexibilidade)
- Reembolso de despesas
- Principais papéis e responsabilidades (alinhado com alçadas e pPoderes)
- Política anticorrupção (em geral trata de brindes, presentes, cortesias, outros)
- Fato relevante (especialmente se companhia aberta)
- Denúncia anônima (especialmente se companhia aberta)
- Solução de conflitos

### **Código de Ética da TI**

- O papel da TI na empresa
- Limites e responsabilidades do profissional da TI (“quem vigia o vigia?”)
- Principais incidentes envolvendo as atividades dos profissionais de TI (como conduzir)
- O princípio do sigilo profissional
- O princípio do uso dos conhecimentos da TI apenas para fins lícitos e éticos
- Os princípios da disponibilidade, integridade e autenticidade da TI;
- As leis da TI (Moore, Metcalf e Maxwell)
- Desenvolvimento seguro de softwares, aplicações e outros

- Propriedade intelectual e direitos autorais
- Segurança da informação aplicada a TI
- Proteção de bases de dados
- Relação com equipes mistas de colaboradores internos e terceirizados (colaboradores de fornecedores de TI)
- Coleguismo e colaboração na TI
- Cuidados no uso de fórum de discussão, comunicador instantâneo e outras ferramentas de uso comum da TI
- Posturas em mídias sociais
- Melhores práticas para redação corporativa de mensagens digitais
- A gestão de qualidade através de SLAs
- A importância do cumprimento dos prazos e cronogramas
- Dever de denúncia
- Solução de conflitos

### **Código de Ética do Terceirizado**

- Política anticorrupção
- Segurança de informação
- Confidencialidade, sigilo profissional e classificação de informação
- Concorrência desleal
- Passagem de conhecimento técnico
- Uso de marca
- Propriedade intelectual e direitos autorais em geral
- Postura em redes sociais no tocante aos trabalhos envolvidos
- Regras de fato relevantes (quando companhia aberta em bolsa)
- Fusões e aquisições, cessão, que impactam a contratação
- Exclusividade ou outros tipos de restrição de mercado
- Gestão de qualidade através de SLAs
- Solução de conflitos – mediação, arbitragem e outros.

Os códigos de ética são importantes instrumentos jurídicos e educacionais, tanto para prevenção como para reação, quando houver uma situação de incidente para punir o responsável e evitar que pareça perante sócios, acionistas e sociedade que os gestores não estavam sabendo conduzir o negócio com a devida diligência do *bonus pater familias*.

No contexto social atual brasileiro as regras têm que ficar muito mais claras e documentadas, incluindo os valores empresariais, as expectativas que a empresa têm sobre o comportamento de seus líderes, de suas equipes, de seus parceiros e até de seus clientes. É preciso investir em educação e capacitação. Sem isso, há omissão, o que gera mais do que risco financeiro, jurídico ou reputacional, mas um passivo para as sociedades brasileiras presente e futura. ■



ARQUIVO PESSOAL

**PATRICIA PECK PINHEIRO** é advogada especialista em Direito Digital. Doutoranda em Direito Internacional, é pesquisadora convidada do Instituto Max Planck, de Hamburgo e Munique (Alemanha), e também da Universidade de Columbia (Nova York, EUA). É professora convidada da Universidade de Coimbra e autora de 17 livros sobre Direito Digital. Premiada sete anos consecutivos (de 2010 a 2016) como uma das advogadas brasileiras mais admiradas em propriedade intelectual, recebeu duas vezes o prêmio *Security Leaders* e foi condecorada com três medalhas militares pelas Forças Armadas. É sócia-fundadora do escritório Patricia Peck Pinheiro Advogados, da empresa de cursos Patricia Peck Pinheiro Treinamentos e do Instituto iStart de Ética Digital que conduz o Movimento Família mais Segura, o qual recentemente lançou o aplicativo *iStartcare*, criado para orientar sobre o uso ético e seguro das novas tecnologias e está disponível na *Google Play* e na *Apple Store*.

# Estado Democrático de Direito, Direito Penal e Direito Penal Econômico

■ POR ANNA PAULA VIEIRA DE MELLO RUDGE

**“A maneira como o Estado de Direito tem sido tratado sem dúvida resulta em dúvidas sobre a preservação de direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal, criando quase um Estado de exceção, justificando-se os fins pelos meios.”**

**A** Constituição Federal estabelece o Estado Democrático de Direito, garantindo que todo o poder emana do povo e para o povo, fixando garantias primordiais como a liberdade, a propriedade e inviolabilidade de sigilo, determinados por uma assembleia constituinte catalizadora dos anseios dos brasileiros e das brasileiras, os quais se encontram atualmente ameaçados por atos e desmandos providos, supreendentemente, daquele de deveria ser seu último guardião, o Poder Judiciário.

São encontrados na Constituição Federal os princípios constitucionais penais, que devem ser observados por todos, mas especialmente pelo Poder Legislativo, magistrados e membros do Ministério Público.

Atualmente, pode-se afirmar que dentre todas as áreas do Direito a Penal tem tido maior relevância por conta das infundáveis notícias de corrupção divulgadas por todos os meios de comunicação disponíveis. Sem objetivo de reinventar o tema pode-se dizer que o Direito Penal tem a finalidade básica de garantir que seja possível o convívio em sociedade, já que no caso de infração às regras básicas de convivência o Estado atuará aplicando a punição cabível, observadas as garantias dispostas na Constituição Federal.



O acesso aos meios de comunicação e a popularização destes por conta das constantes inovações tecnológicas, a quebra de fronteiras, a abertura de mercados econômicos promovidos pela globalização, entre outros fatores, fez com que os antigos preceitos do Direito Penal se deparassem com as novas concepções de criminalidade, especialmente no âmbito de crimes econômicos, fazendo ganhar grande relevância a área do Direito Penal Econômico.

De acordo com a doutrina dominante, Direito Penal Econômico pode ser definido como o ramo do Direito Penal que trata das infrações contra a ordem econômica. Assim sendo, busca sancionar determinadas condutas que colocam em risco as relações econômicas relevantes para a sociedade, como a transparência, a lisura, a igualdade de poder econômico, apenas para citar alguns exemplos. Os crimes tutelados pelo Direito Penal Econômico ganharam inegavelmente maior relevância conforme ocorre o avanço da globalização, diante da exigência cada vez maior de garantias nas relações comerciais, evitando-se, assim, a criação de ambientes propícios à lavagem de dinheiro, à corrupção, entre outros crimes dessa natureza.

A cada dia surgem novas leis que tipificam novas condutas como ilegais, as quais anteriormente eram objeto de interesse exclusivo de outras áreas do Direito, como a Civil ou a Comercial, ou então simplesmente não eram disciplinados por área alguma em razão da ausência de referência.

Com a nova tendência de tipificar comportamento cuja origem não se encontrava, originalmente, no campo de interesse do Direito Penal, diversos doutrinadores defendem haver um movimento excessivo de criminalização de condutas, as quais poderiam ser disciplinadas por outros ramos do Direito.

É possível que todo o movimento de criação de novos tipos penais seja uma resposta ao aumento do anseio social por punição. Contudo, essa pode não ser a solução mais correta e eficaz, pois aumenta exponencialmente o risco de que sejam infringidas as garantias constitucionais formadoras do Estado Democrático de Direito e, por corolário, da segurança jurídica, abrindo espaço para punições desmensuradas para dar respostas à sociedade.

### **LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013)**

Certamente, um dos assuntos mais comentados do momento, a operação Lava Jato, tem como pano de fundo a pretensão de punir corruptos e corruptores, os quais, de forma inegável, macularam a fé de toda a sociedade em um futuro melhor em curto prazo. O instrumento legal que ampara toda essa operação, e diversas outras que ocorrem nesse sentido, é a Lei nº 12.846/13, a chamada Lei Anticorrupção.

Contextualizando, a Lei Anticorrupção surgiu para responsabilizar administrativamente as pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração pública, nacional ou estrangeira, com a aplicação de multas e de impedimentos de realização de negócios futuros com o poder público.

A título informativo, o primeiro país a ter uma legislação anticorrupção foi os Estados Unidos da América, a qual, inclusive, quando aplicada, ocasionou a renúncia do então presidente Richard Nixon, no escândalo que ficou conhecido como *Watergate*.

A partir de então, os Estados Unidos da América passaram a pressionar os outros países a criarem normas anticorrupção, em especial por conta dos prejuízos causados para as empresas norte-americanas que, por conta das regras mais rígidas aplicadas pelo governo daquele país, passou a perder diversas concorrências nacionais e internacionais para outras empresas e agentes que faziam vistas grossas à corrupção. Até a década de 1990, por exemplo, países como a França e

a Inglaterra autorizavam que empresas fizessem dedução fiscal da propina paga à agentes públicos estrangeiros, um fenômeno de corrupção institucionalizada.

Em 1997, com grande pressão dos Estados Unidos da América, foi assinado um acordo internacional entre os países, promulgado pela OCDE, visando ao combate sistemático à corrupção, com foco nas empresas e agentes públicos estrangeiros.

No Brasil, a Lei Anticorrupção surgiu na esteira de várias normas criadas para tutelar os chamados crimes de ordem econômica, podendo ser citadas a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Antitruste, a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro e outras normas de igual teor.

Contudo, em que pese a importância do tema que veicula, a Lei Anticorrupção, na forma como tem sido aplicada, acaba por ocasionar feridas na segurança jurídica do nosso país, na medida em que o Poder Judiciário e o Ministério Público descumprem diversas garantias constitucionais. Podemos citar, como exemplo, a prisão ou a manutenção de investigados da Operação Lava Jato presos, através de prisões preventivas e cautelares por longos períodos, sob a alegação da gravidade do delito, não obedecendo a regras do ordenamento pátrio e garantias constitucionais como a liberdade, o devido processo legal ou mesmo o Código de Processo Penal, uma vez que a gravidade do delito não é e nem nunca foi uma das regras para que fosse negado ao paciente o *habeas corpus*, fato que pode ser até considerado uma antecipação de pena.

A Lei Anticorrupção é a mais clara manifestação do poder de polícia do Estado, que mediante a tipificação de diversas condutas atua coercitivamente com o objetivo de preservar o patrimônio público nacional ou estrangeiro, os princípios da administração pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Não se discute a necessidade da norma anticorrupção, pois ela tutela a eficácia e a credibilidade da gestão pública e sua relação com a sociedade, contribuindo para seu desenvolvimento econômico, a redução das desigualdades sociais e a melhoria na distribuição de renda e serviços básicos. Em relatório publicado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) foi constatado que a elevada burocracia contribui para a existência da corrupção. No mesmo relatório concluiu-se que o valor desviado para corrupção variava de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), montante que poderia ser investido em melhorias produtivas ou sociais (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015).

Em que pese a importância de normas que reprimam a prática de atos de corrupção, a ânsia manifestada pela aplicação das referidas normas tem promovido verdadeiras agressões às mais consagradas garantias constitucionais e ao próprio Estado Democrático de Direito, não podendo adotar-se como fundamento para prisões injustificadas a invasão de privacidade e os dados protegidos. O clamor popular pela punição dos agentes envolvidos em atos de corrupção não pode influenciar o Poder Judiciário a descumprir as leis e, em última instância, o Estado de Direito.

## **OPERAÇÃO LAVA JATO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

É possível argumentar que as prisões ordenadas no âmbito da operação Lava Jato, bem como as justificativas pouco ortodoxas para a soltura de determinados indivíduos ou a manutenção de outros em reclusão, sem dúvida demonstram a fragilidade e o despreparado do sistema, em especial do Poder Judiciário, e claramente violam o Estado de Direito, o devido processo legal, os direitos à liberdade e à isonomia, entre outros.

A maneira como o Estado de Direito tem sido tratado inevitavelmente resulta em dúvidas sobre a preservação de direitos e garantias fundamentais dispostos

na Constituição Federal, criando quase um Estado de exceção, justificando-se os fins pelos meios.

Verificam-se nesse cenário ordens de prisão que são mantidas sob a justificativa da gravidade do delito. Não se nega que a corrupção é um fato que afeta toda a sociedade e tem imensa gravidade, pois todo o recurso desviado poderia ser aplicado na redução da desigualdade em nosso país. Porém, a gravidade do delito não se encontra no rol de justificativas tuteladas pelo Código de Processo Penal para a manutenção da prisão de um indivíduo, havendo, neste caso, uma clara violação a direitos e garantias constitucionais que deveriam ser intocáveis.

O direito à liberdade é garantia que deve ser preservada. Por outro lado, não resta dúvida de que as detenções e prisões praticadas como forma de coerção e ainda com a finalidade de obter delações premiadas são completamente inconstitucionais e ilegais.

Por outro lado, a prática real ou a mera ameaça de prática de atos que ferem o Estado Democrático de Direito, a garantia ao devido processo legal, entre outros princípios consagrados em nossa Constituição permite colocar em dúvida todo o teor das delações premiadas e acordos de leniência.

De fato, tudo o que foi dito pelos delatores deverá ser cabalmente provado, sob pena de virar um grande circo. Assim, a necessidade de comprovação alonga sobremaneira as investigações e a própria finalização dos processos judiciais, a exemplo do chamado escândalo do Mensalão (Ação Penal nº 470), cujo julgamento demorou longos sete anos. Porém, essa é a única forma de se garantir que sejam efetivamente condenados os verdadeiros culpados.

A busca por justiça rápida, alimentada pelos anseios populares, não pode ser justificativa para se deixar de lado a justiça eficaz, não devendo o Poder Judiciário se curvar às pressões das ruas, o que cada vez menos se verifica, até mesmo na mais alta corte do país, fator inaceitável.

Na própria Constituição existe uma série de garantias a fim de permitir que o Poder Judiciário julgue com imparcialidade e autonomia. Nunca antes na história deste país tais garantias se fizeram tão importantes. Investigações e inquéritos, conduções coercitivas, prisões, e negativas de liberdade provisória não devem ser decididas com base em enquetes em redes sociais ou pela busca de projeção pessoal e narcisismo, mas com base na mais clara e absoluta aplicação da lei. 

## REFERÊNCIAS

- JUNIOR, Nery; NELSON; ANDRADE, Rosa Maria. *Constituição Federal Comentada: Legislação Constitucional*. Revista dos Tribunais 6ª Edição, São Paulo.
- POZZO, D.; FERRAZ, A.; NEVES, A.; NEVES D.B; e FACCHINATTO. *Contracorrente. Lei Anticorrupção Apontamentos*. (Lei nº 12.846/2013). Ed. 2. São Paulo.
- FILHO, Ruiz; ANTONO; LEONARDO, Sica. *Responsabilidade Penal na Atividade Econômica Empresarial: Doutrina e Jurisprudência*. Editora Quartie Latin do Brasil, São Paulo. 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômica: Thmpson Reuters*. Revista dos Tribunais. Ed. 7, São Paulo.
- LIMA, A. J. C. B. *Direito Penal Constitucional: A imposição dos Princípios Constitucionais Penais*. Editora Saraiva. São Paulo, 2012.
- MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiana; Pesquisa Fiesp: Lei Anticorrupção. São Paulo: Fiesp, 2015.
- CAPEZ, Fernando. *Código de Processo Penal Comentado*. Editora Saraiva. São Paulo, 2017.



**ANNA PAULA VIEIRA DE MELLO RUDGE** é advogada, com formação multidisciplinar focada no desenvolvimento de negócios. Especializada em mercado financeiro, análise de balanços, bolsa de valores e *compliance*.

# Lavagem de dinheiro envolvendo *offshores*

■ POR MONIQUE RABELLO



**“A lavagem de dinheiro é um problema mundial que envolve transações internacionais, contrabando de dinheiro através de fronteiras e lavagem em um país do produto de crimes cometidos em outro. Dado o caráter transnacional das operações, o recente aumento da cooperação internacional é auspicioso e o Brasil está presente nesse cenário de forma ativa, nos principais grupos internacionais que atuam no combate à lavagem de dinheiro.”**

**L**avagem de dinheiro é dar fachada de dignidade a dinheiro de origem espúria, podendo ser dividida três fases. A primeira é a introdução dos proventos nos circuitos lícitos, por exemplo, por meio de depósito em conta bancária. A segunda o afastamento, na maior medida possível, da sua origem criminosa, como seria, por exemplo, o uso dos recursos na conta bancária para a constituição do capital de uma empresa. A terceira a sua efetiva reaplicação em outras atividades econômicas, sendo um exemplo o investimento dos recursos da sociedade em projetos empresariais.

São denominadas popularmente *offshores* as contas bancárias e empresas abertas em paraísos fiscais, geralmente com o intuito de pagar menos impostos do que no país de origem dos seus proprietários. Como a grande maioria dos países que permitem a criação desse tipo de empresa anônima – ou a abertura desse tipo de contas bancárias anônimas – fica em ilhas (tais como as Bermudas, Jersey, Ilhas Cayman, Chipre, Ilhas Virgens etc.), por extensão de sentido esse tipo de empresa anônima ou de conta bancária anônima passou a ser chamada *offshore*, embora alguns países continentais, como o Grão-Ducado do Luxemburgo ou o Principado de Mônaco também as permitam, usando esquemas legais diferentes, porém de resultados equivalentes.

Sites oferecem a qualquer um a possibilidade de abrir contas bancárias ou empresas em locais como os citados, com direito à conta bancária, cartão de crédito internacional e até passaporte para transitar nos países, não sendo privilégio de magnatas ou grandes investidores, visto que alguns endereços eletrônicos oferecem a oportunidade de começar um negócio ou transação por US\$ 600. A conta inclui até os “laranjas” responsáveis pela direção da empresa.

Empresas *offshore* são entidades situadas fora do país de domicílio de seus proprietários e, portanto, não sujeitas ao regime legal vigente, sendo eventualmente criadas para servirem como sociedades de direito, mas não de fato. Podem ser exclusivamente virtuais. Não apresentam, ademais, qualquer corpo operacional efetivo, e quando o tem, apresenta-se bastante reduzido para o volume de operações. Seus registros de auto de infração no CARF em sua majoritária incidência dão-se sobre recolhimento a menor de Contribuição Social de Lucro Líquido (CSLL) e Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).

O mesmo ocorre com as contas bancárias *offshore*, geralmente abertas em países de legislação de origem britânica, mas existindo em número considerável em países da América do Sul, por exemplo, o Uruguai, onde as sociedades anônimas financeiras de investimento (SAFI) gozam de tratamento fiscal privilegiado.

Nos ditos “paraísos fiscais”, onde se permitem a operação desse tipo de *trusts* ou fundações, os bancos têm conhecimento apenas do nome dos *trustees* (ou seja, dos administradores ou procuradores) das contas ou dos gestores da fundação, ignorando completamente o real beneficiário do dinheiro depositado. Assim, mesmo que haja determinação judicial é impossível que esses bancos forneçam informações sobre os proprietários do dinheiro depositado.

No Brasil, as remessas de dinheiro para o estrangeiro e vice-versa eram feitas inicialmente pelas contas “CC5”, Circular nº 5, editada pelo Banco Central do Brasil, em 1969, criadas para permitir a não residentes possuir contas bancárias no Brasil, sem critérios rigorosos para tal e, no caso das *offshore* que detinham tal

conta, entregavam-se dólares no exterior ao depositante do numerário em sua conta “CC5”, descontado o valor correspondente ao seu trabalho.

O depositante do “dinheiro ilícito” podia trazê-lo de volta ao Brasil com investimento nas carteiras de estrangeiros, isentos de impostos, administradas por instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Hoje, as disposições sobre essas contas constam no Regulamento de Câmbio e Capitais Internacionais, título 1, Mercado de Câmbio, capítulo 13.

## EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A questão da lavagem de dinheiro como um problema social de caráter internacional surgiu no final dos anos 1980 – mais exatamente com a Convenção de Viena, em 1988 – e foi rapidamente inserida em variados instrumentos internacionais que exigiram a criminalização

Nos anos 1990, surgiu a tendência de usar essa aproximação para a prevenção e o combate ao crime organizado e particularmente sua associação com a corrupção – política, judicial, policial – visando a facilitar a criminalidade que gere lucros. Importante documento-referência sobre prevenção e combate à lavagem de dinheiro da *Financial Action Task Force on Money Laundering* – ou *Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro* (GAFI/FATF denominado “As 40 recomendações” foi escrito em 1990 e revisado em 1996.

Em 2000, doze grandes bancos privados internacionais criaram o The Wolfs-berg Group, voltado para o desenvolvimento de melhores práticas na prestação de serviços financeiros, especialmente enfatizando as políticas de conhecer o cliente (*Know Your Customer*, ou KYC).

Em março de 1998, dando continuidade a compromissos internacionais assumidos a partir da assinatura da Convenção de Viena de 1988, o Brasil aprovou a Lei nº 9.613 – a Lei de Lavagem de Dinheiro. A sua tipificação de forma literal foi simplesmente a separação das condutas e as possíveis fases de lavagem, sem exigir o resultado final de reaplicação. Escolha infeliz que responde pela formulação excessivamente genérica do tipo penal, quando a reaplicação em atividade econômica ou financeira bastaria para definir com equidade a prática que se deve incriminar, dando-se se demais etapas como absorvidas pelo delito antecedente ou, no máximo, como tentativa de lavagem se presente o intuito final de reaplicação em atividade econômica ou financeira.

Essa lei atribuiu às pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômicos e financeiros maior responsabilidade na identificação de clientes e manutenção de registros de todas as operações e na comunicação de operações suspeitas, sujeitando-as ainda às penalidades administrativas pelo descumprimento das obrigações.

Para efeitos de regulamentação e aplicação das penas, o legislador preservou a competência dos órgãos reguladores já existentes, cabendo ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e CARF (Conselho de Atividades de Recursos Financeiros) a regulamentação e supervisão dos demais setores.

Além disso, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de dinheiro (ENCCLA), criada em 2003, pelo Ministério da Justiça, contribui para a sistematização das várias iniciativas em torno do tema e para a articulação de diversos órgãos dos três Poderes da República, Ministério Público, sociedade civil

e iniciativa privada, os quais atuam direta ou indiretamente na prevenção e no combate aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Em 9 de julho de 2012, foi aprovada a Lei nº 12.683, que revogou a lista de crimes antecedentes necessários para que haja condenação por lavagem. A partir dessa data, todos os crimes previstos no Código Penal Brasileiro são considerados crimes antecedentes. Esta lei ampliou a abrangência da legislação penal e configurou o crime como sendo a “dissimulação e ocultação da origem de recursos provenientes de qualquer crime ou contravenção penal”.

Cabe ressaltar que a lei não deixa claro se o crime é permanente ou instantâneo, ou seja, se sua prática perdura no tempo ou acontece apenas no momento da ocultação, dissimulação ou aplicação em atividade econômica dos bens provenientes do delito, pois enquanto perdurar o crime existe a possibilidade de prisão em flagrante, não ocorrendo, pois, prescrição penal.

## **METODOLOGIA DA PRÁTICA CRIMINOSA DE LAVAGEM DE DINHEIRO UTILIZANDO AS OFFSHORES**

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente: a colocação, a ocultação e a integração.

No processo de colocação o dinheiro, geralmente de forma pulverizada, é introduzido no sistema financeiro por meio de depósitos ou pequenas compras de ativos.

Na etapa da ocultação os valores são transferidos sistematicamente entre contas ou entre as aplicações em ativos de maneira a despistar o tráfico e, ao mesmo tempo, concentrar os valores, aglutinando-os progressivamente.

Finalmente, na integração os valores são introduzidos na economia formal, sob a forma de investimentos. Geralmente, isso acontece em praças onde outros investimentos já vêm sendo feitos ou estão em crescimento, de forma a confundir-se com a economia formal. Pode-se, com a utilização de doleiros, remeter os valores em espécie para paraísos fiscais e, de lá, trazer os valores de volta, como se fossem investimentos externos. O caso detectado pela Operação Satiagraha, da Polícia Federal brasileira, teve investimentos sistemáticos do exterior em um país de economia emergente.<sup>1</sup>

O objetivo da lavagem de dinheiro não é o lucro, mas a dissimulação da origem ilícita dos valores, o que pode acarretar custos. Assim, os “lavadores” podem fazer negócios que seriam considerados “muito ruins” ou “desaconselháveis” pelas regras da Economia e os princípios da Administração. Isso pode acontecer, por exemplo, quando se utiliza da técnica de compra de passivos: empresas endividadas ou falidas são compradas por preços irrealistas e usadas mais tarde como fachada para novas transações. Atualmente, há cinco tipologias gerais de lavagem.

### **1. OCULTAÇÃO DENTRO DE ESTRUTURAS EMPRESARIAIS**

Entende-se essa modalidade como sendo a de esquemas de lavagem que procuram ocultar os recursos de origem criminosa dentro das atividades normais de empresas controladas pela organização criminosa. A tentativa de transferir recursos

dentro do sistema financeiro, misturando-os com as transações de uma empresa controlada, traz várias vantagens para os que fazem a lavagem.

A *prima facie*, o criminoso tem maior controle sobre a empresa usada, quer por causa de uma propriedade benéfica (*beneficial ownership*), quer por causa de uma ligação estreita com o devido proprietário efetivo – o que reduz o risco de vazamento de informações para as autoridades de repressão de dentro da própria empresa.

Em segundo lugar, a instituição financeira usada para fazer as transações tende a não desconfiar tanto de grandes flutuações de saldo na conta de uma empresa, já que a maioria das pessoas que trabalha com serviços financeiros já espera altos e baixos durante o ciclo de negócios.

As empresas geralmente têm razões legítimas para transferir recursos para outras jurisdições e em diferentes moedas. Isso reduz ainda mais a probabilidade de gerar suspeitas nas instituições financeiras. Várias delas, como boates e restaurante, lidam principalmente com dinheiro em espécie e, por isso, as instituições financeiras não considerarão tão suspeitos grandes depósitos em espécie.

Outro ponto importante que pode encobrir a ilicitude desta prática criminosa é o fato de os vínculos entre os criminosos e a empresa virem a ser ocultos pelos estatutos sociais das empresas (*company ownership structures*), enquanto a abertura de uma conta pessoal geralmente requer a apresentação de documentos específicos de identificação pessoal.

Por fim, em alguns países o custo de constituição de uma empresa pode ser de apenas algumas centenas de dólares, existindo em todo o mundo agentes que podem facilitar a formação e o gerenciamento de empresas.

## **2. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE EMPRESAS LEGÍTIMAS**

Esta tipologia é observada sempre que alguém envolvido com lavagem de dinheiro tenta usar uma empresa existente para fins de lavagem, sem que esta organização esteja ciente da origem criminosa dos recursos. Até certo ponto, está presente sempre que uma instituição financeira é usada, sem seu conhecimento, para fins de lavagem de dinheiro. A principal vantagem de se usar outra empresa, sem que ela o saiba, é que os recursos ilegais serão vistos por outras organizações como tendo sua origem naquela empresa e não no proprietário criminoso.

Diversas FIUs (*financial intelligent units*) já disseram que o uso frequente de profissionais, como advogados e contadores, pode ser explicado pelo desejo do criminoso de estar associado com atividades empresariais respeitadas.

## **3. USO DE IDENTIDADES OU DOCUMENTOS FALSOS E DE TESTAS-DE-FERRO**

A capacidade de muitos países em detectar e confiscar bens de indivíduos associados ao crime pode vir a parecer que existem muitas vantagens, em termos de lavagem de dinheiro, em se conseguir que os bens estejam nas mãos de pessoas sem antecedentes criminais.

Os chamados “testas-de-ferro” são usados para fazer depósitos ou retiradas na esperança de que, mesmo que as transações sejam levadas ao conhecimento das forças de repressão ao crime, a ausência de ligação entre o indivíduo e uma organização criminosa tornará essas informações menos útil.

Da mesma forma, a abertura de contas ou a realização de certas transações com documentos falsos de identidade pode ser muito vantajosa na medida em

que rompe a ligação entre os recursos e o criminoso já conhecido, uma vez que, mesmo que este seja detido e encarcerado, os ativos poderão estar disponíveis para ele depois que cumprir a pena.

#### **4. EXPLORAÇÃO DE QUESTÕES JURISDICIONAIS INTERNACIONAIS**

A existência de diferentes jurisdições em todo o mundo oferece aos que fazem lavagem de dinheiro a possibilidade de tirar partido das disparidades no tocante às leis de sigilo bancário, exigências de identificação, exigências de declaração, leis tributárias, exigências para constituição de empresas e restrições cambiais.

Quanto mais difícil o “lavador” tornar a tarefa do investigador que tenta provar a ligação entre o criminoso e os ativos, mais chances ele tem de escapar ileso da apuração conduzida pelas autoridades de repressão ao crime. A falta de familiaridade com outras jurisdições, dificuldades com a língua, restrições em relação à disponibilidade de informações, e o alto custo de investigações no exterior são fatores que podem atrapalhar as autoridades. Até mesmo quando as jurisdições estiverem em posição de ajudar os investigadores de outras jurisdições em matéria de investigação financeira, a lentidão que geralmente caracteriza os inquéritos internacionais constituirá uma vantagem para quem faz a lavagem, que pode usar os atrasos para confundir ainda mais as pistas.

#### **PRÁTICAS CRIMINOSAS UTILIZANDO OFFSHORES**

A sociedade “offshore” é uma pessoa jurídica constituída no exterior, na maioria das vezes em “paraísos fiscais”, estes entendidos como países (locais) que propiciam privilégios tributários ou guardam sigilo quanto à composição societária das empresas. É importante ressaltar que nem todas as “offshore” são criadas com objetivos ilícitos, muitas destas surgem de planejamentos tributários lícitos.

As empresas “offshore” conseguem obter inscrição no CNPJ para exercerem atividade econômica no Brasil sem a necessidade de identificar as pessoas físicas caracterizadas como beneficiários finais das operações.

Não há lei obrigando tais empresas a identificarem seus verdadeiros donos, pessoas físicas, o que inviabiliza as responsabilizações tributária e penal destes. Assim, os *mal-intencionados* permanecem à vontade para cometer atividades ilícitas, sob o manto da impunidade.

Nessa trilha, a aplicação financeira (via de regra, em dinheiro) em centros *offshores* são práticas eventualmente utilizadas por pessoas interessadas em lavar dinheiro que visam esconder a origem do dinheiro sujo, o qual não pode ser justificado e tampouco declarada no ajuste anual do IR, por conseguinte, de origem criminosa.

Segundo reportagem do *Jornal do Brasil*, por Marcelo Kischinhevsky:

Os paraísos fiscais tornam-se atrativos aos lavadores de dinheiro não pela vantagem fiscal oferecida, mas fundamentalmente por contarem com regras extremamente atraentes de sigilo bancário, pouca supervisão de bancos, pouca fiscalização de empresas e permissão para constituição de certos tipos de estruturas jurídicas empresariais que tornam muito difícil a identificação dos reais proprietários e beneficiários. No Brasil, os paraísos fiscais representaram, em 2001, 17% dos investimentos estrangeiros diretos, ou

US\$ 21,239 bilhões. Dos 40 países que investem aqui, 17 são enquadrados nessa categoria, sem contar o Uruguai<sup>2</sup>.

Explica ainda o COAF que uma outra alternativa muito utilizada pelas organizações criminosas é transferir o dinheiro a países com regulamentações permissivas. As alternativas seriam, então, os centros *offshores*, que representam atualmente um setor bastante consolidado. Os clientes dessas praças extraterritoriais são, em geral, não residentes e em sua grande maioria pessoas jurídicas.

A facilidade de utilização dessas praças por organizações criminosas – e por cidadãos comuns para fins de sonegação fiscal – indicam a necessidade de se estabelecerem normas internacionais mínimas para o seu controle.

Na Alemanha, por exemplo, se antes de 2003 somente as instituições financeiras eram obrigadas a relatar situações suspeitas às autoridades, após a reforma de 2003, auditores fiscais e bancários, ademais de cassinos, vendedores de obras de arte, agentes imobiliários, comerciantes de artigos de luxo e advogados são obrigados por lei a notificar qualquer operação com valor superior a 15 mil Euros, independente ser em espécie ou não. A necessidade de rigor ao combate à lavagem de dinheiro na União Européia (*EU-Richtlinie gegen Geldwäsche*) fez a legislação tornar obrigatório que inclusive os advogados, abrindo mão do sigilo profissional, informem as autoridades a respeito das operações e situações suspeitas.

No Brasil, embora a legislação, de 1998, seja bastante eficiente, até por ter sido copiada e adaptada aos preceitos jurídicos pátrios, ainda há muito que evoluir na questão do combate à lavagem de dinheiro. Há necessidade de se manter acordos de mútua assistência com outros países, e quanto a isso o DRCI (Departamento de Recuperação de Ativos e cooperação internacional – ligada ao Ministério da Justiça) vem desenvolvendo excelente trabalho.

Existem falhas grotescas, contudo, em nossa legislação, o que dificulta a fiscalização e a contenção de ilícitos tributários. Exemplo dessa ineficiência é a limitação existente no combate aos crimes cometidos por empresas “offshore” constituídas em paraísos fiscais. Esta preocupação foi manifestada, inclusive, pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – Sinprofaz.

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, desde 2009, o projeto de Lei nº 5.696, que visa tornar obrigatória a apresentação do quadro de sócios e administradores para inscrição, suspensão ou baixa da pessoa jurídica domiciliada no exterior no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). De acordo com o projeto de lei, as informações cadastrais relativas à pessoa jurídica domiciliada no exterior deverão abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-la, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiário final.

É preciso tratar o assunto com a urgência e importância que lhe é devida, pois, nós cidadãos comuns, no final das contas ficamos com a percepção de que apenas os pequenos infratores são efetivamente punidos

## PREVENÇÃO E DETECÇÃO

De acordo com o sitio da COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), o “esquema de lavagem de dinheiro, seus *players* e as instituições de controle são as seguintes:



As regras e recomendações internacionais apontam no sentido da criação de mecanismos específicos de prevenção e detecção da lavagem de dinheiro, a instituir por bancos, seguradoras, cassinos, advogados, notários e outras entidades. Tais mecanismos giram à volta de três aspectos centrais: identificação dos clientes; conservação de registos das operações e de documentos de identificação; e informação sobre indícios de transações suspeitas às autoridades competentes para a investigação.

No Brasil, pode-se consultar a Lei nº 7.492, de 16.06.1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, além da prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei anteriormente citada; a Lei nº 12,683, de 9 de julho de 2012, que alterou a Lei nº 9.613/1998, visando tornar eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro; o Decreto nº 2.799, de 08.10.98, que aprova o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF; a Portaria nº 330, de 18 de dezembro de 1998, do Ministro de Estado da Fazenda, que aprova o Regimento Interno do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF; a Portaria nº 350, de 16.10.02, do Ministro de Estado da Fazenda; a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras

Além disso, o Banco Central do Brasil publicou, em 22 de dezembro de 2006, a Circular nº 3.339, que dispõe acerca dos procedimentos a serem observados pelos bancos múltiplos, bancos comerciais, caixas econômicas, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo para o acompanhamento das movimentações financeiras de pessoas politicamente expostas ou PEPs (da sigla inglesa para *politically exposed persons*) – voltada especialmente para detentores

de cargos políticos, membros do Poderes Executivo e Judiciário e profissionais que ocupam cargos relevantes na Administração pública, bem como seus familiares em primeiro grau, que passam a ser acompanhados com mais rigor.

O intercâmbio de informações é disciplinado pelo artigo 15 da Lei nº 9.613, de 1998:

O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

Para fundamentar a conclusão pela existência do crime de lavagem de dinheiro, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito, condição imposta no mencionado artigo 15, são necessários os seguintes requisitos para o intercâmbio:

a) a solicitação deve ser apresentada por:

- autoridade competente para apuração (investigação) do crime de lavagem de dinheiro ou de qualquer outro ilícito;
- autoridade responsável pelo procedimento de investigação objeto do pedido;

b) a solicitação deve conter:

- o número e a natureza do procedimento de investigação instaurado;
- informações sobre os fundados indícios da existência do(s) ilícito(s) sob investigação, com indicação do(s) respectivo(s) tipo(s) penal(is);
- identificação das pessoas envolvidas na investigação, com indicação do nome e do CPF ou CNPJ, conforme o caso.

O intercâmbio de informações com autoridades nacionais é realizado por meio do Sistema Eletrônico de Intercâmbio – SEI, no SISCOAF, ou por meio de correspondências (ofícios).

Além das autoridades nacionais, o COAF realiza intercâmbio de informações também com as Unidades de Inteligência Financeira (UIF) integrantes do Grupo de Egmont.

Para o intercâmbio, a UIF deve estar autorizada por lei a trocar informações de inteligência financeira com as congêneres estrangeiras e possuir salvaguardas adequadas – incluindo disposições de confidencialidade – para assegurar que as trocas de informações estejam de acordo com os princípios fundamentais, nacionais e internacionais, e em conformidade com as suas obrigações em matéria de proteção do sigilo do dado ou informação.

Aplicam-se ao intercâmbio com unidades de inteligência financeira os mesmos requisitos exigidos para o intercâmbio com autoridades nacionais. Além desses, são também necessárias informações sobre a existência de relação entre pessoa, ou o caso suspeito, e o país alvo da solicitação.

As informações trocadas entre as unidades de inteligência financeira não podem ser divulgadas sem o consentimento prévio e formal da UIF requerida.

## CONCLUSÃO

Lavagem de dinheiro é o processo pelo qual o criminoso transforma recursos oriundos de atividades ilegais em ativos com origem aparentemente legal. Essa

prática geralmente envolve múltiplas transações, para ocultar a origem dos ativos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem comprometer os criminosos. A dissimulação é, portanto, a base para toda operação de lavagem que envolva dinheiro proveniente de um crime antecedente. Para se obter êxito, deve haver lei que declare a lavagem de dinheiro crime autônomo, permita o bloqueio e a perda dos recursos e facilite a cooperação internacional. São necessários, ainda, medidas de regulamentação e um sistema de informação de operações suspeitas, para detectar lavagem de dinheiro e desestimular tal prática. O problema básico para os criminosos que lavam dinheiro é ocultar e movimentar grandes somas de dinheiro em espécie.

A lavagem de dinheiro é um problema mundial que envolve transações internacionais, contrabando de dinheiro através de fronteiras e lavagem em um país do produto de crimes cometidos em outro. Dado o caráter transnacional das operações, o recente aumento da cooperação internacional é auspicioso e o Brasil está presente nesse cenário de forma ativa, nos principais grupos internacionais que atuam no combate à lavagem de dinheiro.

Somente com cooperação e trabalho articulado pode-se conter o movimento de recursos criminosos e inviabilizar as organizações criminosas.

Foram apresentadas as cinco tipologias gerais de lavagem e abordou-se os métodos de detenção e de prevenção e breves comentários a legislação pertinente.

Espera-se urgentemente que as autoridades policiais e investigativas, em conjunto com o COAF e demais órgãos nacionais e internacionais reduzam e previnam as práticas de lavagem de dinheiro que tanto prejudicam as economias nacionais e internacionais e assolam seus cidadãos. 

## NOTAS

- 1 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2008/08/428496-policia-investiga-em-presa-chave-no-esquema-de-lavagem-do-opportunity.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- 2 Disponível em: <http://www.fraudes.org/clipread.asp?CdClip=602>. Acesso em: 10 jul. 2017.

## REFERÊNCIAS

- BAKER, Raymond W. *Capitalism's Achilles Heel - Dirty money and How to Renew the Free-Market System*, Wiley, New Jersey, 2005.
- NEVES FILHO, Geraldo. *Lavagem de Capitais*. Boletim Conteúdo Jurídico n. 174, de 2011 (ano III) ISSN - 1984-0454. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 dez. 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PINHEIRO, Márcia. *A CORRUPÇÃO É CAPITALISTA*, Revista Carta Capital 356.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à Lavagem de Dinheiro -Teoria e Prática*, Campinas (SP): Millennium, 2008.
- THIOLLET, Jean-Pierre. *Beau linge et argent sale: fraude fiscale internationale et blanchiment des capitaux*, Anagramme, Paris, 2002.

# Os reflexos da lei anticorrupção no atual cenário político/judicial e a importância do *compliance* para o empresariado brasileiro

■ POR SANDRA MARCHINI COMODARO



**“O advogado é chave essencial para que a empresa esteja em conformidade com as especificações, diretrizes, padrões, instruções e procedimentos internos, regulamentos, políticas, normas e leis, assegurando o seu cumprimento. Para tanto, um setor nas bancas de advogados especializadas na implementação do programa de *compliance* é cada vez mais necessário.”**

**E**mpresas que contratam com o Poder público estão maculadas pelo fantasma da propina, esses são os fatos noticiados diuturnamente nos meios de comunicação. Há indícios de que a propina tenha sido institucionalizada, conforme relatado nos processos em andamento da operação Lava Jato. Tal situação trouxe insegurança aos negócios, levando a crer que todos os contratos com o Poder público são passíveis de corrupção.

Neste contexto, emerge uma nova realidade no empresariado nacional, a qual incentiva empresas a reforçar o combate a práticas ilícitas e procurarem estabelecer um programa efetivo de *compliance* para assegurar sua integridade.

Não bastasse, com o advento da Lei nº 12.846/20131, a chamada “Lei Anticorrupção Empresarial”, as companhias podem ser responsabilizadas até por atos de um terceiro contratado. É válido lembrar que a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/19922, é direcionada ao agente público, servidor ou não, bem como ao particular (pessoa física). No entanto, com a Lei Anticorrupção a responsabilização pela corrupção passou a alcançar as pessoas jurídicas que contratam com o Poder público, indo além do previsto pela Lei de Improbidade. Em outras palavras, esclarece que antes da Lei Anticorrupção o foco estava apenas no Poder público, porém a partir dela os holofotes se voltaram às empresas.

Desde então, nota-se que os escritórios de advocacia vêm sendo procurados cada vez mais pelas companhias para atuar de forma preventiva, com o objetivo de evitar problemas, conferir segurança jurídica, minimizar as perdas e ampliar as oportunidades de negócio. O advogado, além de prestar seus serviços jurídicos, atua próximo ao cliente, sendo, inclusive, um facilitador de negócios e oportunidades, repassando orientações confiáveis que contribuem para a tomada de decisão das companhias.

Esta nova realidade faz com que os escritórios de advocacia se especializem e se adaptem a esse novo nicho de mercado. Hoje, ter uma banca *full service* é essencial para atender aos clientes de forma plena e a contento, não apenas no contencioso, mas principalmente no consultivo preventivo. Ter uma equipe composta por profissionais especializados para prestar assessoria e consultoria nos âmbitos cível, administrativo, bancário, regulatório e criminal é de extrema importância para garantir que os clientes se previnam de riscos relacionados às

suas atividades, e preservar a sua integridade corporativa e sua imagem nos mercados nacional e internacional.

Além disso, o advogado é chave essencial para que a empresa esteja em conformidade com as especificações, diretrizes, padrões, instruções e procedimentos internos, regulamentos, políticas, normas e leis, assegurando o seu cumprimento. Para tanto, um setor nas bancas de advogados especializadas na implementação do programa de *compliance* é cada vez mais necessário.

O *compliance* contribui na transparência das negociações, devendo o advogado alertar aos seus clientes para que haja uma administração adequada de prestação de contas e na documentação de todas as transações de suas empresas. O advogado consegue ter uma visão mais completa da empresa e, assim, contribuir ainda mais para a criação de oportunidades de negócios.

As regras de *compliance* descrevem os objetivos das empresas que contratam com o Poder público, com o intuito de assegurar e garantir o cumprimento de regras, procedimentos internos e leis.

Em linhas gerais, é importante apontar os principais aspectos trazidos pela Lei Anticorrupção: a condenação de brasileiros que pratiquem atos corruptos no exterior; a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos corruptos de seus funcionários, bem como no caso de sucessão empresarial; a responsabilização direta de sócios e administradores; o monitoramento de negociações e contratos; a revisão das contingências, multas e passivos gerados por não conformidades; bem como as revisões de negócios efetuados no passado. A empresa deve difundir e aplicar práticas e condutas que preservem informações sigilosas, que haja acompanhamento e gestão de informações divulgadas pela empresa.

É imperioso asseverar que a Lei Anticorrupção deve ser atendida tanto pela empresa como por seus dirigentes, pois todos estão expostos a graves consequências por práticas de atos lesivos à Administração pública nacional ou internacional. Considerando a importância crescente de transparência dos negócios realizados pelas empresas e a complexidade de todo sistema regulatório existente, a criação e implantação das regras de *compliance* nas empresas é de extrema importância.

Assim, ante o novo cenário advindo com a Lei Anticorrupção, verifica-se que todo empresário encontra-se na obrigação de investir em um programa de *compliance*, com auxílio e supervisão de escritório de advocacia com *know-how* na área, para garantir competitividade no mercado, crescimento e, acima de tudo, segurança jurídica. 

## NOTAS

- 1 Serve para combater atos lesivos à Administração pública (nacional ou estrangeira) praticados por particulares e agentes públicos.
- 2 Surgiu para reprimir atos ímprobos praticados por agentes públicos e eventuais particulares contra a Administração pública nacional. Em outras palavras, a Lei de Improbidade surgiu com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e firam a coisa pública.



**SANDRA MARCHINI COMODARO** é sócia diretora da Nelson Wilians Advogados Associados, com formação acadêmica em Administração de Empresas e Direito, bem como especialização em Direito Processual Civil e Direito Tributário.

# A aplicação da Lei Anticorrupção nos estados e demais entes da federação

■ POR WALTER SEGUNDO



**“As sanções previstas na Lei Federal, replicadas nos dispositivos descentralizados, têm por objetivo levar o debate do combate à corrupção para a agenda empresarial brasileira, criando uma cultura de integridade, nem que seja pelo caminho mais difícil: o das duras sanções da lei.”**

**C**om as crescentes aplicação e consolidação dos dispositivos legais, pode-se dizer que as alterações trazidas com a Lei Anticorrupção brasileira são, hoje, uma realidade no cenário político nacional.

Muito embora ainda não tenha havido a devida conscientização sobre a alteração e a ampliação, dos mecanismos de responsabilização da pessoa jurídica e seus sócios, os crescentes casos de sanções aplicadas com base nesta lei começam a entrar no radar de preocupação das empresas, independentemente do tamanho de sua operação.

Isto porque no artigo 2º a figura da responsabilização objetiva é prevista tanto para o âmbito administrativo, quanto para o civil (judicial), que significa a possibilidade de a empresa ser punida, independente da análise de culpa.

Na prática, caso um funcionário adote uma conduta ilícita na sua atuação profissional, ainda que sem favorecimento à empresa, já torna possível a responsabilização da pessoa jurídica, alheia à responsabilização pessoal do funcionário.

Esta é a grande virada no modelo de responsabilização empresarial trazida pela Lei nº 12.846/13, a qual, além de prever no seu artigo 5º o rol das condutas que devem ser evitadas e coibidas, os atos considerados lesivos à Administração pública nacional ou estrangeira, transferiu o ônus probatório para a empresa comprovar ter adotado todas as medidas possíveis para impedir ou remediar a prática desses atos.

Ou seja, cabem às empresas a produção constante de provas que demonstrem de maneira idônea a adoção das melhoras práticas, sendo esta a única maneira de afastar ou minimizar futuras sanções.

A esse conjunto de esforços para adequação do comportamento empresarial às normas vigentes chamamos de programa de integridade, ou *compliance*, previsto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei, e amplamente detalhado nos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015.

Dentre os quesitos para ser considerado legalmente existente, o programa de integridade deve prever, por exemplo, o comprometimento da alta direção da empresa com a implementação de códigos de ética e conduta, treinamentos periódicos e canais de denúncia de irregularidades.

Por tratar-se da única ferramenta legalmente prevista como forma de evitar ou atenuar multas e outras sanções não é difícil perceber a importância dos programas de integridade após o novo marco de responsabilização imposto com a vigência e regulamentação da Lei Anticorrupção.

Acrescente-se a essa nova sistemática a possibilidade de responsabilização administrativa por cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme o artigo 8º; assim como o cabimento de responsabilização judicial requerida pela União, estados, Distrito Federal ou pelos municípios.

Com isso, temos desenhada a amplitude sancionatória advinda da Lei nº 12.846/2013, e que começa a ganhar força com as regulamentações estadual e municipal do diploma.

Já temos em vigor decretos estaduais anticorrupção no Espírito Santo (Decreto nº 3.956-R/2016), Mato Grosso (Decreto nº 522/2016), Minas Gerais (Decreto nº 46.782/2015), Paraná (Decreto nº 10.271/2014) e Tocantins (Decreto nº 4.954/2013). O Distrito Federal também tem sua regulamentação própria (Decreto nº 37.296/2016).

Tais decretos estaduais seguiram as regras gerais da lei federal, mantendo a figura do processo administrativo de responsabilização – PAR, como procedimento de apuração da responsabilidade administrativa e aplicação de sanções, no âmbito do Poder Executivo Estadual. Nesses casos, a competência para instauração do PAR é definida em razão do ente lesado ser da Administração pública federal, estadual ou municipal.

Via de regra, os decretos da Lei Anticorrupção são acompanhados de outras normas, de igual natureza jurídica, com a previsão de criação ou alteração dos órgãos responsáveis pela aplicação das sanções, bem como dos fundos de combate à corrupção, para manutenção das atividades desta instância.

No que tange à aplicação concreta, o Estado do Espírito Santo destaca-se na imposição de sanções que, por meio da sua Secretaria de Estado de Controle e

Transparência, já condenou algumas empresas após a conclusão do PAR, tendo a primeira condenação desse tipo no Brasil, que resultou em multa no valor de R\$ 6.000,00, por lesão ao procedimento licitatório público. Aplicou ainda uma das maiores sanções, ao condenar uma empresa ao pagamento de multa no valor de R\$ 747.780,02, além de ter incluído seu nome no Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP<sup>1</sup>.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a maior parte das empresas atualmente punidas são microempresas, afastando o equivocado entendimento que políticas de integridade são uma preocupação apenas de grandes operações.

O Estado do Maranhão, por meio da sua Secretaria de Transparência e Controle, condenou uma empresa a pagar o valor total de R\$ 4,3 milhões, publicar extrato da decisão em meio de comunicação de grande circulação, sendo ainda declarada a sua inidoneidade para participar de licitações e celebrar contratos com a União, estados e municípios pelo prazo mínimo de dois anos ou até que cumpra todas as sanções aplicadas e promova o ressarcimento do prejuízo causado ao erário. Determinou ainda o encaminhamento da decisão para a Procuradoria-Geral do Estado – PGE/MA, para a Superintendência Estadual de Prevenção e Combate à Corrupção da Polícia Civil do Estado do Maranhão – SECCOR/MA, para o Ministério Público do Estado do Maranhão – MP/MA e para o Tribunal de Contas do Estado do Maranhão – TCE/MA<sup>2</sup>.

Alguns municípios também já fizeram suas regulamentações, como é o caso de São Paulo/SP (Decreto nº 55.107/2014), Cariacica/ES (Decreto nº 197/2014) e Canoas/RS (Lei Municipal nº 5.893/2014).

Outros entes estão em fase final de discussão no Poder Legislativo de seus decretos estaduais, é o caso de Pernambuco, onde a Assembleia Legislativa já aprovou o texto-base da Lei Estadual Anticorrupção.

Assim, a análise dos precedentes citados afasta qualquer dúvida que poderia existir quanto à aplicação prática da Lei Anticorrupção, e seu novo modelo de responsabilidade objetiva. Muito pelo contrário, o que se observa é a participação cada vez mais ativa de todos os entes da Federação no combate à corrupção.

Com a necessidade de provar sua inocência, às empresas não cabe mais alegar o desconhecimento da prática de atos ilícitos ou lesivos em sua estrutura, independentemente do tamanho.

As sanções previstas na Lei Federal, replicadas nos dispositivos descentralizados, têm por objetivo levar o debate do combate à corrupção para a agenda empresarial brasileira, criando uma cultura de integridade, nem que seja pelo caminho mais difícil: o das duras sanções da lei. 

## NOTAS

- 1 Disponível em: <https://es.gov.br/Noticia/lei-anticorruptcao-es-e-unico-com-seis-empresas-condenadas>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- 2 Disponível em: <http://www.ma.gov.br/secretaria-de-transparencia-publica-primeira-cindena-cao-de-empresa-com-base-na-lei-anticorruptcao/>. Acesso em: 11 jul. 2017.



**WALTER SEGUNDO** é advogado criminalista, diretor da área de Direito Penal Empresarial e Compliance do Escritório David & Athayde Advogados. Pós-graduando em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Certificado em Auditoria Interna de *Compliance* pela Escola de Auditoria e membro do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

# O presidente Temer pode ser processado? Há governabilidade?

■ POR LEONARDO SARMENTO

O presidente Michel Temer tem imunidade temporária à persecução penal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Nestes termos, há a impossibilidade de investigação na vigência de seu mandato, sobre atos estranhos ao exercício de suas funções, segundo dispõe a Constituição Federal.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

[...]

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Foi com base no mencionado artigo que o Supremo entendeu que a ex-presidente Dilma Russeff não poderia sequer ser investigada. À época haviam suspeitas de irregularidades na compra da refinaria de Pasadena, que teria corrido antes do primeiro mandato de Dilma. Assim, Janot não apresentou um pedido de investigação contra ela.

Os fatos eram anteriores ao exercício do mandato presidencial de Dilma Rousseff, quando sustentou-se a impossibilidade de se investigar, mesmo se constatados indícios de irregularidades.

À época ousamos discordar parcialmente do nobre precatado PGR. Entendemos que seria, sim, cabível investigar a presidente Dilma Rousseff, quando o impedimento do § 4º do art. 86 dispõe sobre a responsabilização, leia-se processo [ação penal], quando consabido ainda que, investigação pode revelar-se procedimento que apenas irá instruir futuro processo.

**“Quando se articulavam reformas vistas como inadiáveis e imperiosas, ainda que não suficientes, uma nova gestão presidencial vem nos comprovar que o nosso sistema político está carcomido e em estado de profunda putrefação, independente das letrinhas que componham as legendas, de improvável reversão em curto ou médio prazo. Um abismo que nos parece aberto e sem fim.”**

O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) vai julgar se presidente da República pode ser investigado por acusações ocorridas antes de assumir o mandato. A questão foi definida após decisão do ministro Luiz Fux, que enviou para a deliberação do colegiado uma ação na qual o PDT pede que a Corte diminua a imunidade ao chefe do Executivo. Ainda não há data para o julgamento. Na ação, o PDT defende que o Supremo deve dar interpretação à Constituição para garantir que o presidente da República possa ser investigado durante o mandato, mas não pode ser alvo de ação penal por crime comum, exatamente nos termos que entendíamos à época da ainda presidente Dilma.

#### **E NO TOCANTE AO PRESIDENTE TEMER?**

Caso seja confirmado que o presidente Michel Temer incentivou a compra do silêncio do ex-deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) e do financista Lúcio Funaro e indicou que a JBS pagasse R\$ 500 mil ao deputado Rodrigo Rocha Loures (PMDB-PR) para resolver problemas da empresa, como afirmado pelo jornal *O Globo*, o chefe do Executivo federal pode se tornar réu por ação penal no Supremo Tribunal Federal.

Em tese, a conduta do presidente pode ser enquadrada nos crimes de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal) e obstrução da Justiça (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013). Pelas gravações divulgadas pelo jornal *O Globo*, Temer estaria usando de seu poder como presidente da República para favorecer a JBS e evitar delações premiadas de Eduardo Cunha e Lúcio Funaro. Dessa maneira, ficaria afastada a imunidade temporária do artigo 86, § 4º, da Constituição Federal, dispositivo que impede que o presidente, durante o mandato, seja responsabilizado por “atos estranhos ao exercício de suas funções”.

Como a delação se reporta a fatos ocorridos depois do início do mandato, a PGR pode oferecer denúncia ao Supremo se entender pela ocorrência do crime. Assim, a presidente da corte, a ministra Cármen Lúcia, encaminhará um pedido de abertura de ação penal à Câmara dos Deputados.

Caso o requerimento da PGR reste aprovado por dois terços dos deputados, na forma como dispõe o artigo 86 da CF/1988, o STF estará autorizado a analisar o pedido da denúncia. Se a corte aceitar a acusação, o presidente será afastado de suas funções por até 180 dias, de acordo com o artigo § 1º, I, e § 2º do art. 86 da Carta Magna. Mister, porém, que, nos termos do parágrafo 3º do mesmo artigo 86 da Constituição Federal, não cabe prisão temporária ou preventiva contra Temer.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.  
[...]

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

Mas ao presidente Temer pode ainda ser imputado à prática de crimes de responsabilidade na forma da Lei nº 1.079/1950. Opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças e proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

#### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCÍCIO DOS PODERES CONSTITUCIONAIS

Art. 6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo e judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados:

5 – opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças;

Ainda:

#### DOS CRIMES CONTRA A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO:

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a proibidade na administração:

7 – proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo.

Foi exatamente nesse sentido que o deputado federal Molon protocolizou petição com o pedido de impedimento de Michel Temer. A petição deverá ser analisada pelo presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ). Se aceita, uma comissão será instalada para analisar o requerimento, que deverá oferecer um parecer ao final dos trabalhos.

Finalizamos em profundo lamento por nos vermos encetados pelo agravamento de uma crise no país que parece não ter fim. Quando se articulavam reformas vistas como inadiáveis e imperiosas, ainda que não suficientes, uma nova gestão presidencial vem nos comprovar que o nosso sistema político está carcomido e em estado de profunda putrefação, independente das letrinhas que componham as legendas, de improvável reversão em curto ou médio prazo. Um abismo que nos parece aberto e sem fim.

Temer terá dificuldades com a governabilidade futura com as anunciadas perdas de apoios, o que poderá em futuro próximo acarretar o seu pedido de renúncia.

O ministro Fachin, nos termos do que acabamos de defender, autorizou abertura de inquérito para investigar o presidente Michel Temer e a delação contra ele foi homologada. O pedido de investigação foi feito pela PGR.

Pela Constituição, o presidente da República só pode ser investigado por atos cometidos durante o exercício do mandato e com autorização do STF, conforme expusemos.

Assim, o presidente poderá ser investigado porque os fatos narrados por Joesley Batista na delação teriam sido cometidos em março deste ano, quando Temer já ocupava a Presidência. 



# Só há um rumo

■ POR AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA



**“Como ponto inicial, propomos que, em todas as novas manifestações de rua, expresemos uma única mensagem: Constituinte popular ou Constituinte sem políticos.”**

**N**ão somos um povo escravizado em sentido estrito, assim como os hebreus no Egito e tantos outros subjugados pelas guerras passadas. Ninguém pode nos amarrar no tronco e lascar nosso lombo. Contudo, a maioria do povo brasileiro está desbussolada, sem crer no amanhã e amarga um estado de espírito coletivo terrível. Sim, um povo e um país podem acabar, ou entrar numa hibernação insensível de séculos. Assim, respondemos aos que não creem no fim. Se isso ocorrer, as últimas vítimas serão nossos filhos, netos e bisnetos. Ninguém pode assegurar, neste momento, que em um século as maravilhas que ainda colorem partes desenvolvidas do Brasil não se apresentarão como depressivas ruínas, numa terra inteiramente arrasada.

Não falamos para provocar câimbras em toda a população, mas para sair imediatamente em busca da terra prometida que, apesar de tudo, teve seus grandes filósofos, juristas, engenheiros cientistas, literatos, belos e grandiosos poetas etc. E ainda os têm, mas devemos seguir em direção a um horizonte aprazível se quisermos sobreviver.

A entrevista do presidente da República em rede de televisão, como de resto, sua conduta reiterada à frente de nosso drama político, tocou magistralmente em pontos que estão sendo abordados pelo governo. O problema é que não são os pontos cardeais para que vençamos a grande travessia. São picuinhas. “Se a previdência não for alterada, muitos municípios e estados sucumbirão”, disse Michel Temer. Mas não se faz a necessária distinção entre previdências pública e privada. Na previdência pública, que gera um seletivo grupo de pessoas formando uma minoria no país, reside a crise de mais de 80% da previdência. Esta não é provocada pelos homens de salário mínimo. Para deixar claro: uma vez nomeado por concurso, o servidor é vitalício, quase não pode ser cobrado pelo “povão” a quem deve prestar serviços, tem estabilidade vitalícia e se aposenta com vencimentos integrais. Introduza-se um único regime jurídico de trabalho no Brasil, sob os princípios do Direito do Trabalho, rediscutidos em pontos necessários. Porém, como esse fato nos exemplifica, falta coragem de entrar nas causas reais de nossos problemas.

Sem convencer, o presidente procurou justificar sua sanção ao projeto vindo da Câmara, relativo à terceirização, sem considerar que o empregado que não é companheiro e auxiliar do empregador, por muito tempo e com empatia, prestará os piores serviços, em detrimento de sua realização como pessoa dos objetivos patronais e das expectativas dos consumidores. O presidente vacilou, disse que não promulgaria o projeto da Câmara, mas promulgou, depois de ter sido pressionado por assessores que são donos de empresa de terceirização.

Michel Temer destacou as virtudes da liberação das contas do FGTS inativas, que só renderam, ao longo de décadas, 3% de juros ao ano, índice inferior aos das cadernetas de poupança. De todo modo, lembrou de condutas tópicas da ex-presidente Dilma, quando ocasionalmente beneficiava alguns segmentos econômicos, tal qual o automobilístico. Era aplaudida, sem nada fazer em defesa de nossa estrutura. Pode-se dizer o mesmo das esmolas sociais, que um Estado organizado dispensa.

Qual o significado estrutural de extinguir-se o imposto sindical em relação às finanças públicas brasileiras? Tenta-se conter um grande incêndio com doses de

uma discutível e inapropriada homeopatia. Extinguir a maioria dos impostos, esses sim, que atingem nossos bolsos, nem pensar.

A inflação foi levemente contida, mas continua como uma das maiores do mundo e da América Latina, assim como a taxa de juros. Fórmulas do governo militar, com o PIS, o Prorural e o FGTS, foram medidas mantidas por todos os governos que o sucederam – e aplaudidas, inclusive por Temer. Nada de novo, nada de criativo no tocante às profundas mudanças nos dois únicos sentidos que podem nos indicar a travessia do Grande Mar: desenvolvimento com liberdade face ao Estado e igualdade em razoável escala entre os seres humanos que habitam esta porção da Terra. Livre iniciativa, progresso e justiça social. Dê-se ao regime a denominação que se queira.

E reforma política verdadeira, nem pensar. Em outras palavras, continuamos caminhando, convencidos da implacabilidade do destino, em nosso féretro.

O governo deposto e o que virá também não serão mais criativos. Algum deles fará com que a Administração pública siga o regime trabalhista privado? Algum deles intervirá decisivamente na saúde pública e nos convênios saúde, ambos raladores de nossas chagas abertas quando somos acometidos de algum mal? E por aí se vai, não sabe, neste espaço cinzento, sem indicar soluções definitivas. Certamente, não são as que vemos todos os dias, juntamente com as melancólicas notícias da Lava Jato, em que só tomamos conhecimento de que fomos roubados, roubados, roubados. Proporão o fim das reeleições executivas e parlamentares?

Juristas de alta envergadura moral, Modesto Carvalhosa, Flávio Bierrenbach e José Carlos Dias, inseridos num grupo de elevada estatura moral, propuseram uma Assembleia Nacional Constituinte. Delas não participaria nenhum político. Seus membros ficarão impedidos de serem políticos, por um bom prazo. Só estabelecerão os princípios, dentro dos quais as leis serão elaboradas. O STF será ágil e exclusivamente constitucional, inclusive com funções preventivas. As reeleições serão extintas, em todos os níveis e poderes. Os juízes dos Tribunais Superiores serão eleitos por seus pares, pelo Ministério Público, pela Ordem dos Advogados do Brasil e outras instituições que se destacaram em prol do bem nos últimos anos.

Ao ver do governo atual, do “estabilisment” e dos reformistas de fancaria, estas ideias e outras, do mesmo timbre ético são insólitas. Aventureiras. Salve a mesmice.

Como ponto inicial, propomos que, em todas as novas manifestações de rua, expressemos uma única mensagem: Constituinte popular ou Constituinte sem políticos. Propomos a elaboração, ainda que a ponto de estourar os neurônios de quem pode contribuir, sempre com o respeito às divergências e às boas sugestões, de uma nova Carta de Leis. Teremos, pelo menos, cumprido a obrigação política de nossa geração, antes que ela nada mais possa dizer. ■



**AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA** é Advogado e sócio do Escritório Garrido de Paula Advogados.

# O sistema acusatório de processo e seus elementos essenciais

■ POR EDUARDO OLAVO NEVES CANTO



**Q**uando nos deparamos com o estudo dos sistemas jurídicos poucas vezes nos damos conta da imprecisão conceitual acerca do tema que foi instalada. Os estudos revelam esforços voltados apenas à definição das estruturas dos sistemas processuais mais conhecidos, mas na maioria das vezes não se ocupam da definição dos sistemas jurídicos.

A atividade de estrita conceituação, nesse particular, relegada ao segundo plano, é sobremaneira relevante, porquanto a partir de um conceito rígido de sistema (gênero) é possível estabelecer critérios determinantes para a formação dos sistemas processuais (espécies), assim como para determinar o grau de importância de seus elementos constitutivos, diferenciando um sistema de outro.

O termo “sistema”, do latim *systema*, é definido como “Conjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação; disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam estrutura organizada”. Consta-se, pois, que o conceito é bastante abrangente, podendo abarcar uma série de conjuntos e elementos de ordens principiológica e procedimental.

Dessume-se, assim, a partir do conceito, que o sistema processual penal não abriga em sua estrutura básica apenas princípios, cuidando também de normas e regras que não carregam consigo cargas de densidade e abstração tão elevadas

**“Não se deve utilizar a fase de investigação para fins de classificação do sistema acusatório. Tratando-se de procedimento administrativo, e não jurisdicional, sua natureza inquisitiva não atinge o processo propriamente dito.”**

quanto aqueles. Assim, é possível tratar de uma formatação que possui elementos fixos e variáveis. Os fixos formam a base axiológica do sistema jurídico, seus valores predominantes. Sem eles, o sistema não existe. Os elementos variáveis permitem a mobilidade e o funcionamento do sistema, não se relacionando com sua criação.

A correta identificação dos elementos fixos e variáveis dos sistemas é fundamental. Além de permitir uma análise mais clara do sistema, impede que sejamos seduzidos pelos tipos ideais, que refletem apenas conceitos artificiais os quais servem, no máximo, como modelo de comparação. Não há um compromisso com um aprofundado estudo histórico, fator que acarreta uma desvinculação com a realidade e impede que os investigadores conheçam os elementos essenciais do objeto analisado.

Escapar dos tipos ideais desenhados por parte da doutrina para os sistemas processuais penais que conhecemos (acusatório, inquisitivo e misto) resulta na eliminação de certos dogmas processuais que foram equivocadamente construídos.

O tipo ideal traz consigo uma ideia pessoal do autor, que não se preocupa se há correspondência entre o modelo por ele esboçado e o conteúdo decorrente de uma realidade histórica. Nessa linha de ideias, o sistema acusatório atual encontrou uma espécie de modelo fechado, que não admite a retirada ou a inserção de qualquer elemento não contido em seu tipo ideal.

Dessa forma, em linhas gerais, a doutrina nacional aponta como elementos do sistema acusatório a separação entre acusação, defesa e julgamento, um juiz afastado de qualquer atividade probatória (iniciativa exclusiva das partes), tratamento igualitário das partes (paridade de armas), contraditório, publicidade e oralidade.

A ausência de alguns dos elementos arrolados, ao contrário da opinião majoritária, não desnatura o sistema acusatório, já que não podem ser considerados como parte fixa da estrutura. É importante notar que a escolha dos elementos, em algumas oportunidades, decorre simplesmente do alvitre do autor, sem qualquer relação com a evolução histórica do sistema acusatório, gerando, assim, um tipo ideal de sistema.

Outro fator relevante tem a ver com a natureza dos elementos escolhidos pela doutrina brasileira como parte integrante do sistema acusatório de processo e do tratamento a eles dispensado. É muito comum considerar que tudo aquilo que é democrático encontra perfeita correspondência com o sistema acusatório, ao passo que tudo aquilo que é considerado anacrônico e autoritário configura expressão do sistema inquisitivo.

O que parte da doutrina faz é eleger um tipo ideal de sistema processual que sequer consegue atingir uma unicidade conceitual e traz consigo forte carga ideológica. A jurisprudência pátria, por sua vez, também vem tratando o sistema acusatório da mesma forma, gerando certa insegurança jurídica.

Com o objetivo de analisar os elementos que consideramos fixos e essenciais, vale destacar alguns aspectos do sistema acusatório contemporâneo, mormente aqueles oriundos de países europeus comumente utilizados pela doutrina brasileira como alicerces para os mais diversos posicionamentos.

Primeiramente, cumpre esclarecer uma questão ligada à terminologia utilizada. Não é incomum encontrar a denominação “sistema acusatório puro”. Na verdade, a utilização dessa nomenclatura apenas demonstra a correção da afirmação acerca da adoção de tipos ideais por uma parcela de processualistas penais. Tal se justifica porque o fundamento básico para se denominar o sistema acusatório como “puro” reside na suposta não aceitação de um acusador público no sistema clássico, admitindo-se apenas a figura do acusador particular, ou seja, a própria vítima ou pessoa por ela indicada. Assim, em termos de acusação nosso sistema possui como *dominus litis* o Ministério Público, por isso não adotariamos, em tese, um sistema processual acusatório puro.

Diante desse quadro, torna-se forçoso reconhecer que a nomenclatura “sistema acusatório puro”, baseada num suposto monopólio do polo ativo da ação penal por parte do acusador particular, é equivocada, já que, quando do surgimento do sistema admitia-se, ainda que excepcionalmente, a atuação de um acusador público. Logo, inexistente o fundamento utilizado para formulação da expressão, pois

conclui-se ser imprópria a denominação referida, optando pela divisão em sistema acusatório clássico e sistema acusatório contemporâneo.

Pertencentes ao *Common Law*, os sistemas processuais penais da Inglaterra e dos Estados Unidos possuem uma peculiaridade que traz certa controvérsia quanto à classificação empregada. Tal se justifica pelo fato de a polícia possuir excessivos poderes na investigação (inglês), assim como pelo fato de o processo penal, que só tem início após o oferecimento da inicial acusatória, ser caracterizado por uma atuação discricionária das partes, atuando o juiz apenas como espécie de moderador completamente inerte (inglês e norte-americano).

Por essa razão, não há consenso na doutrina quanto à exata classificação desses sistemas. Nada obstante, há estudos que, baseados na clara divisão entre as funções de acusar e julgar, classificam o sistema inglês como acusatório. Há, ainda, posicionamento no sentido de que não estaríamos diante de um verdadeiro sistema acusatório, mas de um sistema denominado *adversary*, tendo em conta as restrições à atuação judicial na gestão da prova, assim como a plena liberdade das partes. Essa última linha de raciocínio, também aplicada ao processo penal norte-americano, merece especial atenção.

Configurando um processo de partes, o *adversary system* é visto como um verdadeiro embate ou um jogo entre os dois polos da ação penal. Por conta disso, a doutrina também o denomina como *Sporting Theory of Justice*, proibindo-se por completo eventual intervenção do juiz na atividade probatória. Deixando um pouco de lado a visão que possuímos do processo penal, com viés nitidamente público, o *adversary system* caracteriza uma competição observada por um “Estado que se propõe exclusivamente a solucionar os conflitos sociais, sem interferir diretamente neles para impor as próprias escolhas”.

Frise-se que os sistemas inglês e norte-americano são vistos pela Europa continental como expressões do sistema acusatório. Em verdade, o *adversary system* configura uma variação do sistema acusatório, ao lado do *inquisitorial system*. A diferença entre eles reside na liberdade que se concede ao julgador na determinação de produção de provas de ofício. O primeiro admite apenas a figura do juiz passivo, cabendo exclusivamente às partes a produção probatória, ao passo que o último permite uma participação mais ativa do magistrado, que, de maneira suplementar, pode determinar, de ofício, a produção de provas. Ambos adotam a figura de um juiz distinto do acusador e procuram preservar a imparcialidade do julgador, sobressaindo-se, assim, o caráter acusatório dos sistemas.

Na Alemanha, o diploma legal que rege as relações processuais penais é a *Strafprozessordnung* (StPO), cuja entrada em vigor ocorreu no ano de 1877. Após a grande reforma levada a efeito em 1974, extinguiu-se o juizado de instrução, vedando-se a realização de atos investigatórios por parte do juiz. Por essa razão, a investigação ficou a cargo do Ministério Público, o que rendeu ensejo ao início de um debate em toda a Europa acerca do fim do modelo de processo que havia sido difundido pelo *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808, que conferia ao juiz de instrução poderes incompatíveis com o sistema acusatório.

Com funções bem delimitadas, o sistema processual alemão é, sem sombra de dúvidas, acusatório, porquanto, além da previsão de um órgão acusador distinto do julgador, o processo penal só tem início após o oferecimento da acusação, não podendo o juiz iniciá-lo de ofício. O processo penal alemão também prevê

a necessária observância dos princípios da publicidade, oralidade, paridade de armas, contraditório, presunção de inocência e *in dubio pro reo*. O juiz pode, de ofício, determinar a produção de elementos que o auxiliem no julgamento e tem o dever de motivar suas decisões. A inobservância de regras processuais pode acarretar a nulidade do ato e as decisões e sentenças proferidas podem ser atacadas pelas vias recursais.

Em decorrência da previsão de todas as regras acima expostas, a doutrina, em sua maioria, considera acusatório o processo penal alemão.

O sistema processual penal de Portugal, por sua vez, conta com expressa previsão constitucional, porquanto a Lei Maior daquele país, em seu art. 32, 5, cuida, ainda que de forma genérica, de uma estrutura acusatória de processo. Dessa forma, abandonou-se o sistema misto consagrado pelo Código de Processo Penal português, de 1929, adotando-se, com o advento de um novo código, no ano de 1987, o sistema acusatório.

A legislação portuguesa prevê a igualdade material de armas entre acusado e acusador, o monopólio da acusação pelo Ministério Público, a liberdade de atuação do defensor, o caráter excepcional da prisão cautelar, a observância dos princípios da oralidade, imediação, celeridade, concentração, contraditório e publicidade, assim como a ocorrência de nulidades em razão do desrespeito às normas previstas.

Note-se que o inquérito, em Portugal, é capitaneado pelo órgão do Ministério Público, que contará com o auxílio da polícia criminal (art. 263, do CPP). Constatase, assim, que o argumento muitas vezes utilizado por parte da doutrina brasileira no sentido de que a investigação criminal direta pelo promotor de Justiça viola o sistema acusatório não encontra supedâneo em sistemas processuais constitucionalmente reconhecidos como tal.

Já o sistema italiano passou por profundas modificações na segunda metade do século XX. Como é sabido, nosso CPP foi fortemente influenciado pelo CPP italiano de 1930, conhecido como Código *Rocco*. De viés autoritário, o referido estatuto processual foi duramente combatido pela doutrina italiana. Com o escopo de elaborar uma nova lei de regência para o processo penal italiano publicou-se, em 1978, um projeto preliminar. Nada obstante a tentativa, abandonou-se mencionado projeto, pois em sua estrutura manteve-se a previsão do juizado de instrução.

Ainda com o objetivo de romper com linha processual anterior, foi promulgada, em 1987, a Lei Delegada nº 81, que estabelecia as diretrizes para a elaboração de um novo CPP, de feição acusatória. Ato contínuo, formou-se uma comissão que contava com oito professores, oito magistrados e um advogado, com atribuição específica para a elaboração do novo código. Ao final dos trabalhos, surgiu o novo CPP italiano, conhecido como “Código de Professores”.

Reconhecido pela doutrina como expressão do sistema acusatório, o CPP italiano de 1988, que entrou em vigor em 24.10.1989, possui as seguintes características: o processo só tem início com o oferecimento da acusação; a investigação fica a cargo do Ministério Público e não integra a fase processual; o Ministério Público detém o monopólio da acusação; o juiz pode ter iniciativa probatória nas exceções previstas em lei; simbiose entre obrigatoriedade e oportunidade; negociação por meio do *patteggiamento* (similar ao *plea bargaining*); e previsão de nulidades e recursos.

É importante destacar que, vistos os lineamentos gerais dos principais sistemas processuais, na linha da doutrina do gaúcho Fonseca Andrade e, respeitando os

posicionamentos dissonantes, a divisão entre elementos variáveis e fixos do sistema constitui a maneira mais adequada de se proceder a uma análise criteriosa do tema.

### **DIVISÃO ENTRE AS FUNÇÕES DE ACUSAR E JULGAR**

Considerada a chave para um sistema acusatório, a divisão entre as funções de acusar e julgar, a exemplo de outros institutos processuais penais, passou por um longo desenvolvimento histórico, tendo surgido em razão da falta de credibilidade experimentada pelo sistema que reunia as funções de acusar e julgar num único órgão.

Oriunda do processo ateniense, a divisão foi absorvida pelo sistema romano, mormente após a queda da monarquia, tendo influenciado todo o direito continental. Portanto, não é exagero algum afirmar que todo o sistema acusatório, seja o clássico, seja o contemporâneo, contou com a rígida divisão entre as funções de acusar e julgar, que, como é intuitivo, consubstancia-se em elemento fixo e essencial da acusatoriedade.

Observe-se, ainda, que, com base em estudo histórico, parcela da doutrina aponta que a figura do acusador público não constituiria elemento do sistema acusatório, já que este, em sua suposta pureza, só admitia a figura do acusador particular ou do ofendido. Com fulcro numa visão outrora dominante e privatística do processo penal, esse posicionamento foi contrariado pela própria história dos sistemas processuais.

Mais uma vez, Fonseca Andrade, com maestria, demonstra que a figura do acusador público esteve presente no sistema acusatório desde o seu surgimento. O autor, após explicar o conteúdo dos princípios da oficialidade e da disponibilidade, aduz que:

Esclarecido o conteúdo desses princípios, vemos que no processo ateniense - símbolo do sistema acusatório clássico - se fazia perfeitamente a distinção entre delitos públicos e privados, e coexistiam os princípios da disponibilidade e da oficialidade. A persecução penal estava predominantemente em mãos privadas, sendo que a vítima ou um terceiro poderiam atuar como acusadores. Entretanto, havia determinados casos em que os *thesmothetai* atuavam de ofício e investigavam fatos cuja repressão era de interesse do poder central.

Funcionários públicos com atribuição para acusar em casos específicos (acusação contra magistrados que não prestavam contas de forma adequada, sico-fantia e falso testemunho perante o aerópago), os tismótetas configuram prova irrefutável de que, apesar de não ser a regra, o acusador público sempre fez parte do sistema acusatório.

Dividindo os poderes processuais, a distinção entre as funções permite a sustentação de um dos pilares do processo penal democrático, qual seja, a imparcialidade do julgador. De fato, não é possível admitir que o órgão encarregado de proferir a decisão final acumule a função de acusar, com óbvio comprometimento psicológico no sentido de condenar o acusado.

Por essas razões, a divisão entre as funções de acusar e julgar, com a conseqüente presença de um acusador (público ou particular), repita-se, constitui elemento fixo do sistema acusatório desde o seu surgimento.

## PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

Segundo elemento fixo do sistema em estudo, o princípio acusatório não encontra conceito uníssono na doutrina. Com efeito, não é possível tratar o princípio acusatório como sinônimo de sistema acusatório. Cuida-se apenas de uma parte dele, e não do todo. Além disso, quem assim o faz, acaba por desembocar na teoria da gestão da prova, alegando que o princípio nada mais é do que a impossibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício. A questão da gestão da prova não tem o condão de determinar se um sistema processual é acusatório, misto ou inquisitivo. Trata-se, em primeiro lugar, de uma opção legislativa que decorre da visão que se tem do processo penal: privatística ou pública.

Por outro giro, a só existência de uma acusação no processo também não pode ser considerada como expressão do princípio acusatório, tendo em conta um singelo argumento. No sistema inquisitivo havia uma acusação no processo, mas, muitas vezes, era o próprio julgador o formulador da tese acusatória. Logo, limitar a conformação do princípio apenas à existência de uma acusação não se amolda aos termos propostos pelo sistema acusatório.

Por fim, também não é possível apontar o contraditório como elemento integrante do princípio acusatório. Na verdade, após a formulação de uma acusação, observando-se os direitos e garantias fundamentais, surge a possibilidade de exercício do contraditório. Assim, não é incorreto dizer que o princípio acusatório é um dos elementos do processo que dão ensejo à existência do contraditório, que, como se percebe, é uma consequência dele e não seu integrante.

Excluindo-se os conceitos acima, é possível alinhar o conceito de princípio acusatório à existência de um acusador distinto do juiz. Nada obstante, surgiriam os seguintes questionamentos: a divisão entre as funções de acusar e julgar já não foram apontadas no item anterior como um dos elementos fixos do sistema acusatório? Haveria, então, uma sobreposição de elementos?

Resolvendo eventual impasse, Fonseca Andrade afirma em uma de suas obras que:

Outra forma de encontrar o significado do princípio acusatório seria buscá-lo entre os elementos fixos do sistema acusatório, que identificamos como sendo a obrigatoriedade de um acusador distinto do juiz, e o fato de somente a acusação determinar o início do processo. E, se assim procedermos, facilmente se vê que, entre esses dois elementos do sistema acusatório, há uma clara diferença entre *criador* (acusador) e *criação* (acusação).

Portanto, os dois elementos fixos e essenciais à formação do sistema acusatório são: divisão das funções de acusar e julgar (acusador distinto do juiz) e princípio acusatório (acusador diverso do juiz, significando que o processo somente tem início após o oferecimento da inicial acusatória).

É oportuno salientar que os demais elementos apontados pela doutrina, tais como a oralidade, a publicidade, o contraditório e a paridade de armas normalmente são encontrados em todos os sistemas acusatórios, mas, por mais difícil que pareça, não são essenciais à formação do sistema. São elementos variáveis, que podem ou não estar presentes, sempre de acordo com os ideais que norteiam a construção do sistema.

Sempre que presentes os dois elementos fixos teremos um sistema acusatório de processo, independentemente dos elementos variáveis eleitos.

Mesmo assim, tendo em consideração sua importância, vale analisar um terceiro elemento não considerado fixo nesse texto, mas tratado como tal por boa parte da doutrina: a questão da iniciativa probatória no processo penal.

Dentre os elementos do sistema acusatório, a inércia jurisdicional em matéria probatória é, sem dúvida, aquele que gera a maior controvérsia. Há, inclusive, autores que o consideram o ponto diferenciador entre os sistemas acusatório e inquisitivo.

Em linhas gerais, boa parte da doutrina condena a atitude do juiz que, eventualmente, venha a determinar, de ofício, a produção de provas no processo penal. Para os defensores desse posicionamento, ao magistrado só é permitido atuar como um verdadeiro mediador entre as partes. Consagra-se, nessa linha, a teoria da gestão da prova, cabendo exclusivamente à acusação e à defesa carrear provas aos autos do processo. Nesse sentido, o juiz é obrigado a se conformar com eventual produção probatória insuficiente das partes, seja para absolver, seja para condenar. Atuará o julgador nos moldes do *adversary system* do *Common Law*.

Como reforço argumentativo histórico de precitado posicionamento, parte da doutrina retorna ao Direito romano, mais especificamente ao instituto do *non liquet*, que seria uma característica básica do sistema acusatório daquele império, comparando a possibilidade de deixar de julgar em razão da deficiência probatória com a nossa absolvição por falta de provas.

No que toca ao argumento relacionado à gestão da prova e ao *adversary system*, cumpre destacar que se trata de uma das formas de manifestação do sistema acusatório, mas não a única. Um sistema acusatório pode adotar tanto o *adversary* como o *inquisitorial system*. Em ambos, o processo apenas se iniciará após o oferecimento da inicial acusatória pelo *dominus litis*, mas terá desenvolvimento mediante impulso oficial. Basta uma análise mais acurada para constatarmos que essa forma de se cuidar das questões processuais penais consagra um viés privado da ação, manifestamente incompatível com a maneira pela qual a ação penal condenatória é vista em nosso país, onde há predomínio do caráter público do processo penal, mormente se considerarmos os interesses postos em conflito.

Ressalte-se, ainda, que o método do juiz completamente passivo vem encontrando resistência em seu país de origem, a Inglaterra. Como se vê, a abordagem do processo penal no sistema do *Common Law* é bastante diversa daquela realizada na Europa continental e no Brasil. Entre nós, não obteve êxito a visão privatística, pois, a bem da verdade, o fato criminoso apurado nos autos do processo não interessa apenas às partes envolvidas, mas a toda a comunidade. Logo, não nos parece razoável utilizar o *adversary system* como paradigma para a defesa de uma teoria do juiz inerte em matéria de provas.

Anote-se, outrossim, que o argumento de cunho histórico, no sentido de que o *non liquet* romano equivaleria à absolvição por insuficiência de provas, não resiste a uma análise um pouco mais aprofundada. O instituto era de fato aplicado, mas nunca possuiu a abrangência pretendida pelos defensores da passividade judicial. Na verdade, quando os julgadores consideravam que a prova produzida pelas partes – não só pela acusação – não era suficiente à prolação de uma sentença de mérito, proferiam o *non liquet* (“não está claro”) e davam início a um procedimento denominado *ampliatio*, que consistia numa nova oportunidade para as partes azealharem um melhor conjunto de provas e o apresentassem aos juízes para nova decisão, não se relacionando minimamente com a absolvição por falta de provas.

Remanescem, ainda, outros argumentos na tentativa de convencer os operadores do Direito que a figura do juiz que determina de ofício a produção de provas constitui fato divorciado do sistema acusatório, com nítido viés inquisitivo. Dentre eles, ganha destaque a comparação com sistemas processuais estrangeiros, com especial menção ao italiano, com apoio na doutrina de Franco Cordero. Vejamos, portanto, de forma geral, como é tratada a questão no Direito europeu continental.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEcrim)*, em seu artigo 728, dispõe como regra a produção de provas apenas pelas partes. Logo na sequência, em seu artigo 729, 2º, o mesmo diploma legal, de forma excepcional, admite que o juiz determine a produção de provas não requeridas pelas partes, desde que as considere necessárias ao deslinde da causa.

Frise-se que o Tribunal constitucional, na sentença 188/2000, após ter analisado a constitucionalidade do artigo 729, 2º, da LEcrim, admitiu que a produção excepcional de provas pelo juiz não viola direitos constitucionais e que só a análise do caso concreto poderá indicar se houve ou não quebra da imparcialidade do julgador.

Na mesma direção, contando com expressa previsão constitucional (art. 32, 5, da CRP), segue o sistema acusatório português. O CPP português de 1987, mais precisamente em seu artigo 340, permite que o julgador abandone a passividade e determine de ofício a produção de provas que considerar necessárias à descoberta e à boa decisão da causa. Caso ordene a produção de provas não constantes da acusação ou da defesa o juiz deve comunicar sua decisão às partes, fazendo com que tudo conste da ata.

Por último, mas não menos importante, vejamos o sistema italiano. O *Codice di Procedura Penale*, de forma expressa, em seu artigo 190, autoriza o juiz a determinar de ofício a produção de provas nos casos legalmente estabelecidos. O precitado dispositivo faz alusão ao artigo 507, da mesma lei, que assim reza: “*Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d’ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prova*”.

A questão foi levada ao Tribunal Constitucional italiano, que, no ano de 1993, considerou válida a regra do artigo 507 do *Codice*, indicando que por provas novas são compreendidas aquelas ainda não produzidas.

Mesmo diante das clarezas do texto legal e da decisão do Tribunal constitucional há autores brasileiros que utilizam o sistema italiano como referência para condenar a figura do juiz participativo. Para tanto, mencionam com frequência a obra de Franco Cordero, consagrado autor peninsular. Aury Lopes Júnior, por exemplo, afirma textualmente que “atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao “*primato dell’ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*”.

O texto acima revela forte carga ideológica e não traduz com fidelidade as ideias do professor italiano. Com base na arguta observação de Fonseca Andrade, constatamos que a obra que serviu de supedâneo a Lopes Júnior data de 1986. Tal informação, num primeiro momento, pode parecer irrelevante, mas, em verdade, é sobremaneira importante. No ano de 1986, o sistema processual italiano previa o juizado de instrução, permitindo ao juiz que realizasse atos de investigação antes mesmo de iniciado o processo. Como é intuitivo, o juiz investigador na fase pré-processual é figura completamente avessa ao sistema acusatório, porquanto

se imiscui em atividade própria da polícia e do Ministério Público, com ampla possibilidade de comprometimento de sua imparcialidade e formação de um quadro mental paranoico. Nessa linha de ideias, as lições de Cordero são irretocáveis.

Ocorre que, no ano de 1988, dois anos após o lançamento da edição da obra *Guida alla Procedura Penale*, referida por Lopes Júnior, a Itália passou por uma reforma processual penal, com a edição de um novo código e a extinção do juizado de instrução. Em suma, a, com razão, tão criticada figura do juiz-instrutor deixou de existir. Logo, as lições utilizadas como alicerce para justificar a existência tão somente de um julgador inerte tornaram-se obsoletas, remanescendo, por certo, o valor histórico do texto. Ainda assim, é absolutamente necessário deixar claro que o autor italiano referia-se exclusivamente à fase pré-processual, o que, por si só, demonstra que seu antigo posicionamento fora manejado de forma equivocada.

Como era de se esperar, Franco Cordero debruçou-se sobre o *Codice di Procedura Penale*, legislação de cunho acusatório, e a conclusão alcançada não deixa dúvidas de que condicionar a acusatoriedade de um sistema à figura de um juiz meramente espectador configura grave equívoco. Esclarecendo a questão de maneira fiel ao texto estrangeiro, Fonseca Andrade assevera que:

[...] quando Cordero se debruça sobre a iniciativa probatória *ex officio judicis*, contida especialmente no art. 507 do CPP italiano, ele concorda com a possibilidade de o julgador determinar de ofício a produção de provas que entenda necessárias ao seu bom julgamento. Mais que isso, com todas as letras ele chega a considerá-la necessária.

Prosseguindo, o autor gaúcho transcreveu o texto da obra *Procedura Penale*, da lavra de Franco Cordero:

Il – potete istruttorio del giudice sopravvive inalcuni contesti [...]. Sono un residuo necessario questi poteri d'intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretabile; processo a oggetto indisponibile e non sarebbe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni accesso alla prova, Gli artt. 507 e 603 risolvono l'equazione.

Diante do quadro apresentado, parece evidente que os textos legais e doutrinários referidos por autores brasileiros que defendem, de forma ideológica, o juiz inerte, servem, ao revés, para justificar a existência da figura do juiz participativo, que conta com autorização legal para determinar de ofício a produção de provas, sem que isso afete a configuração do sistema acusatório. Cuida-se, portanto, de elemento não essencial de mencionado sistema processual.

## **SISTEMA ACUSATÓRIO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Ocorrida a infração penal, surge o poder/dever de punir. Como sabemos, para que o ente estatal aplique a reprimenda de formas constitucional e legal, há necessidade de se observar uma série de procedimentos, sempre respeitando os direitos e garantias fundamentais. No primeiro momento da persecução penal, com o fito de fornecer elementos probatórios ao *dominus litis*, assim como de evitar injusta deflagração de ação penal condenatória, surge a investigação criminal.

Conceituada como “um conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com

caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)”, a investigação criminal é gênero do qual fazem parte diversos procedimentos investigatórios (inquérito policial, procedimento investigatório criminal, ação fazendária e comissões parlamentares de inquérito).

No Brasil, ostenta natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual, constituindo fase antecedente não obrigatória do processo penal. Tal característica é determinada pelos órgãos incumbidos de seu desenvolvimento. Como nenhum deles integra o Poder Judiciário, diz-se que a atividade é administrativa. Frise-se, entretanto, que nos países em que o Ministério Público, constitucionalmente, está atrelado ao Poder Judiciário (*v.g.* Itália e Portugal), o procedimento, sempre pré-processual, deixa de ser administrativo e passa a ser judicial.

O fim precípua da investigação criminal é a elucidação da infração penal e de sua autoria. Busca-se, simultaneamente, atingir o interesse público de viabilizar a punição daquele que tiver ofendido o bem jurídico tutelado, bem como proteger o indivíduo de acusações temerárias e injustas, resguardando-se direitos e garantias constitucionalmente previstos. Nessa quadra específica, intenta-se, por vezes, fazer surgir uma espécie de simbiose entre o sistema ou modelo acusatório de processo e a atividade de investigação criminal. Haveria, de fato, incidência dos postulados básicos de aludido sistema em fase marcadamente inquisitiva?

A investigação criminal no Brasil integra a fase pré-processual, constituindo atividade administrativa, antecedente e não obrigatória do processo penal. A doutrina nacional afirma que:

No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, já vimos que constitui processo administrativo, sem acusado, mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público, mas não para embasar uma condenação.

A investigação criminal é naturalmente um procedimento inquisitivo, sem a observância de princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa. Não faz parte do processo, mas, na maioria das vezes, o antecede. Por essa razão, torna-se tarefa difícil estabelecer uma correlação entre o sistema acusatório e a investigação criminal, pois só podemos falar efetivamente em sistema processual quando cuidamos de ação penal condenatória deflagrada, e não quando estudamos um procedimento administrativo.

Nada obstante, há autores que definem o sistema processual brasileiro como misto em razão da existência de uma fase investigativa pré-processual. Guilherme de Souza Nucci, *por exemplo*, aduz que nosso sistema é misto, fazendo-o com base na existência do inquérito policial como fase antecedente ao processo. Após informar que alguns autores apontam nosso sistema como acusatório, o professor paulista assevera que:

Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo.

O citado posicionamento, com o devido respeito, incide em equívoco, pois fase investigativa brasileira não pode servir de base para a definição de um sistema processual pelo simples fato de ser administrativa, e não processual. Caso estivéssemos diante do sistema preconizado pelo Código francês de 1808, razão assistiria aos defensores da tese, já que o referido estatuto processual cuidava da investigação levada a efeito pelo juiz instrutor como fase do processo, algo completamente diverso do nosso regramento. Logo, a fase administrativa não gera efeitos na análise dos elementos identificadores do sistema de processo.

A doutrina e a jurisprudência atuais invocam com frequência temas intimamente ligados ao sistema acusatório de processo. Nada obstante, a imprecisão conceitual reinante dificulta sobremaneira a correta interpretação dos postulados, já que, ao invés de um conceito técnico, tem prevalecido um tipo ideal de sistema processual. Tipos ideais acabam limitando o desenvolvimento do processo penal pátrio, porquanto decorrem de análises superficiais, que normalmente trazem consigo forte carga ideológica.

Por essas razões, a boa técnica processual penal indica a necessidade de afastamento dos tipos ideais, viabilizando-se, assim, uma correta identificação dos elementos essenciais de cada sistema de processo. Agindo dessa forma, escaparemos de terminologias equivocadas e do conseqüente mau uso do conhecimento. Incursões históricas demonstram que nem tudo aquilo que consideramos democrático configura exclusividade do sistema acusatório, ao passo que os elementos que gozam do *status* da arbitrariedade nem sempre integraram única e exclusivamente o sistema inquisitivo.

Sistemas processuais de outros países, tais como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Portugal, Espanha e Itália são considerados representativos da acusatoriedade, haja vista que todos eles contemplam os elementos essenciais do precitado sistema. O mais marcante deles, presente desde a concepção do sistema acusatório, consiste na rígida divisão entre as funções de acusar e julgar. O Ministério Público e o ofendido, em hipóteses específicas, detêm o monopólio da deflagração da ação penal condenatória, seja pública, seja privada. Ao magistrado jamais é conferida a possibilidade de dar início a uma ação penal. O segundo e último elemento essencial do sistema processual em estudo é o princípio acusatório, que se apropria do primeiro elemento essencial e a ele agrega o fato de o processo somente ter início após o oferecimento da peça inicial acusatória.

Os demais elementos comumente apontados pelos autores como integrantes do sistema acusatório, tais como contraditório, ampla defesa, publicidade e paridade de armas, a despeito a importância não se consubstanciam em elementos essenciais, mas variáveis.

Finalmente, não se deve utilizar a fase de investigação para fins de classificação do sistema acusatório. Tratando-se de procedimento administrativo, e não jurisdicional, sua natureza inquisitiva não atinge o processo propriamente dito. 



**EDUARDO OLAVO NEVES CANTO NETO** é promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Ex-delegado de Polícia no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Guarulhos (UNG), especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, e mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)



## **O MPF no combate ao tráfico e exploração sexual de mulheres brasileiras – resultados e perspectivas para atuação ministerial**

■ POR FERNANDA TEIXEIRA SOUZA DOMINGOS

Com a recente edição da Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, foram revogados os artigos 231 e 231-A do Código Penal, os quais dispunham, respectivamente, sobre o tráfico internacional e o tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, tendo sido substituídos pelo artigo 149-A, que, em consonância com o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial mulheres e crianças, internalizado no ordenamento pátrio pelo Decreto nº 5.017, de 12/03/2004, estabelece como crime as condutas de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com as finalidades de remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo; submissão a condições análogas à de escravos; submissão a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal ou exploração sexual.

O tráfico internacional de pessoas, isto é, a retirada da vítima do território nacional passou a ser causa de aumento de um terço até a metade, agravando sobremaneira o delito cuja pena agora varia de quatro a oito anos e multa.

Os artigos 231 e 231-A, ora revogados, já haviam substituído a antiga redação que criminalizava somente o tráfico de mulheres para fins de prostituição, passando a tratar da exploração sexual de pessoa, aumentando, portanto, o leque das vítimas ao reconhecer a triste realidade do tráfico para exploração sexual de qualquer ser humano.

A nova lei, sem diminuir a importância do combate ao tráfico de pessoa para fins de exploração sexual, criminalizou o tráfico de pessoa para as demais finalidades, empoderando os agentes públicos de combate a esses delitos ao fornecer-lhes instrumento jurídico mais amplo, possibilitando a punição pelas diversas condutas envolvidas na atividade do tráfico de pessoas.

No que toca ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, como já mencionado, houve considerável aumento na penalização, posto que as penas passaram de dois a seis anos, no caso do tráfico interno, para quatro a oito anos, enquanto para o tráfico internacional de pessoas as penas foram majoradas dos antigos três a oito anos para quatro a oito anos, com a causa de aumento pela retirada do território nacional de um terço até a metade, isto é, podendo chegar a 12 anos nos casos mais graves.

Ao Ministério Público Federal cabe investigar e processar os casos do tráfico internacional de pessoas devido à transnacionalidade do delito, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal, cuja execução se inicia em território nacional e produz resultado no exterior, tendo a conduta sido objeto de tratado internacional, no caso o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo. Note-se que a introdução da vítima de tráfico de pessoa em território nacional não enseja a causa de aumento.

Na semana em que se comemora o Dia Internacional da Mulher, não é demais lembrar que conquanto a legislação tenha prestigiado a proteção da pessoa, especialmente no que toca ao tráfico para a exploração sexual, esse é um delito substancialmente de gênero.

Quem lida com a matéria na prática pode, empiricamente, afirmar que estão entre os mais vulneráveis ao tráfico internacional para exploração sexual as mulheres, as crianças e os homossexuais e transgêneros.

Segundo pesquisa da Enafron – Diagnóstico sobre Tráfico de Pessoas na área de Fronteira, 75% das vítimas de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual eram mulheres, adolescentes e crianças, entre os anos de 2007 e 2010. Esse dado revelado pelo relatório do Unodoc, de 2012, apontou que esse crime tem especial relação com gênero, sendo as vítimas em sua maioria mulheres.

O Relatório Nacional sobre tráfico de pessoas do Ministério da Justiça, de 2013, elaborado pela Secretaria Nacional de Justiça em parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime reúne informações de diferentes instituições e organizações, principalmente do sistema de justiça e de segurança pública, sendo o sistema de saúde também fonte relevante de dados. As informações oriundas das diversas fontes deixavam entrever que, em 2013, no tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual as mulheres eram as principais vítimas.

Já o relatório do Unodoc, de 2016, sobre tráfico de pessoas mostra claramente que o tráfico para fins de exploração sexual é o que alcança maior porcentagem durante os anos de 2007 a 2014, variando entre 54% a 59% no período, dentre as outras formas de tráfico de pessoas. O relatório global ainda mostra que na América do Sul a maior porcentagem das vítimas traficadas é do gênero feminino, sendo 61% de mulheres e 39% de meninas, certamente porque nessa região a finalidade precípua do tráfico de pessoas é para a exploração sexual.

O Ministério Público Federal criou, em dezembro de 2012, o Grupo de Trabalho sobre Tráfico de Pessoas que se dedicou a examinar esse delito, culminando com a elaboração de um roteiro de atuação sobre o tráfico internacional de pessoas visando a aperfeiçoar a atuação dos procuradores da República, sugerindo uma forma de atuação centrada na vítima, na tentativa de minimizar os danos sucessivos aos quais esta fica submetida, ressaltando a necessidade de humanizar o processo penal e compreendendo que o consentimento dado em situação de extrema vulnerabilidade deve ser desconsiderado.

O combate ao tráfico de pessoas passou a ser desde então tratado como tema prioritário pelo Ministério Público Federal em razão do compromisso internacional firmado pelo Brasil. Findo o prazo do grupo de trabalho, o tema passou a ser tratado a partir de agosto de 2016, tanto pela perspectiva do grupo de apoio ao combate à escravidão contemporânea quanto pela perspectiva do grupo de trabalho sobre crimes das regiões de fronteiras, criado pela Portaria nº 218, de 9 de novembro de 2016, com o objetivo de articular estratégias para combater a criminalidade existente nas fronteiras do país, dentre elas o tráfico de drogas, de armas e de pessoas, além do contrabando e descaminho. Isto porque as rotas migratórias transfronteiriças são também aquelas por onde as pessoas traficadas são transportadas, muitas vezes sem que haja irregularidade migratória, o que torna mais complexo aos agentes envolvidos no combate a essa prática perceber os sinais de traficância humana.

Também a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do MPF, desempenha importante papel na articulação com outros órgãos nacionais e internacionais para o fim de identificar as ações de prevenção ao tráfico de pessoas e de atenção às vítimas, complementando as ações de repressão e responsabilização da atuação criminal, estando contemplados os três grandes eixos de atuação no combate ao tráfico de pessoas, especialmente aquele com finalidade de exploração sexual do qual o gênero feminino tem se mostrado o mais atingido em nosso país.

Os três eixos de atuação vêm previstos no Protocolo Adicional à Convenção de Palermo e integram a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Assim, o Ministério Público Federal tem importante papel no âmbito repressivo ao procurar difundir uma atuação que passa a enxergar a vítima “não apenas como fonte de prova, mas como pessoa, verdadeira titular de direitos”. Com a nova legislação, também o eixo repressivo ganhou a possibilidade de formação de equipes conjuntas de investigação da polícia e do Ministério Público brasileiros com seus congêneres em outros países, além de ver incrementados os instrumentos de investigação com acesso facilitado a dados pelos agentes de investigação.

Quanto aos eixos de prevenção e proteção e assistência das vítimas, embora dependam de ações do Poder Executivo na implementação das políticas públicas que darão cumprimento ao disposto na lei, como, dentre outras medidas, no aspecto da assistência, o acolhimento em abrigo provisório, a preservação da intimidade e da identidade, prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais, e, no aspecto da prevenção, a implementação de medidas intersetoriais e integradas nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos são todas medidas onde o MPF deve atuar como articulador de políticas entre os diversos órgãos e instituições envolvidas, como já vem fazendo em sua atuação na área da tutela coletiva.

Com o arcabouço legislativo aprimorado, o combate ao tráfico de pessoas, notadamente aquele com a finalidade de exploração sexual, ganha importantes instrumentos com os quais a atuação do Ministério Público em rede e cooperação doméstica e internacional terá possibilidades de maior efetividade. Porém, ainda é premente a necessidade de dados mais precisos sobre essa criminalidade a fim de subsidiar as ações de prevenção, repressão e assistência, especialmente ações voltadas às maiores vítimas em nosso país, que sabemos serem as mulheres. 

## REFERÊNCIAS

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SNJ – Secretaria Nacional de Justiça. *Pesquisa ENAFRON – Diagnóstico sobre Tráfico de Pessoas na área de Fronteira*.

Disponível em:

[http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/pesquisa\\_enafron\\_202x266mm\\_1710\\_19h00\\_web.pdf](http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/pesquisa_enafron_202x266mm_1710_19h00_web.pdf).

Acesso em 06.03.2017

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SNJ – Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de Pessoas: Uma abordagem para os Direitos Humanos*. Brasília, 2013. Edição do Autor.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Roteiro de Atuação : Tráfico Internacional de Pessoas, 2014.

SOUSA, Tania Teixeira Laky de. *Tráfico Internacional de Mulheres: Nova Face de uma Velha Escravidão*. São Paulo, 2013.

UNODOC. *2016\_Global Report on Trafficking in People*.

Disponível em:

[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_TIP/Publicacoes/2016\\_Global\\_Report\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf)



**FERNANDA TEIXEIRA SOUZA DOMINGOS** é diretora de cidadania e direitos humanos do Movimento do Ministério Público Democrático e procuradora da República em São Paulo com atuação na área de cidadania, enfrentamento à redução à condição análoga a de escravo, ao tráfico de pessoas e combate aos crimes cibernéticos violadores de direitos humanos.

# Os efeitos das mudanças na Medida Provisória nº 766/2017 e o

## Programa de Regularização Tributária

■ POR ENIO DE BIASI

**U**ma comissão mista do Congresso Nacional aprovou parecer do deputado Newton Cardoso Junior (PMDB – MG), que analisou a Medida Provisória nº 766/2017, que instituiu o PRT – Programa de Recuperação Tributária.

A MP foi totalmente desfigurada pelo relatório do deputado e privilegia em demasia os contribuintes, fator que fatalmente provocará reação da equipe econômica, contrária à concessão de redução nas multas e nos juros, sob o argumento de incentivar a inadimplência tributária.

Os debates serão intensos no Congresso, uma vez que o projeto de lei de conversão da MP nº 766/2017 ter que ser aprovado pelos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado, devendo, ainda, ser sancionado pelo presidente da República.

Diante das consideráveis mudanças havidas na MP, todas realizadas para melhorar as condições desse novo parcelamento, o texto não deverá ser aprovado, tal qual foi definido pelo parecer do deputado Newton Cardoso Junior.

A MP era, originalmente, bem mais restritiva, comparada com os parcelamentos anteriores, quanto aos benefícios da adesão, basicamente permitindo a utilização de prejuízos fiscais e base negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e de demais créditos para amortização dos débitos parcelados ou liquidados à vista, prevendo prazo máximo de 120 meses para sua quitação.

O projeto aprovado na comissão mista, tentaremos resumir, prevê os seguintes benefícios:

- consolidação dos débitos vencidos até 31/03/2017 (a MP previa 30/11/2016);
- descontos de até 90% das multas de ofício, de mora e isoladas; 90% dos juros de mora; 99% dos encargos legais e honorários;
- prazo de até 240 prestações mensais;
- possibilidade de fixação do valor das prestações com base na receita bruta do mês anterior ao do pagamento da parcela, sendo 0,3% no caso das entidades imunes ou isentas; 0,6% para empresas tributadas com base no lucro presumido; 1,2% para empresas tributadas com base no lucro real; 1,5% nos demais casos;
- utilização de créditos de prejuízos fiscais e base negativa de CSLL com aplicação de multiplicador de duas vezes e meia das alíquotas de 25% do prejuízo fiscal e de 9% da CSLL;
- possibilidade de cessão, entre contribuintes, de créditos de IPI, COFINS e PIS, para amortização dos débitos consolidados, desde que utilizados, primeiramente, os créditos próprios;
- reduções das multas, juros, encargos e honorários, sem serem computadas nas bases de cálculo do IRPJ (lucro real), da CSLL, da COFINS e do PIS;
- parcelamento, nos mesmos moldes, de débitos junto às autarquias e fundações públicas federais e os débitos de qualquer natureza (tributários ou não tributários) e com a Procuradoria-Geral Federal;
- bônus de adimplência, representado por desconto de 10% sobre os juros incidentes sobre o valor da parcela mensal, a partir do sétimo mês de regularidade no pagamento do PRT;
- aplicação da TJLP para atualização das prestações do parcelamento;
- exclusão do parcelamento somente nos casos de atraso no pagamento de três parcelas consecutivas ou seis alternadas;
- impossibilidade de bloqueio dos valores destinados à manutenção do capital de giro da sociedade empresária;
- possibilidade de extinção do saldo consolidado do PRT mediante dação em pagamento de bem imóvel;
- exoneração das multas por infrações e penalidades no caso de empate das decisões proferidas pelo Carf e pela CSRF;
- redução para 0,5% (atualmente a alíquota é de 2%) da contribuição dos produtores rurais sobre a receita bruta – Funrural.

Ou seja, são várias as alterações promovidas pelo parecer aprovado na comissão mista do Congresso Nacional. Agora, é importante acompanhar a tramitação do projeto de lei de conversão da MP nº 766/2017, com a atenção que o tema merece.

Entretanto, nem todos esses benefícios serão aprovados como previstos pelos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado. Assim, dado o interesse do governo na aprovação das reformas previdenciária e trabalhista, é razoável supor que, na barganha típica do jogo político, o Executivo negocie e admita a concessão de alguns dos benefícios constantes do parecer aprovado. 



**ENIO DE BIASI** é diretor da DBC Consultoria Tributária.

# O prefeito, a cracolândia e a polícia: crônica de um erro repetido

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Foi amplamente divulgada pela imprensa a intervenção policial na chamada Cracolândia, local onde, desde o início dos anos 1990, reúnem-se viciados em drogas. Com a ajuda do governador, o prefeito da capital paulista utilizou-se da Polícia Militar e da Polícia Civil para realizar uma tentativa de “higienização” da área onde vivem miseravelmente os drogaditos.

Evidentemente, a operação policial não cumpriu a sua finalidade, pois as pessoas enxotadas pela irresponsabilidade de um gestor público insensível, midiático e dado a factoides foram se alojar nas proximidades da mesma Cracolândia, ocupando outro espaço urbano. Obviamente, não tinham para aonde ir em razão de serem dependentes químicos.

O ato incivil do Poder público ainda foi complementado por um inusitado pedido judicial de internação compulsória das pessoas e, pior: a Justiça paulista concedeu a interdição obrigatória, rechaçada apenas em segundo grau, após vigorosa e atenta reação do Ministério Público e da Defensoria Pública paulistas. Como é possível acreditar que alguém pode ser tratado a partir de uma medida de força? Claro que a abordagem tem que ser de outra natureza. Afinal, “polícia para quem precisa, polícia para quem precisa de polícia” já cantavam os Titãs.

Repetiu-se, mais uma vez, o erro de considerar a questão das drogas como um problema a ser resolvido pela Polícia e pela Justiça criminal. Ora, ora, droga não é assunto de Polícia! Trata-se de questão muito mais sensível e que passa muito longe da repressão e do simplório proibicionismo.



“A proibição tem surtido algum efeito positivo, sob algum aspecto? E tem gerado efeitos negativos? Vamos, então, refletir sobre tais consequências e avaliar se não é chegada a hora de procurarmos uma política alternativa, uma terceira via, ao menos mais democrática, mais racional, mais humana e mais eficaz.”

Aliás, o uso de drogas é mais antigo do que supomos. É conhecida a hipótese do macaco bêbado (40 milhões a.C.), criada por Robert Dudley, da Universidade da Califórnia, em Berkeley, segundo a qual os macacos, ao comerem as frutas caídas ao sol ficavam entorpecidos em virtude de a fermentação fazer com que os açúcares contidos nas frutas se transformassem em álcool, o qual evapora, indicando que a fruta está madura. Os primatas teriam desenvolvido uma atração pelo álcool que os colocaria na frente da corrida evolutiva, pois sentiriam o cheiro da fruta madura, permitindo o encontro dos melhores alimentos.

Na China, em 2.700 a.C., já se usava a Cannabis; em 1.300 a.C., também na Assíria; no ano 1.000 a.C., o povo egípcio conhecia o ópio; na Grécia, em 500 a.C., consumia-se bastante vinho. Nas Américas, a Cannabis chegou em 1492; em 1600 os árabes já usavam o haxixe. Duzentos anos depois foi conhecida a guerra ao ópio, na China. Em 1885, Sigmund Freud utilizou-se da cocaína, em auxílio aos seus estudos sobre psicanálise, a mesma substância usada pela medicina durante a Primeira Guerra Mundial.

Em 1920, conheceu-se, possivelmente, o primeiro grande fracasso no combate às drogas: a chamada Lei Seca, decretada pelo governo norte-americano, a qual, além do vertiginoso aumento da criminalidade (inclusive com o surgimento da Máfia), resultou na elevação no consumo de álcool, milhares de mortes e de casos de cegueira por envenenamento em virtude do uso de produtos falsificados.

Essa equivocada política de guerra às drogas, cuja ação na Cracolândia é exemplo, iniciou-se, efetivamente, em 1971, nos Estados Unidos, no governo do presidente Richard Nixon (1969/1974), tendo sido reiterada no início da década de 1980, com o também republicano Ronald Reagan (1981/1989). Em continuação, George (pai) Bush incrementou a mesma política, durante os anos 1989/1993. A propósito, certa feita, perguntado a respeito do aumento das prisões decorrente da política de drogas, Bush (pai) afirmou: “Criaremos espaços nas cadeias”, iniciando-se, então, o lucrativo negócio da privatização das prisões. Aliás, consta que os Estados Unidos já gastaram mais de um trilhão de dólares no combate às drogas.

Ao contrário de copiarmos essa política nociva, desumana e inútil, precisamos estudar as experiências exitosas de outros países que passaram a tolerar o uso de drogas e a enfrentar a questão sob um posto de vista mais humano e mais inteligente, vendo a drogadição como um problema médico e de ordem privada (o que não impede, muito pelo contrário, a intervenção dos serviços públicos de saúde).

Podemos, assim, citar a Holanda, onde são conhecidos os *coffees shops*, lugares em que se vende determinadas quantidades de droga a maiores de 18 anos. Naquele

país, o consumo de drogas é menor quando comparado com outros países, como a França e todo o Reino Unido, sendo as taxas de mortalidade uma das menores da Europa. Apostou-se em uma política de redução de danos, implementou-se as chamadas “salas de consumo” e o oferecimento pelo Estado de drogas aos dependentes. Enquanto na Holanda, aproximadamente, 9,5% dos jovens adultos consomem drogas leves uma vez por mês, na Itália esse número é de 20,9%, na França, 16,7% e na Inglaterra, 13,8%. Lá, 90% dos dependentes são auxiliados nos programas estatais de desintoxicação.

Na Suíça, após o fracasso dos “Parques das Seringas” (em Berna e em Zurique), foram criados espaços reservados para usuários. Em dez anos o número de usuários de drogas injetáveis portadores de HIV diminuiu 50% e a taxa de mortalidade por overdose entre usuários de drogas injetáveis também diminuiu mais de 50%. Em 60% dos tratamentos os médicos de família prescrevem substitutos aos opiáceos.

Portugal também optou pela descriminalização, criando as “Juntas de Toxicodpendência”, onde são realizadas audiências para o usuário em tratamento. Clínicas são mantidas gratuitamente pelo Poder público para tratamento dos dependentes químicos. Em dez anos, o uso de drogas entre os adolescentes diminuiu e as taxas de HIV e o consumo de maconha são as mais baixas da União Europeia.

Nos Estados Unidos, pelo menos 16 estados já legalizaram o uso medicinal da maconha. Na Califórnia, os moradores aprovaram a liberação da maconha para uso recreativo. Também no Oregon, no Alasca, no distrito de Columbia e na capital federal foi autorizado o uso recreativo da maconha. As medidas no Oregon e no Alasca vão mais longe ao estabelecerem uma rede de lojas de maconha regular, similar àquela que já opera no Colorado e em Washington.

Na Dinamarca, 857 milhões de coroas dinamarquesas (algo em torno de US\$ 145 milhões) foram destinadas para projetos de pesquisa na área de saúde, incluindo os usos medicinais da maconha. Tratou-se de uma iniciativa inédita naquele país, onde a maconha, apesar de proibida, é bem tolerada (na comunidade de Cristiania, nos arredores de Copenhague, por exemplo, o uso de drogas, não apenas a maconha, é praticamente legalizado).

No Canadá, a Suprema Corte declarou inconstitucional a lei que restringia o uso medicinal da maconha e vedava a utilização da planta em outras formas. A Itália passou a permitir o uso medicinal da Cannabis (Decreto: Gazzetta nº 33 del 8 febbraio 2013 - Ministero della Salute - Decreto 23 gennaio 2013).

Na América Latina, o Uruguai foi o pioneiro a admitir que os seus cidadãos consumam e cultivem a Cannabis no âmbito de clubes devidamente autorizados e fiscalizados pelo Estado. Na Argentina, também a Corte Suprema declarou inconstitucional a criminalização de pequenas quantidades de droga para consumo próprio.

Portanto, ao invés de combater as drogas via sistema criminal é preciso que avancemos, ao menos para que o debate fuja um pouco do lugar-comum, ainda mais que, ao que parece, a posição da Suprema Corte brasileira será pela descriminalização do porte da maconha para consumo próprio (o que, convenhamos, é muito pouco!).

Creio ser preciso levar o debate adiante, no sentido da legalização das drogas, de toda e qualquer droga, e não somente do porte e do consumo, mas da produção e do comércio. Devemos considerar que a partir do instante em que a produção e o comércio de drogas passarem a ser regulamentados, controlados e fiscalizados pelo Estado, a tendência será a eliminação gradativa do mercado ilegal do

tráfico (seja a produção, seja o comércio). Transferindo-se este rendoso mercado de bilhões de dólares para o Estado e retirando-o das mãos do crime organizado, ficará este órfão, forçando-o a deixar este tipo de ilícito, extremamente violento. O Estado passaria, então, a regular o mercado, controlando as vendas, a produção, a propaganda, os locais de consumo, etc.

Com a eliminação, ainda que em longo prazo, do tráfico ilícito haveria indubitavelmente uma diminuição vertiginosa da prática de outros delitos conexos, pois muitos usuários ou dependentes (é preciso fazer esta distinção) furtam, roubam e até matam para conseguirem a droga ilícita, vendida a preços mais caros no mercado clandestino.

Ademais, sendo enorme a procura por drogas ilícitas e o mercado sem qualquer regulação estatal, a tendência é que o valor da droga (nem sempre de boa qualidade) seja alto, o que leva o consumidor a praticar crimes para conseguir dinheiro para sustentar o seu vício (no caso dos dependentes químicos). É possível que a regulamentação do comércio, além de garantir produtos sem impurezas e, portanto, menos nocivos à saúde, estabelecesse preços mais baixos para as drogas em geral. É o que ocorre, por exemplo, com o cigarro (tabaco) e o álcool, cujos usuários não precisam recorrer ao furto ou ao roubo para consumirem a droga lícita.

Ao assumir essa responsabilidade, o Estado passaria, conseqüentemente, a se comprometer em prestar todos os esclarecimentos à população acerca dos efeitos do uso de drogas, como hoje é feito com o cigarro e o álcool. Ao contrário, com a atual política proibicionista<sup>1</sup>, dificulta-se enormemente que adolescentes e jovens tenham acesso a informações corretas e científicas sobre o assunto (e não se confundam com tabus). Ignorantes, o risco para estas pessoas é muito maior. O sofrimento dos amigos e da família, devastador.

Nesta questão, a informação séria (sem moralismo e sem infantilismo) e a boa educação são fundamentais. O respeitado neurocientista da Universidade Columbia, Carl Hart, crítico veemente da política antidrogas de seu País (EUA), adverte que “nossas políticas para drogas baseiam-se, em grande parte, em ficção e desconhecimento. A farmacologia – ou, em outras palavras, os reais efeitos das drogas – já não desempenha papel tão relevante quando se estabelecem essas políticas” (HART, 2014, p. 310).

Também não se pode negar, pelo menos na minha visão, que o proibicionismo leva à marginalização e à estigmatização do usuário ou dependente, dificultando (e até impedindo) que o sistema público de saúde chegue até ele, facilitando a proliferação de doenças, especialmente entre os usuários de drogas injetáveis. Aqui, muito mais eficaz, é uma política realmente séria de redução de danos. A propósito, no capítulo intitulado “Nuevos tiempos, nuevas políticas, nuevos modelos de intervención: disminución de riesgos”, do livro “Drogas: cambios sociales y legales ante el tercer milênio” (MARKEZ; PÓO; ETXEGOIEN, 2000, p. 273), os autores afirmam que:

Los llamados Programas de Reducción de Riesgos son, y han sido, el marco de los diversos planteamientos y programas de actuación que en estas últimas décadas han pretendido dar una respuesta a las diferentes problemáticas asociables a las formas de uso de ciertas drogas, a las patologías concomitantes y a las conductas de riesgo. La reducción de daños se há convertido en la alternativa a los enfoques basados en la abstinencia y centrados en un modelo punitivo, sea por el paternalismo médico sea por la aplicación de la ley.

É preciso também refletir exatamente a quem interessa efetivamente a proibição das drogas. Como disse acima, o mercado de drogas ilegais envolve bilhões de dólares por ano. Será que a política de combate às drogas não serve para que alguns países continuem a estabelecer uma relação de domínio absoluto sobre outros Estados, especialmente aqueles periféricos, produtores da droga? Parece-me que com a legalização, o dinheiro que hoje vai para os países que, por exemplo, vendem armas e tecnologias bélica e de inteligência a propósito de combater o narcotráfico, ficaria no próprio país produtor de drogas, a partir da cobrança de impostos.

A atual política criminal de drogas, liderada estrategicamente pelos Estados Unidos, comprova o seu próprio fracasso, com a superpopulação carcerária e um processo crescente de criminalização da pobreza. Sem dúvidas, os norte-americanos foram o “generador y promotor del movimiento antidroga y del discurso respectivo, y porque se há colocado siempre a la vanguardia de ‘la lucha contra los demonios del tráfico internacional de drogas’” (OLMO, 2004, p. 121).

Outro aspecto relevante sobre o tema é o jurídico. Definitivamente, quem consome drogas não afeta a saúde de outrem, mas a sua própria (quando afeta). Ora, em um Estado Democrático de Direito não é possível punir uma conduta que não atinja terceiros, razão pela qual, por exemplo, não se pune a autolesão ou a tentativa de suicídio, estando tais condutas inseridas dentro da esfera de privacidade do sujeito, sendo ilegítima a intervenção do Direito (seja para criminalizar, seja para tornar ilegal a produção, o consumo e o comércio das drogas).

Nós, que atuamos no Sistema Jurídico, precisamos enxergar para além do Direito. O homem, ao longo da vida, depara-se com graves questões existenciais e adversidades próprias da existência humana, levando-o a tentar suprir a sua incapacidade de enfrentar tais questões com o uso de drogas, que é um dos meios para se chegar à felicidade plena, sem dúvidas. Ora, como pode o Estado punir esta busca, ainda que possa ser uma procura vã? É preciso que se respeite a opção individual e as escolhas de cada um, desde que tais opções e escolhas não venham a atingir a outrem.

Como escreveu Freud (2010, p. 32-42):

Existem muitos caminhos que podem levar à felicidade, tal como é acessível ao ser humano, mas nenhum que a ela conduza seguramente.” Um deles é a droga: “Mas os métodos mais interessantes para prevenir o sofrimento são aqueles que tentam influir no próprio organismo. Pois todo sofrimento é apenas sensação, existe somente na medida em que o sentimos, e nós o sentimos em virtude de certos arranjos de nosso organismo. O método mais cru, mas também mais eficaz de exercer tal influência é o químico, a intoxicação. Não creio que alguém penetre inteiramente no seu mecanismo, mas é fato que há substâncias de fora do corpo que, uma vez presentes no sangue e nos tecidos, produzem em nós sensações imediatas de prazer, e também mudam de tal forma as condições de nossa sensibilidade, que nos sentimos incapazes de acolher impulsos desprazerosos. Os dois efeitos não só acontecem ao mesmo tempo, como parecem intimamente ligados.

Corretíssimo, portanto, está Salo de Carvalho (2013, p. 459) quando afirma que:

A incapacidade do humano de estar frente à diversidade e a sua impossibilidade de realizar acontecimentos trágicos com sujeitos que o desestabilizam talvez possam explicar a necessidade de manutenção da lógica proibicionista com seus perversos efeitos.

Em relação ao usuário das drogas, o sociólogo argentino Alberto Calabrese nota que:

O primer contacto tiene que ver con el placer. (O usuário) no consume pensando que va a consumir para que le haga mal. Decide consumir eso porque cree que le va a hacer bien o le va a dar placer. Que después se equivoque porque él tiene una relación distorsionada con ese objeto o sustancia, es otra historia. Pero lo primero que va a buscar es sustentar el placer.

Aqui, uma pergunta: por que não se proíbe o uso de bebida alcoólica ou do tabaco, drogas supostamente danosas para a saúde? Segundo o “The Lancet Medical Journal”, dentre todas as drogas, o álcool está atrás, em termos de prejuízos para a saúde, apenas em relação à heroína, cocaína, barbitúricos e à metadona. O tabaco causa mais danos à saúde do que a buprenorfina e a maconha, cujo uso medicinal é comprovadamente exitoso no tratamento da esclerose múltipla, de tiques nervosos e para diminuir os efeitos causados pelo tratamento do câncer.

É preciso ficar atento para os chamados “empresarios de la moral”, uma espécie de “mediador entre los sentimientos públicos y la creación de la ley”, e, principalmente, para os “empresarios de la represión, ejemplificados en los cuerpos de seguridad que se ocupan de implementar la política criminal” (OLMO, 2004, p. 121).

O proibicionismo só atrai ainda mais as pessoas (principalmente as mais jovens) para o consumo que, por sua vez, sendo ilegal, leva os usuários a uma situação de marginalização e de estigmatização, inserindo-os no sistema penitenciário que, como é notório, longe de ressocializar, criminaliza e violenta ainda mais. É um verdadeiro círculo vicioso. A questão das drogas não pode ser resolvida pelo sistema de Justiça Criminal: Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário. Outros atores devem ser chamados: assistentes sociais, pedagogos, médicos, psicólogos, família, igrejas, escolas, etc. A legalização teria este outro efeito positivo: a “descarcerização”.

Acho muito pertinente a consideração de Maria Lúcia Karam (1991, p. 67) ao afirmar que:

Talvez o caminho seja mais árduo. A fantasia é sempre mais fácil e mais cômoda. Com certeza é mais simples para os pais de um menino drogado culpar o fantasma do traficante, que supostamente induziu seu filho ao vício, do que perceber e tratar dos conflitos familiares latentes que, mais provavelmente, motivaram o vício. Como, certamente, é mais simples para a sociedade permitir a desapropriação do conflito e transferi-lo para o Estado, esperando a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal.

Diz a mesma autora em outra obra que:

Libertadas dos negativos efeitos da criminalização, as drogas hoje etiquetadas de ilícitas, certamente se mostrarão menos danosas. Libertados do proibicionismo, certamente, seremos mais capazes não só de encontrar formas mais saudáveis de usá-las, como também de regulamentar o seu uso [...] a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado o Estado – e, portanto o Direito – penetrar. Assim como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a autolesão,

não se podem criminalizar e punir condutas, que menos danosas do que aquelas, podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão (KARAM, 2009, p. 65).

Não nos esqueçamos, outrossim, de que o art. 3º, I, da Constituição Federal estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária, na qual deve ser respeitada a intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º, X). Também é necessário observar o princípio constitucional do desenvolvimento livre da personalidade.

Ademais, por certo que o combate às drogas tem um inimigo preferencial: os excluídos. Em depoimento no documentário “Quebrando o Tabu” (de onde extraímos parte dos dados referidos neste texto)<sup>2</sup>, o ex-presidente americano Jimmy Carter (1977/1980) alertou para a questão da criminalização das drogas estar relacionada com o racismo, exemplificando: a punição pela posse de uma onça de crack (usado por pessoas pobres e negras) era igual à punição de cem onças de cocaína (usada por pessoas brancas e ricas).

Para concluir, pergunto: a proibição tem surtido algum efeito positivo, sob algum aspecto? E tem gerado efeitos negativos? Vamos, então, refletir sobre tais consequências e avaliar se não é chegada a hora de procurarmos uma política alternativa, uma terceira via, ao menos mais democrática, mais racional, mais humana e mais eficaz. 

## NOTAS

- 1 O sociólogo argentino Alberto Calabrese, responsável pelo curso de Especialização em Adições da Universidade Nacional de Tucumán e diretor do Mestrado sobre Uso Indevido de Drogas da Faculdade de Psicologia da Universidade de Buenos Aires, observa que “la prohibición tiene apenas 55 años de producción a nivel mundial y surge de una resolución de Naciones Unidas del año 1961. O sea que la cocaína, la morfina, la heroína y otro tipo de sustancias psicoactivas no están prohibidas desde que Adán y Eva salieron del paraíso, aunque podemos hacer un parangón entre la salida del paraíso y el consumir la única cosa que no estaba permitida de ser consumida. Esto demuestra que las drogas han cumplido otras funciones: control poblacional y un gran negocio. Un negocio que involucra dos billones de dólares anuales. Es decir, una estructura que se hace difícil de desactivar porque supone e involucra muchos intereses. Formalmente, todos dicen que hay que acabar con el tema, pero la realidad es que ese tema hoy tiene tal importancia en la producción económica, que favorece a muchos que la producción se mantenga en términos de negocios”. Disponível em: <http://www.revistaajo.com.ar/notas/4232-el-unicornio-azul-no-nos-salvara-de-las-drogas.html>. Acesso em: 19 jan. 2016).
- 2 Produzido pela Spray Filmes, Start e Cultura, 2011.

## REFERÊNCIAS

- FREUD, Sigmund, *O Mal-Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos*, Obras Completas, v. 18, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- HART, Carl. *Um preço muito alto*, Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, Rio de Janeiro: LUAM, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARKEZ, Iñaki; PÓO, Mónica; ETXEGOIEN, Rebeca. *Drogas: cambios sociales y legales ante el tercer milenio*, Madrid: Dykinson, 2000.
- OLMO, Rosa del. *Direito Criminal*, v. 5, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



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

# ICMS *versus* PIS/COFINS: breve histórico sobre a posição do STJ

■ POR FÁBIO MARTINS DE ANDRADE



A proclamação do resultado final do julgamento do RE 574.706, na sessão de 15.03.2017, como se esperava, deu-se conforme a jurisprudência pacífica do STF sobre o conceito constitucional de faturamento, conforme é possível verificar pelas razões e fundamentos expressos nos votos que formaram a maioria, a qual se consagrou vencedora. Nos referimos aos RREE 150.755, 150.764, ADC 01 e 357.950. Cabe lembrar que o tema já foi decidido no RE 240.785, em julgamento concluído em 08.10.2014, cujo acórdão transitou em julgado em 23.02.2015.

Com o resultado final favorável aos contribuintes cabe tecer algumas considerações sobre a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, sobretudo em razão do excessivo manuseio de tal argumento pela corrente vencida no julgamento. Destaca-se o entendimento firmado pelo ministro Luiz Fux, já que integra o Pleno do STF e também integrou o STJ no passado.

Três linhas de raciocínio são consideradas, a saber: 1ª) o protagonismo do ministro Luiz Fux na elaboração do NCP, que promoveu profunda mudança de paradigma quanto aos precedentes judiciais, sobretudo aqueles emanados do STF; 2ª) o STJ jamais se dedicou, pelo menos até recentemente, ao exame do tema sob o viés infraconstitucional, tendo simplesmente herdado a jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR, que lhe antecedeu sob a égide da Constituição pretérita; e 3ª) tanto o extinto TFR como também o STJ jamais analisaram o tema sob o ponto de vista constitucional, ao passo que o STF, por seu turno, deu todas as sinalizações de que julgaria a questão, uma vez que o tema frequentou o Pleno do STF desde 1999, foi reafirmada a competência do STF quando do recebimento da petição inicial da ADC 18, com o reconhecimento da repercussão geral no RE 574.706.

Inicialmente, levando em conta o destacado papel desempenhado pelo ministro Luiz Fux na elaboração e discussão do que veio a se tornar o Novo Código de Processo Civil, como presidente da comissão encarregada pelo hercúleo projeto, verifica-se o esforço no sentido de promover uma verdadeira mudança de paradigma no tocante ao precedente judicial, com o compromisso expresso de mantê-la estável, íntegra e coerente. Nesse sentido, cabe registro do ministro Luiz Fux, em rápido pronunciamento durante o julgamento do referido RE 240.785, *verbis*:

Agora, uma outra estratégia, como destacou o Ministro Celso de Mello: temos sete votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que é uno e indivisível. Não mudou nada, a lei não mudou. Ele tem seis votos contra um – são sete votos de Ministros que pertenceram a esta Corte. A introdução de uma outra ação no organismo do sistema judiciário vai poder infirmar o que já se iniciou com esse julgamento? A instituição vai aceitar essas estratégias? Nós vamos passar esse recibo, digamos assim? Evidentemente que não. Evidentemente que não.

A referência foi ao estratagema engendrado pelo então advogado-geral da União, hoje ministro Dias Toffoli, com o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 18 no interregno em que o ministro Gilmar Mendes permanecia com vistas dos autos no RE 240.785.

A segunda linha de raciocínio é mais demorada, já que rememora o estabelecimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada na edição das Súmulas 68 e 94, que foram pura e simplesmente herança da jurisprudência já firmada no âmbito do extinto Tribunal Federal de Recursos, antes mesmo do advento da Constituição da República. Em razão disso, o STJ jamais se dedicou ao exame do mérito da questão jurídica em torno da legitimidade ou não, sob o enfoque infraconstitucional, pelo menos até recentemente, da inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS.

Exemplo disso se verifica nas decisões tomadas pelo ministro Luiz Fux durante a sua passagem pelo Superior Tribunal de Justiça. Em todas ele se limitou a aplicar as súmulas daquela Alta Casa de Justiça, sem aprofundamento quanto ao exame do mérito. A título de exemplo confira os seguintes acórdãos: STJ – 1ª Turma, Ag.

**“Uma vez finalizado o julgamento do RE 240.785, que demorou quinze anos para ser concluído, restou firmado o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Tal entendimento, como esperado, foi reafirmado nos autos do RE 574.706 pelo STF, em absoluta coerência e racionalidade de seus trabalhos, inclusive da prestação jurisdicional entregue ao jurisdicionado, gerando segurança jurídica sobretudo aos contribuintes. Com a confluência da jurisprudência dos tribunais superiores, encabeçado pelo STF e seguido pelo STJ, a necessária pacificação social entre os contribuintes e o Fisco em torno dessa tormentosa questão começa a se pacificar.”**

835.885-AgRg, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.11.2007, DJu 29.11.2007; STJ – 1ª Turma, Ag. 833.908-AgRg-ED, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.03.2008, DJe 07.05.2008.

Cabe uma digressão: como se sabe, no passado remoto o STJ editou as Súmulas 68 e 94, que dispõem, respectivamente, que:

A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS” (j. em 15.12.1992); A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (j. em 22.02.1994).

Tais súmulas limitaram-se a reafirmar o entendimento do então recém-criado STJ na esteira do que já vinha sendo entendido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Com efeito, antes da criação do STJ, o extinto TFR já havia consolidado a sua orientação no sentido de que “Inclui-se na base de cálculo do PIS e parcela relativa ao ICM” (conforme a Súmula TFR 258), bem como, por analogia, incluir-se-ia na base de cálculo do Finsocial a parcela relativa ao ICMS.

Desse modo, verifica-se que a cristalização da jurisprudência do STJ, no início da década de 1990 (com as Súmulas 68 e 94), nada mais foi do que a mera reiteração da consolidação da jurisprudência então pacificada no âmbito do próprio Tribunal Federal de Recursos pela Súmula 258 (para o PIS) e de sua analogia (para o Finsocial).

Além disso, verifica-se que a discussão da questão jurídica, tanto no âmbito do STJ como na esfera do extinto TFR, jamais se deu sob o enfoque constitucional. Ao contrário, limitou-se sempre a focar os aspectos infraconstitucionais da discussão (de mera legalidade).

O entendimento do STJ, adotado a reboque da consolidação do antigo TFR (isto é, sem nunca ter realmente adentrado o mérito da questão jurídica sob o enfoque infraconstitucional), perdurou até recentemente.

Na realidade, em julgamento concluído em 10.08.2016, lembrando expressamente o histórico jurisprudencial de reafirmações ao longo do tempo, a 1ª Seção do STJ decidiu que:

Tributário. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C, do CPC. PIS/PASEP e COFINS. Base de cálculo. Receita ou faturamento. Inclusão do ICMS (STJ – 1ª Seção, REsp. 1.144.469, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel.p/ac. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.08.2016, DJe 02.12.2016). Assim decidiu na esteira de julgamento anterior que entendeu pela legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS: Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Prestador de serviço. PIS e Cofins. Inclusão do ISSQN no conceito de receita ou faturamento. Possibilidade. Inexistência de violação dos arts. 109 e 110 do CTN (STJ – 1ª Seção, REsp. 1.330.737, Rel. Min. Og Fernandes, j. 10.06.2015, DJe 14.04.2016).

Antes disso, o STJ limitava-se a adotar o entendimento que recebeu consolidado pela jurisprudência do extinto TFR, sem ter voltado ao assunto com profundidade desde a sua criação. Nos precedentes acima, sob o regime de recurso repetitivo, tal entendimento foi reafirmado mais uma vez, inclusive com a reiteração expressa das súmulas anteriormente mencionadas, tanto do STJ como também, e principalmente, do extinto TFR.

Em leitura aprofundada dos acórdãos que embasaram as súmulas editadas pelo STJ verifica-se que jamais se discutiu naquela seara acerca (a) dos argumentos constitucionais e (b) do mérito, com a mera reafirmação da jurisprudência então já existente e que fora herdada do extinto TFR. Aliás, tal conclusão é igualmente alcançada pela mera leitura perfunctória, como veremos em seguida.

No tocante à Súmula nº 68, referente à legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, opta-se pela transcrição integral das correspondentes ementas:

Tributário. PIS. Parcela prevista no art. 36, b, da Lei Complementar n. 7/70. Base de cálculo. ICM. O tributo em referência integra, para todos os efeitos, o preço final da mercadoria, razão pela qual não pode ser excluído da base de cálculo do PIS. Inteligência do dispositivo legal sob apreciação. Recurso provido (STJ – 2ª Turma, REsp. 8.541, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 22.05.1991, DJU 25.11.1991); Tributário. ICM. PIS. Base de cálculo. I – É legal a inclusão da parcela relativa ao ICM na base de cálculo para o PIS. Precedentes. II – Recurso provido” (STJ – 1ª Turma, REsp. 6.924, Rel. Min. Pedro Acioli, j. 02.09.1991, DJU 23.09.1991); Tributário. Contribuição para o PIS. Inclusão do ICM na sua base de cálculo. I – A jurisprudência das duas Turmas especializadas em Direito Público, desta Corte, firmou-se no sentido de que se inclui o ICM na base de cálculo da contribuição para o PIS. II – Recurso especial não conhecido (STJ – 2ª Turma, REsp. 14.471, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18.12.1991, DJU 17.02.1992); ICM. Base de cálculo. PIS. 1. ‘Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM’. 2. Entendimento da Súmula n. 258-TFR. 3. Recurso improvido (STJ – 1ª Turma, REsp. 16.841, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.02.1992, DJU 06.04.1992); PIS. Base de cálculo. Súmula n. 258-TFR. – A parcela relativa ao ICM há que ser incluída na base de cálculo do PIS, de acordo com o entendimento sumulado no Verbete n. 258 do extinto TFR e consagrado, sem discrepância, neste Superior Tribunal de Justiça. – Recurso provido (STJ – 2ª Turma, REsp. 8.601, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 06.04.1992, DJU 18.05.1992); Agravo regimental. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS. – Firmado tal entendimento pela Corte, e assim tendo decidido o acórdão recorrido, inviável é o processamento do especial. – Agravo improvido (STJ – 2ª Turma, AI 16.577-AgRg, Rel. Min. Américo Luz, j. 06.04.1992, DJU 11.05.1992); PIS. Base de cálculo. ICM. Precedentes. I – ‘Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM (Súmula n. 258-TFR). II – Recurso não conhecido (STJ – 2ª Turma, REsp. 21.497, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 10.06.1992, DJU 10.08.1992); Tributário.

ICMS. Base de cálculo. PIS. É legal a inclusão da parcela relativa ao ICM na base de cálculo para o PIS. Recurso improvido (STJ – 1ª Turma, REsp. 19.455, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.06.1992, DJU 17.08.1992).

Constata-se, pela simples leitura das ementas que, na maior parte delas, há referência expressa à súmula herdada do extinto TFR ou mesmo aos precedentes do próprio STJ sobre o tema, que se limitaram na generalidade a aplicar a referida súmula. A primeira ementa transcrita parece funcionar como uma exceção a tal regra. Contudo, quando buscamos o acórdão para ler o seu fundamento verificamos que também é todo embasado na aplicação da Súmula nº 258 do extinto TFR.

Em seguida, constataremos que no tocante ao Finsocial (atual COFINS), tal realidade também está presente, isto é, jamais houve o exame detido acerca da legalidade da espúria inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo do Finsocial e, posteriormente, da COFINS. O STJ limitou-se a aplicar quase mecanicamente a jurisprudência consagrada no âmbito do extinto TFR.

A Súmula nº 94, referente à legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do Finsocial (atual COFINS), verifica-se a transcrição das correspondentes ementas:

Tributário. Base de cálculo. PIS. Finsocial. ICM. Inclui-se na base de cálculo do PIS e do Finsocial a parcela relativa ao ICM (STJ – 1ª Turma, REsp. 14.467, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 27.11.1991, DJU 03.02.1992); Finsocial. Base de cálculo. ICM. Inclui-se na base de cálculo da contribuição para o Finsocial a parcela relativa ao ICM. Recurso improvido (STJ – 1ª Turma, REsp. 16.521, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 26.02.1992, DJU 06.04.1992); Tributário. ICM. Inclusão na base de cálculo do Finsocial. I – Inclui-se na base de cálculo do Finsocial a parcela relativa ao ICM. II – Precedentes. III – Recurso provido (STJ – 2ª Turma, REsp. 8.379, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 26.08.1992, DJU 28.09.1992); ICM. Finsocial. Inclui-se na base de cálculo da contribuição para o Finsocial a parcela relativa do ICM. Recurso improvido (STJ – 1ª Turma, REsp. 27.072, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 30.09.1992, DJU 16.11.1992); Tributário. Inclusão da parcela relativa ao ICM na base de cálculo do Finsocial. Este Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou o escólio de que se inclui na base de cálculo do Finsocial a parcela relativa ao ICM. Recurso improvido, à unanimidade (STJ – 1ª Turma, REsp. 31.103, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 29.03.1993, DJU 26.04.1993).

A exemplo do que ocorreu no tocante ao PIS, também referente a contribuição ao Finsocial – quando da edição da súmula – e à COFINS – posteriormente – verifica-se que o STJ, desde o momento inicial de sua instalação com a Constituição da República de 1988, limitou-se a aplicar a jurisprudência que herdou do extinto TFR.

No passado longínquo, em sessão de 14.06.1988, a Segunda Seção do extinto TFR resolveu um incidente de uniformização de jurisprudência em que decidiu pela legitimidade da inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo do PIS. Tal decisão ocorreu no crepúsculo de existência daquele tribunal, extinto pouco depois, com o advento da Constituição da República, quando foi criado o STJ. Aquela decisão, portanto, foi tomada sob a égide da ordem constitucional anterior.

Desde então, o STJ, que naturalmente herdou a jurisprudência do extinto TFR, passou a aplicar o entendimento firmado na Súmula nº 258-TFR indistintamente, sem qualquer exame aprofundado e, muito menos, sobre a constitucionalidade da espúria inclusão. Limitando-se ao âmbito infraconstitucional, o STJ durante todo esse tempo jamais analisou a questão sob o ponto de vista constitucional.

Talvez uma justificativa para isso tenha sido o fato de a discussão ter sido submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo. Essa é a terceira linha de raciocínio. Em 24.07.1999, o RE 240.785, que versou sobre a questão jurídica sob o prisma constitucional no âmbito do STF, foi submetido ao Pleno. Iniciou o seu julgamento ainda naquele ano. Todavia, em razão de sequenciais pedidos de vistas, tal julgamento somente foi concluído em 08.10.2014. Na ocasião, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, o ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso extraordinário. Foram vencidos os ministros Eros Grau e Gilmar Mendes.

Eis a ementa do acórdão:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a tributo de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento (STF – Pleno – RE 240.785, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.10.2014, DJe 16.12.2014).

Em razão do recesso, o trânsito em julgado ocorreu em 23.02.2015. Constatase, por conseguinte, que o foco central que foi objeto de exame pelo STF girou em torno dos aspectos constitucionais da questão jurídica, por exemplo, o conceito de faturamento. Além de analisar a questão da interpretação *a contrario sensu* que pretendeu o Fisco fazer prevalecer em confronto com o conceito constitucional de faturamento, previsto no atual art. 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, é possível acrescentar a violação de outros preceitos ali contidos. A título meramente exemplificativo, ofende a(o): princípio da imunidade recíproca, previsto no artigo 150, inciso VI, alínea “a”; o princípio da capacidade contributiva, consagrado no art. 145, § 1º; o princípio federativo, estabelecido no artigo 60, § 4º, inciso I; os princípios da equidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, decorrentes explícita e implicitamente do artigo 194, inciso V; o princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, inciso II e § 2º, I, bem como no art. 158, inciso IV; e princípio da seletividade, consagrado no art. 155, § 2º, inciso III. Em razão do reconhecimento da violação à luz do conceito constitucional de faturamento, previsto no atual art. 195, inciso I, alínea “b”, pouco importou a análise das demais máculas.

Uma vez que o RE 240.785 foi interposto anteriormente à necessidade de apresentar a repercussão geral da questão constitucional controvertida, o julgamento de tal recurso evidentemente não se deu sob o regime da repercussão geral. E nem seria necessário. Isso porque, quando foi julgado, já tinha sido reconhecida a repercussão geral da matéria/do tema nos autos do RE 574.706, conforme decisão assim ementada:

Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785” (STF – Pleno Virtual, RE 574.706-RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.08.2008, DJe 16.05.2008).

Paralelo a isso, em 10.10.2007 o então AGU, hoje ministro Dias Toffoli, ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 18, que teve no ano seguinte a sua medida cautelar deferida para suspender o julgamento dos demais casos semelhantes.

Em decorrência do permanente deslocamento da matéria do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal, surgiu e cresceu no âmbito dos cinco Tribunais Regionais Federais e juízes federais vinculados a compreensão de que o tema tinha índole constitucional, restando claramente superado o entendimento sumulado do STJ. A razão para isso foi o resultado parcial alcançado no RE 240.785 em 2006, quando contabilizou sete votos prolatados, sendo seis favoráveis à tese jurídica da empresa contribuinte e apenas um favorável ao Fisco.

Desse modo, uma vez finalizado o julgamento do RE 240.785, que demorou quinze anos para ser concluído, restou firmado o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Tal entendimento, como esperado, foi reafirmado nos autos do RE 574.706 pelo STF, em absoluta coerência e racionalidade de seus trabalhos, inclusive da prestação jurisdicional entregue ao jurisdicionado, gerando segurança jurídica sobretudo aos contribuintes.

Recentemente, tem-se verificado que até mesmo o STJ finalmente se curvou ao entendimento pacífico do STF (desde o advento da Constituição de 1988, e reiterado no RE 574.706). Nesse sentido, cabe registrar o seguinte trecho de ementa:

Tributário. Agravo interno no recurso especial. O ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. Manutenção das Súmulas 68 e 94 do STJ. REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ ac. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 2.12.2016, julgado sob o rito do art.543-Cdo CPC.

Recente posicionamento do STF em repercussão geral (RE 574.706/PR) em sentido contrário, um agravo interno da empresa para negar seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, afirmou que:

Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora a Ministra Cármen Lúcia,entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social (STJ – 1ª Turma, REsp. 1.536.341-AgInt., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04.04.2017; STJ – 1ª Turma, REsp. 1.536.378-AgInt., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04.04.2017; STJ – 1ª Turma, REsp. 1.547.701-AgInt., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04.04.2017, todos unânimes e pendentes de publicação).

Agora sim, finalmente, com a confluência da jurisprudência dos tribunais superiores, encabeçado pelo STF e seguido pelo STJ, a necessária pacificação social entre os contribuintes e o Fisco em torno dessa tormentosa questão começa a se pacificar. **C**



**FÁBIO MARTINS DE ANDRADE** é advogado e Doutor em Direito Público pela UERJ.

# A reparação do dano na fase de execução penal

■ POR LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

**“A progressão de regime prisional é um direito do condenado, de modo que, preenchidos os requisitos de tempo de cumprimento de pena e de bom comportamento, a reparação do dano imposta pela sentença deve ser paga, desde que o condenado tenha condições para tal.”**

**A** importante fase da execução penal tem início com o cumprimento da pena imposta ao final do processo penal. Todavia, admite-se também a execução penal provisória para aqueles que, presos preventivamente, já tenham cumprido tempo de prisão cautelar que lhes assegure o direito à progressão de regime.

Esta fase processual nunca recebeu a atenção necessária dos juristas e legisladores, e talvez isto se deva à situação de pobreza que se encontra a quase totalidade



da massa carcerária brasileira, refletindo num mercado de trabalho pouco atrativo economicamente.

Tamanho descaso com a execução penal e com o próprio sistema prisional tem consequências jurídicas e fáticas que refletem em toda a sociedade.

Com o advento da operação Lava Jato, réus de elevado poder aquisitivo passaram a ser remetidos aos cárceres, quer por decretação de custódias cautelares (frequentemente prisões preventivas), quer por decisões condenatórias que, embora não definitivas, levaram à instauração de execuções provisórias das penas perante as Varas de Execuções Criminais.

Diante deste fato, o mercado alterou-se de modo a atrair profissionais do Direito para esta área, até então exercida quase que exclusivamente pelos defensores públicos e advogados nomeados para defesa de réus pobres.

A matéria que contempla a fase de execução penal é bem ampla e complexa, reclamando do profissional do Direito o conhecimento específico de institutos jurídicos só existentes nesta fase.

Uma questão bastante tormentosa reside na obrigatoriedade da reparação do dano – quando imposta pela sentença penal – para que o sentenciado possa progredir de regime, passando de um regime de cumprimento de pena mais grave, para um regime menos severo.

Pela lei brasileira, além do preenchimento das condições objetivas (tempo de cumprimento de pena) e das condições subjetivas (bom comportamento carcerário), exige-se para se conceder a referida progressão – quando imposto pela sentença – que a reparação do dano seja cumprida.

Neste ponto, apresentam-se alguns problemas, pois o sentenciado poderá não ter condições financeiras para realizar tal reparação e esse fato não poderá impedir que a progressão lhe seja concedida.

Isto porque, no Brasil, não se admite manter alguém preso somente por a pessoa não possuir recursos financeiros. Da mesma forma, não se pode admitir a manutenção de alguém em regime mais gravoso somente porque não tem suficiente dinheiro para pagar o valor a ele imposto para a reparação do dano.

A impossibilidade de reparação do dano pode se dar pela constrição do patrimônio do sentenciado (penhora, arresto, etc.), podendo também se verificar tal impossibilidade, quando o valor da reparação é superior à totalidade do patrimônio do condenado. Nestes casos, a progressão não pode ser vedada.

Mesmo em sede de execução penal provisória existe uma tendência de não se admitir a execução somente de parte da pena (exige-se o cumprimento da pena na sua inteireza), obrigando, também neste caso, a reparação do dano, salvo quando esta for impossível, como nos exemplos indicados anteriormente.

Explico. Se a reparação não pode ser realizada por causa de bloqueios patrimoniais judiciais, ou ainda se o patrimônio total do sentenciado não alcançar o valor a ser reparado, e isto for devidamente provado, não se poderia impedir a progressão de regime, quando presente os demais requisitos.

Nesta situação, há que se conceder a progressão de regime, porquanto o cumprimento da reparação do dano só não ocorreu por condições alheias à vontade do sentenciado, que se encontra insolvente.

Por fim, tomemos o exemplo da fiança, a qual não pode ser fixada em valor elevado, tornando-a impagável, pois, dessa forma inviabilizaria a liberdade do preso pelo fato deste não dispor de condições financeiras, mantendo-o encarcerado. Da mesma forma deve ser enfrentada a questão da reparação do dano, que deve se adequar às condições financeiras do sentenciado, não devendo a sua insolvência tornar-se óbice para a progressão de regime prisional.

Resta lembrar, por derradeiro, que os valores impostos na sentença, a título de reparação de danos, representam dívida de valor, para as quais o Estado dispõe de mecanismos de cobrança. Assim, o encarceramento jamais deve ser utilizado para obrigar tal pagamento.

A progressão de regime prisional é um direito do condenado, de modo que, preenchidos os requisitos de tempo de cumprimento de pena e de bom comportamento, a reparação do dano imposta pela sentença deve ser paga, desde que o condenado tenha condições para tal.

Caso essa condição de pagamento inexistir, mesmo assim, a progressão deve ser concedida, pois, se negada, estaríamos diante de uma prisão por dívida, o que é proibido no ordenamento jurídico do Brasil. **■**



ARQUIVO PESSOAL

**LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO** é advogado criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, foi Presidente da OAB/SP por três gestões, conselheiro federal da OAB, presidente de honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM e professor *honoris causa* da Faculdade de Direito da FMU.

A photograph showing a group of business professionals in light blue shirts and ties, sitting around a table. They are looking at various financial documents, including bar charts and pie charts. There are calculators, pens, and a laptop keyboard visible on the table. The scene is brightly lit, suggesting a professional office environment.

## Seria a recuperação judicial a solução para todas as empresas em dificuldade financeira?

■ POR ANA CAROLINA GUIMARÃES NOGUEIRA

**E**m tempos de crise como a que atualmente vivenciamos várias empresas em dificuldade financeira buscam o soerguimento pelo procedimento de recuperação judicial. Todavia, a maioria destas empresas, após o ajuizamento da ação, acabam não conseguindo se soerguer e, conseqüentemente, tem sua falência decretada no curso do processo.

Nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial tem por objetivo tornar viável a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O referido dispositivo legal é um verdadeiro princípio norteador do processo de recuperação judicial, pois alcança o seu objetivo fundamental, qual seja, a manutenção da atividade empresarial. Dessa maneira, será possível satisfazer os interesses dos credores e demais interessados.

Contudo, alguns dos dispositivos legais da Lei nº 11.101/2005 não coadunam com as diretrizes do artigo 47, motivo pelo qual se torna ainda mais importante a empresa em dificuldade financeira estar amparada por uma equipe técnica especializada em recuperação judicial, considerando a preocupação que têm em salvar o dinheiro investido pelas instituições financeiras, fator que torna quase impossível a recuperação de uma empresa em crise.

**“A empresa deve se ocupar em apresentar uma alternativa efetiva para a solução da crise, conhecendo os instrumentos jurídicos e financeiros para a boa condução e acompanhamento do processo de recuperação judicial até o seu encerramento, para que de fato consiga o seu soerguimento com a mudança de paradigma na sua gestão.”**

Todos os bens garantidos nos contratos bancários por meio de alienação fiduciária não estarão protegidos pela recuperação judicial, já que é permitida a expropriação de tais bens, que podem ser indispensáveis para a atividade da empresa.

Lado outro, a Lei nº 11.101/2005 privilegia, ainda, o crédito fiscal, uma vez que, além de não submetê-lo aos seus efeitos, exige a apresentação, pelo devedor, de certidão negativa de tributos para que a recuperação judicial seja concedida.

Nota-se, portanto, que os privilégios concedidos ao capital financeiro e ao Fisco acabam por inviabilizar a recuperação das empresas em dificuldade financeira, já que as dívidas bancárias e fiscais são responsáveis, na maioria dos casos, pela crise instalada.

Logo, é de suma importância que antes de se decidir pelo procedimento de recuperação judicial seja realizada uma análise da empresa juntamente com uma equipe especializada e conhecedora das nuances que envolvem tal processo.

Em muitos casos, uma análise superficial e equivocada acaba levando uma empresa em crise ao processo de recuperação judicial sem que ela tenha condições de suportar os seus efeitos, a uma, porque a maior parte de seu crédito pode

ser bancário com garantia de alienação fiduciária ou tributária e, a duas porque a empresa pode necessitar da confiança do seu consumidor para vender o seu produto – empresa de turismo, construtora predial –, e uma vez ajuizada a ação, além de tornar pública a dificuldade financeira enfrentada, sempre existirá o receio sobre uma possível decretação de falência.

Feita a análise e tomada a decisão pelo ajuizamento da ação de recuperação judicial, o empresário deverá adotar as medidas necessárias para o soerguimento da empresa, que pode incluir redução de custos e ajustes na atividade. Além disso, certamente terá que enfrentar maiores restrições creditícias e, algumas vezes, negativa de fornecimento de insumos e mercadorias. Entretanto, após o deferimento do processamento da recuperação judicial a empresa terá um “refresco” de 180 dias com a suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor.

Assim, as empresas devem estar preparadas para lidar com a complexidade do processo, principalmente com as negociações para se aprovar o plano de recuperação judicial em assembleia geral de credores que, nos termos da Lei nº 11.101/2005, são todos aqueles que possuem crédito na data do ajuizamento da ação, mesmo que ainda não vencido, observando-se, é claro, as exceções da própria lei.

Rejeitado o plano em assembleia, a recuperação judicial será convolada em falência. Aprovado, o juiz da causa homologará tal plano e, cumprindo o devedor com as exigências da lei, concederá a ele a recuperação judicial.

Proferida tal decisão, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que cumpra todas as obrigações previstas no plano, caso contrário será decretada a sua falência.

Observa-se, assim, que a empresa deve se ocupar em apresentar uma alternativa efetiva para a solução da crise, conhecendo os instrumentos jurídicos e financeiros para a boa condução e acompanhamento do processo de recuperação judicial até o seu encerramento, para que de fato consiga o seu soerguimento com a mudança de paradigma na sua gestão.

Dessa forma, antes do ajuizamento de tal “benesse legal”, é necessário que a empresa em dificuldade, além de estar amparada por um corpo técnico especializado – advogado, economista e administrador –, avalie o impacto da recuperação judicial para seu negócio, verifique se as suas dívidas em relação aos termos da Lei nº 11.101/2005 se submetem ao procedimento e se é economicamente viável a tentativa de soerguimento pela recuperação judicial, considerando o alto custo do processo. 

## REFERÊNCIAS

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação Judicial e Falências Comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



**ANA CAROLINA GUIMARÃES NOGUEIRA** é Pós-graduada em Direito Processual e membro da equipe da Moura Tavares, Figueiredo, Moreira e Campos Advogados.



# Sucessão empresarial de empresas familiares

■ POR RENAN BOCCACIO

**A**s empresas familiares têm um papel relevante na economia e no desenvolvimento da sociedade brasileira, já que mais de 80% das empresas nacionais são familiares ou, ao menos, iniciaram as suas atividades nessa modalidade. Além disso, essas empresas representam cerca de 65% do PIB e 75% da força de trabalho. Entretanto, pesquisas apontam que elas não têm longevidade, visto que de cada 100 empresas familiares, apenas 30% sobrevivem à sucessão da primeira geração e 5% chegam à terceira geração de diretores<sup>1</sup>, fator que acarretou a criação do jargão popular “pai rico, filho nobre, neto pobre”.



**“Existem ferramentas do Direito Societário e técnicas de boa gestão que, se utilizadas de maneira preventiva e personalizada, servirão para ultrapassar as dificuldades da empresa familiar e trarão melhores resultados durante o “processo sucessório”, permitindo a preservação e o desenvolvimento da empresa e, conseqüentemente, do patrimônio familiar.”**

Esses estudos apontam que as principais razões que levam as empresas familiares a se dissolverem são: (i) os sócios/familiares não visualizarem a sucessão como um processo; (ii) esquecerem de que os diretores fundadores não se perpetuarão na empresa; (iii) ausência de profissionalização; (iv) falta de capacitação dos herdeiros na linha sucessória; (v) centralização das decisões por parte do fundador; (vi) visão de mercado distinta entre fundador e sucessor; e (vi) inexistência de documentos societários e de planos que prevejam a sucessão.

Em relação a essas problemáticas, é mister destacar que o Direito Societário e a gestão empresarial têm instrumentos eficientes para auxiliar e mitigar os riscos e problemas do “processo” de sucessão dos administradores, fato que acarretará a diminuição dos custos transacionais e auxiliará a empresa a ultrapassar essa etapa.

#### **DEFINIÇÃO DE EMPRESA FAMILIAR**

Na doutrina há diversos conceitos e definições sobre qual deve ser considerada uma empresa familiar, tendo a primeira conceituação surgida com Robert G. Donnelley, em 1964, o qual compreendeu que a empresa deve ser considerada familiar “quando por, pelo menos, duas gerações ela esteja fortemente identificada a uma família e esse vínculo influencia mutuamente as políticas da empresa, os objetivos e os interesses da família” (TILLMANN; GRZYBOVSKI,

2005). Nessa mesma linha, contudo sem ingressar na questão de tempo ou necessidade de ultrapassar pela primeira sucessão empresarial, Lodi (1987) destacou que empresa familiar é:

Aquela [empresa] em que a consideração da sucessão da diretoria está ligada ao fator hereditário e onde os valores institucionais da firma identificam-se com um sobrenome da família ou com a figura do fundador.

O mesmo autor comentou que há necessidade de os familiares estarem presentes na direção, terem um vínculo de propriedade com a empresa, ou seja, serem identificados com a instituição empresarial e, quando da sucessão, observarem, primeiramente, o fator hereditário, mas não exclusivamente.

Atualmente, a conceituação de Moreira Júnior e Bortoli Neto (1999) alcança com maior precisão a realidade das empresas familiares, visto que as conceituam como:

Organização em que tanto a gestão administrativa quanto a propriedade são controladas, na sua maior parte, por uma ou mais famílias, e dois ou mais membros dessas participam da força de trabalho, principalmente os integrantes da diretoria.

Nessa linha de raciocínio, a classificação é decorrente do poder de controle, ou seja, das ações estarem nas mãos de uma ou duas famílias. A título de curiosidade, há diversos casos de empresas familiares famosas no mercado, tais como Odebrecht, Itaú Unibanco Banco Múltiplo AS, Metalúrgica Gerdau, entre outras.

## **FERRAMENTAS DE DIREITO SOCIETÁRIO E GESTÃO**

O momento de transição sempre é marcado com grande preocupação e tensão dentro das empresas familiares, tanto pela diretoria (fundadores e sucessores) quanto pelos colaboradores, haja vista que é o rumo da empresa que está em jogo. Contudo, essa preocupação pode ser superada se os fundadores começarem a visualizar a transferência de gestão ou de administrador como um “processo de sucessão” e não como um “ato” singular, fato que ocorre principalmente nas empresas de médio e pequeno portes.

Quando o fundador/diretor visualiza essa sucessão como um “processo”, a organização cria a consciência de que a administração deve ser profissionalizada, permitindo a elaboração de estratégias de sucessão, as quais possibilitarão que a transferência ocorra de maneiras gradativa e premeditada. Em razão disso, são elaborados manuais de transferência e documentos societários que auxiliam a gestão e reduzem os conflitos, consequentemente os custos transacionais.

Os instrumentos de Direito Societário, tais como contrato social, acordo de sócios e desenvolvimento formal de um planejamento sucessório, se realmente incorporados pela cultura da empresa são capazes de auxiliar os gestores/diretores a ultrapassar as dificuldades, visto que poderão premeditar e planejar um “processo de sucessão” distinto da visão tradicional, o que facilitará na preparação e capacitação do herdeiro ou sucessor, já que haverá a criação de requisitos mínimos para um herdeiro ingressar na linha sucessória da diretoria. Pode ser criado um programa de capacitação/conhecimento da empresa, no qual os sucessores interessados em conhecer todas as funções da empresa precisarão se submeter a um rodízio de funções (*job rotation*).

Outro exemplo interessante é a possibilidade de instituir uma sucessão temporária monitorada ou em conjunto, medida que fará com que os novos gestores e os antigos estejam na diretoria da empresa por tempo determinado, ao mesmo tempo. Assim, os novos gestores poderão assessorar uns aos outros e receber conselhos diariamente dos antigos gestores. Ademais, quando ocorrer um fato superveniente e complexo para a nova gestão os antigos gestores poderão retomar a frente dos negócios, mas sempre por um espaço curto de tempo e em conjunto com os novos gestores.

É importante salientar que se essas formas de “processo sucessório” estiverem devidamente formalizadas e planejadas em documentos societários firmados por todos os gestores haverá a obrigatoriedade de cumprimento do procedimento, sob pena de os gestores responderem pessoalmente pelo inadimplemento e por perdas pelos sócios minoritários.

No tocante aos documentos societários (contrato social e acordos de sócios), é mister destacar que esses instrumentos servem para regular a relação intersócios e institucional da empresa. Dessa forma, para que os conflitos sejam reduzidos, eles devem ser elaborados de modo a regular as particularidades de cada empresa familiar a fim de reduzir os atritos que ali estarão dispostos.

No tocante à sucessão empresarial, o contrato social pode prever a criação de alicerces de suplementar o trabalho do administrado a fim de evitar conflitos, por exemplo, com a criação de um conselho consultivo ou outro órgão auxiliar do administrador, mesmo que temporário e somente para o “processo de sucessão”. Outro exemplo normalmente utilizado é instituir cláusula que permita a substituição de forma célere e eficaz do administrador, fato que tornará o ato menos traumático e trará resultados mais eficientes (MAMEDE; MAMEDE, 2014).

No tocante aos acordos entre sócios, tendo em vista que estes buscam regular as relações, abre-se grandes oportunidades para que, em conjunto com o planejamento sucessório, os sócios fundadores delimitem requisitos de experiência profissional para o sucessor interessado, tais como: (i) falar mais de um idioma; (ii) experiência em outras empresas; (iii) aprovação no processo sucessório etc.

Além dessas cláusulas, com a intenção de evitar que os conflitos da relação societária prejudiquem o andamento da empresa, tanto no contrato social quanto no acordo entre sócios é possível instituir cláusulas de mediação de conflitos, a qual tornará obrigatório que todos os problemas da relação (brigas de sócios, dúvidas sobre distribuição de lucros, posições de cargos na empresa) deverão ser mediados por uma câmara especializada ou uma consultoria (*family office*), os quais auxiliarão na resolução do caso, sem precisar ingressar no Poder Judiciário ou buscar arbitragem.

Além dessas ferramentas, as empresas podem elaborar códigos de ética familiar, documento que auxiliará na harmonização e que deverá interagir e envolver diretamente as relações dos sócios e herdeiros. Geralmente, nas empresas familiares o problema mais complicado é lidar com os egos sem interferir diretamente nas relações. Assim, a ética é praticamente a base de tudo, sendo que a elaboração de um código pode auxiliar na gestão e na perpetuação das relações.

Uma forma mais avançada de gestão a criação de holding – uma forma de gestão de empresa familiar complexa, já que cada uma tem suas peculiaridades e necessidades específicas –, na qual os familiares montam uma empresa holding

que será sócia da empresa familiar por meio de quotas ou ações em seu capital social, de uma forma que possa controlá-la. Destaca-se, que todas as alternativas societárias e de gestão anteriormente ilustradas podem ser adaptadas nas duas empresas (holding e empresa que gera o lucro), sendo que o ponto mais relevante desse tipo de gestão é que todas as “picuinhas familiares”, em regra, serão retiradas das discussões nas assembleias da empresa que gera o lucro e serão transferidas para as assembleias da empresa holding, fato que permite um desenvolvimento mais salutar da empresa que gera o lucro.

Por fim, caso nenhum herdeiro tenha interesse em dar continuidade a empresa, os sócios podem instituir uma gestão terceirizada, na qual serão contratados gestores estranhos à família, ou seja, profissionais do mercado. Concomitante com essa escolha, é muito relevante que sejam criados mecanismos de controle e remuneração que busquem quantificar a eficiência das decisões dos gestores, para que tanto a empresa se perpetue quanto os colaboradores continuem motivados para desenvolver as atividades da empresa. Caso a escolha dos sócios/gestores optem por quantificar a eficiência das decisões, a criação de uma empresa holding para buscar maior segurança do patrimônio seria interessante.

## CONCLUSÃO

As estatísticas demonstram que os problemas de sucessão dos diretores/fundadores é um dos maiores causadores do desaparecimento das empresas familiares, haja vista que a maioria das empresas visualizam tal fato de maneira equivocada e, principalmente, porque estão despreparadas e não se preocupam com o “processo sucessório” de maneira premeditada.

Contudo, existem ferramentas do Direito Societário e técnicas de boa gestão que, se utilizadas de maneira preventiva e personalizada, servirão para ultrapassar as dificuldades da empresa familiar e trarão melhores resultados durante o “processo sucessório”, permitindo a preservação e o desenvolvimento da empresa e, conseqüentemente, do patrimônio familiar. 

## NOTA

- 1 Disponível em: <http://vanzolini.org.br/noticia/95-das-empresas-familiares-sao-extintas-no-processo-de-sucessao-segunda-ou-terceira-geracao/>. Acesso em: 11 jul. 2017.

## REFERÊNCIAS

- LODI, João Boscoli. *A Empresa Familiar*. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1987.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Costa. *Empresas familiares: o papel do advogado na administração, sucessão e prevenção de conflitos entre os sócios*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2014.
- MOREIRA JÚNIOR, Armando Lourenzo; BORTOLI NETO, Adelino de. *Programas de profissionalização e sucessão: um estudo em empresas familiares de pequeno porte de São Paulo*, São Paulo, 1999.
- TILLMANN, Cátia; GRZYBOVSKI, Denise. *Sucessão de dirigentes na empresa familiar: estratégias observadas na família empresária*. Organ. Soc., Salvador, v. 12, n. 32, p. 45-61, Mar. 2005.



**RENAN BOCCACIO** é advogado, sócio fundador do escritório Boccacio & Moreno Advogados Associados, especialista em Direito dos Negócios e Gestão e Redação de Contratos Empresarias pela UNISINOS, aluno ouvinte do Mestrado da UFRGS.



# Despesas com juros sobre o capital próprio apropriadas retroativamente

■ POR PEDRO RAPOSO JAGUARIBE

## HISTÓRICO DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

O instituto de remuneração de sócios ou acionistas mediante o pagamento de juros sobre o capital próprio está previsto no nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1940, quando a antiga Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-Lei nº 2.627/1940, artigo 129, parágrafo 1º, alínea “e”) já previa os juros pagos aos acionistas, assim como a determinação do limite da taxa destes na ordem de 6% ao ano.

Todavia, foi a partir do Projeto de Lei nº 913/1995, assinado pelo então ministro Pedro Malan, que deu origem à Lei 9.249/1995, que, em seu artigo 9º, instituiu o JCP nos moldes em que se conhece hoje, *verbis*:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação *pro rata die*, da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

I – antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II – tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, os juros de que trata este artigo serão adicionados à base de cálculo de incidência do adicional previsto no § 1º do art. 3º.

§ 5º No caso de beneficiário sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o imposto poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 6º No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2º poderá ainda ser compensado com o retido na ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 8º Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado o valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos da pessoa jurídica, exceto se esta for adicionada na determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

Vale lembrar que a lei extinguiu a correção monetária de balanço. Contudo, com a criação do Plano Real, os elevados índices de inflação foram contidos, não havendo mais necessidade para a manutenção da correção monetária dos balanços.

Dessa forma, a criação do instituto do JCP objetivou incrementar as aplicações produtivas nas empresas brasileiras, equiparando a tributação dos diversos tipos de investimento em capital e a adoção de política tributária moderna e compatível com aquela praticada pelos demais países emergentes.

A introdução do JCP no bojo da reforma econômico-tributária visou não só tornar vantajoso os investimentos realizados pelos sócios nas empresas, de forma a não desvalorizar o investimento em capital, mas também priorizar os investimentos efetuados a títulos de mútuos. Assim, permitiu-se a dedutibilidade dos pagamentos efetuados até o limite da TJLP.

Com o advento da Medida Provisória nº 1.921/1999, a TJLP passou a ser calculada a partir da meta da inflação, na modalidade *pro rata* para doze meses seguintes ao primeiro mês de vigência da taxa.

Assim, o instituto JCP foi criado para incentivar os investidores nacional e estrangeiro a investirem no país, remunerando-os não só pelo seu capital investido, mas também com a aplicação da taxa TJLP, garantindo que o investimento não fosse corroído pela inflação.

## **NATUREZA JURÍDICA DO JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO**

No decorrer dos anos, o dispositivo legal acima mencionado sofreu diversas modificações, sendo a última realizada mediante à conversão da Medida Provisória

**“O presente artigo objetiva esclarecer pontos importantes dos principais aspectos legais relacionados à possibilidade de dedução da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) das despesas com juros sobre o capital próprio (JCP) referentes à variação da taxa de juros de longo prazo (TJLP) até a data da efetiva deliberação do pagamento. Por se tratar de controvérsia na esfera administrativa e longe de ser asentada pelo Judiciário faz-se necessário uma breve análise do instituto da remuneração dos juros sobre o capital próprio (JCP) prevista no art. 9º, *caput* da Lei nº 9.249/1995.”**

nº 627/2013 na Lei nº 12.973/2014, responsável, dentre outras, pela revogação do regime tributário de transição (RTT), trazendo diversas adaptações à nova estrutura contábil de contas de capital, o que resultou na atual redação vigente do dispositivo em análise:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação *pro rata die*, da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

I – antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II – tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;

§ 5º No caso de beneficiário sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o imposto poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 6º No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2º poderá ainda ser compensado com o retido na ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 8º Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, serão consideradas exclusivamente as seguintes contas do patrimônio líquido:

I – capital social;

II – reservas de capital;

- III – reservas de lucros;
- IV – ações em tesouraria; e
- V – prejuízos acumulados.

§ 11. O disposto neste artigo aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

§ 12. Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, a conta capital social, prevista no inciso I do § 8º deste artigo, inclui todas as espécies de ações previstas no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que classificadas em contas de passivo na escrituração comercial.

Nesse sentido, a Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa SRF nº 11, de 21 de fevereiro de 1996, em seus artigos 29 a 31, regulamentou o tratamento tributário do pagamento dos juros sobre o capital próprio, determinando que o JCP pago ou creditado deve ser registrado em conta de despesa financeira.

De outro lado, no que tange aos aspectos societários, a Comissão de Valores Monetários, em 13 de dezembro de 1996, dispôs, por meio da deliberação CVM nº 207, sobre a forma de contabilização dos juros para as sociedades anônimas de capital aberto, determinando que os juros pagos ou creditados deveriam ser computados diretamente à conta de lucros acumulados, sem afetação do resultado do exercício.

Notamos uma certa incompatibilidade com esses dois regramentos, o que gerou intensos debates doutrinários sobre a real natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio. De um lado, a IN SRF nº 11/1996 determinava o registro do JCP em conta de despesa financeira e, ao seu turno, a orientação da Deliberação CVM nº 207 era no sentido de que os juros pagos deveriam ser computados à conta de lucros acumulados, sem afetar o resultado do exercício.

Com o passar do tempo e com a mudança do padrão contábil efetuado por meio da Lei nº 11.638/2007, surgiu a necessidade de adequação da legislação fiscal ao novo regramento. Dessa forma, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), por meio da interpretação técnica ICPC 08 (R1) determinou que o tratamento contábil do JCP deveria ser o mesmo concedido aos dividendos obrigatórios. Assim, a Instrução Normativa RFB nº 1.515/2014 determinou que a dedução contábil dos JCP não mais seria vinculada à necessidade de registro em contrapartida de despesa, permitindo sua exclusão diretamente na Parte A do LALUR.

Nesse aspecto, ao analisar o art. 9º da Lei nº 9.249/1995 e as normas aplicáveis, podemos concluir que os juros sobre o capital próprio possuem natureza jurídica híbrida. Ou seja, não obstante o valor do JCP pago poder ser descontado dos dividendos obrigatórios, sua natureza não pode ser equiparada a estes.

Isso porque o dispositivo legal determina que sejam observadas condições de ordem societária ao dispor que o pagamento só poderá ser efetuado se existir “lucros computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior a duas vezes os juros a serem pagos ou creditados” e fiscal, quando determina como condição para dedução do lucro real a observância do limite da taxa TJLP.

## **ASPECTOS CONTÁBEIS RELATIVOS AO REGISTRO DA DESPESA**

A controvérsia relativa a dedutibilidade das despesas financeiras geradas pelo pagamento do JCP ainda está longe de ser pacificada. Em regra, a celeuma gira em torno da observância, ou não, do regime de competência. Ou seja, a despesa é considerada incorrida no momento da deliberação em assembleia ou no ano do crédito ou pagamento do JCP.

Alguns entendem que os juros sobre o capital próprio são dedutíveis, ainda que não ocorra a contabilização destes no período base correspondente, desde que sejam escriturados como exclusão no LALUR e contabilizados no período base seguinte como ajuste de exercício anterior.

Ocorre que esse entendimento, por mais engenhoso que seja, não faz nascer a figura da despesa incorrida. Em outras palavras, a contabilização no período base correspondente é condição para dedutibilidade dos JCP e, por se tratar de uma opção do contribuinte, sem que esta exista, não há despesa incorrida.

Também existe o entendimento, por parte das autoridades fazendárias, de que, se não houver a deliberação do pagamento dos juros, a empresa estaria renunciando o seu direito e, em razão disso, não poderia imputar a exercícios passados os efeitos de uma deliberação societária presente.

Entendemos que essa linha de raciocínio carece de razão ao afirmar que os juros que não foram pagos em determinado exercício já encerrado configuraria uma renúncia dos sócios da dedutibilidade prevista em lei.

Isso porque a legislação de regência determina que a observância do regime de competência não é determinada pelo critério de apuração, mas sim pelo pagamento ou crédito ao sócio ou acionista, decorrente da deliberação expressa em assembleia.

Nesse sentido, entendemos que o princípio da competência é cumprido no momento em que a despesa com o JCP é deliberada aos sócios ou acionistas sobre o pagamento ou crédito destes juros, ainda que o capital remunerado tome como base períodos pretéritos, desde que respeitados os limites previstos na lei na data da deliberação.

Assim, nada obsta a distribuição acumulada do JCP, desde que provada, ano a ano, ter esse sido passível de distribuição (ANDRADE FILHO, 2013, p. 128).

Considerando que o pagamento de JCP é uma faculdade conferida às pessoas jurídicas e que depende de deliberação dos seus respectivos sócios ou acionistas, o registro dos juros no passivo somente pode ocorrer quando este for caracterizado como uma obrigação.

Ou seja, a obrigação de pagar ou creditar os juros sobre o capital próprio somente existirá quando houver a deliberação pelo seu pagamento. Sem essa deliberação não existe obrigação assumida, mas sim mera expectativa de direito.

Dessa forma, não assiste razão para a assertiva de que o registro contábil da variação da taxa TJLP referente a períodos pretéritos deve ser contabilizada em cada ano, pois se não houve deliberação nestes anos, não existe obrigação.

A grande celeuma acerca da violação do princípio da competência, no nosso ponto de vista, refere-se à uma confusão entre a regra contábil (regime de competência) e fiscal (variação da taxa TJLP).

A observância da regra contábil diz respeito ao momento contábil em que deve ser contabilizada a despesa, que, como já explicitado, é o momento da deliberação do pagamento.

No que concerne à regra fiscal, a variação da taxa TJLP para fins de dedutibilidade que deve ser aplicada é aquela referente ao período em que o patrimônio líquido ainda não tiver sido remunerado, permitindo que o investidor seja compensado pela extinção da correção do balanço e, por conseguinte, que o investimento não seja corroído pela inflação.

O objetivo da criação do art. 9º da Lei nº 9.249/1995 foi, dentre outras, motivar o investidor no capital de longo prazo, já que limitar a dedutibilidade seria um desestímulo ao investimento em virtude de o capital investido não ser atrativo, considerando a possibilidade de o investidor optar pelo investimento em empréstimos, cuja dedutibilidade não encontra qualquer limitação.

O argumento de que a ausência de deliberação societária configura uma renúncia à dedução dos JCP também não merece amparo, porque o exercício da atividade empresarial é livre, sendo plenamente possível que os sócios ou acionistas deliberem pelo pagamento dos juros em um exercício em que as condições sejam favoráveis para tanto.

Em outras palavras, se em determinado exercício não for possível o pagamento dos JCP, seja por motivos de insuficiência de caixa, lucros acumulados ou lucros do exercício, seja para atender às metas de investimento da empresa, não há que se falar em renúncia à dedução de despesa se esta já tiver sido reconhecida.

Ou seja, no momento adequado para o reconhecimento da despesa contábil os juros sobre o capital próprio podem ser deduzidos retroativamente, desde que se respeite a variação da TJLP.

## CONCLUSÃO

Considerando que o instituto dos juros sobre o capital próprio foi criado para se adequar à realidade econômica do país após o Plano Real, objetivando melhorar a tributação dos diversos tipos de investimento em capital para adotar uma política tributária moderna e compatível com os demais países emergentes, entendemos que a limitação do período de variação da TJLP configura um desestímulo ao investimento de longo prazo, tendo em vista as outras formas de investimento disponíveis no mercado.

Ademais, a aplicação da taxa TJLP calculada com base na meta da inflação indica que o JCP visa, além de remunerar o capital investido, evitar que o investimento realizado seja desvalorizado pela inflação, conforme demonstrado pelas medidas instituídas no próprio diploma legal, como a da extinção da correção monetária de balanço.

Assim, conquanto a obrigação legal de pagamento do JCP surge apenas no momento da ocorrência da deliberação dos sócios ou acionistas e o registro contábil de um passivo e de sua respectiva despesa exigem a existência de uma obrigação, o exercício contábil para o registro da despesa é naquele em que houve a deliberação do seu pagamento.

Dessa forma, não pode prevalecer a visão de que a falta de deliberação do pagamento do JCP em determinado exercício importa em renúncia ao direito de dedutibilidade da despesa, por não se tratar de um benefício, mas sim de uma norma de apuração do tributo. Ademais, cabe ratificar que a Lei nº 9.249/1995, em seu artigo 9º, e a IN SRF nº 11/1996, não limitam a variação da taxa TJLP apenas no ano de deliberação do pagamento.

Por fim, com base nos fundamentos alinhados no presente trabalho, entendemos que a dedução retroativa dos juros sobre o capital próprio pode ser realizada, desde que observadas as regras da variação da TJLP, limitado à metade dos lucros acumulados e reservas de lucros apurados. 

## REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*; 38. ed. São Paulo: IR., 2013.



ARQUIVO PESSOAL

**PEDRO RAPOSO JAGUARIBE** é especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; LL.M (Masters of Law) pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC; membro conselheiro da Comissão de Assuntos Tributários da OAB/DF; ex-membro do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário da Universidade de Brasília – UnB; advogado.

*Morvan Meirelles*



## A regularidade fiscal pode garantir seu sono e seu bolso

**U**m recente estudo elaborado pela FGV-SP e encomendado pelo Instituto Brasileiro de Certificação e Monitoramento (Ibracem) levantou algo um tanto quanto alarmante: nos anos de 2015 e 2016, cerca de 90% das empresas do país não estavam regulares perante os Fiscos municipais e federal ou com as obrigações do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

A conta engloba desde a falta de cumprimento de formalidades exigidas pelas autoridades fiscais, as chamadas obrigações acessórias, até a efetiva falha no pagamento de tributos.

Em qualquer dos casos, a escolha deliberada ou inconsciente pela irregularidade fiscal pode custar muito caro a uma empresa, considerando não só as multas e os juros aplicáveis, como também a dificuldade ou até a impossibilidade de obtenção de crédito junto a instituições financeiras ou mesmo a participação em licitações.

Ainda que a alta incidência de irregularidades fiscais nesses últimos dois anos justifique-se também pela grave crise econômica pela qual passa o país, é inegável que a complexidade do sistema tributário brasileiro contribui de forma decisiva para esse cenário.

Por isso, ganha cada vez mais importância a atuação preventiva do empresário, com especial foco na melhoria da gestão fiscal de seu negócio, o denominado *compliance fiscal*.

Para esse tipo de serviço, é importante contar com o apoio de um especialista em Direito Tributário, que poderá revisar de forma periódica e dirigida as práticas fiscais adotadas pela empresa, mesmo daquelas que já contêm um departamento financeiro e fiscal estruturado. Esse tipo de profissional poderá ainda fornecer subsídios ao próprio empresário quanto à completude e atendimento das obrigações tributárias acessórias a que a pessoa jurídica está sujeita.

Em um ambiente de extrema competição e de retração econômica, investir nas melhores ferramentas para seu negócio é garantia de sono à noite e, por que não, bolso mais cheio. Afinal, conforme o dito popular, é sempre melhor (e mais barato) prevenir do que remediar". 

**MORVAN MEIRELLES** é advogado especialista em Direito Tributário, LLM em Direito Tributário Internacional e sócio do escritório Meirelles Milaré Advogados



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

Tel. (61)

**3225-6419**

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

  
zakarewicz  
editora