

conceito jurídico

ano I | setembro de 2017 | nº 09



Euro Bento Maciel Filho

As diversas formas de caixa dois e a relação com o crime de lavagem de dinheiro

Pág. 6

conceitojuridico.com




zakarewicz
editora
ISSN 2526-0988
9 772526 098801

Crise institucional ou crise política?

VISÃO JURÍDICA

Ives Gandra da Silva Martins

O homossexualismo no tribunal europeu de direitos humanos



ENFOQUE

Edison Santana dos Santos

O lobo solitário – terrorista



OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Julio Roberto de Souza Pinto

Parlamento, representação e participação popular



ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



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 Janguié Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otávio 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 Angelen

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.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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


zakarewicz
editora

Comemoração incompleta

Cristovam Buarque



Daqui a cinco anos, o Brasil ingressará no terceiro centenário de sua história como país independente. Neste último 7 de setembro, aos 195 anos de nossa independência, foi possível comemorar o que nossos antepassados conseguiram. Atravessamos quase duzentos anos consolidando um imenso território soberano e unificado por redes de transporte, de comunicações, de distribuição de energia, a economia brasileira está entre as maiores do mundo no valor do produto, passamos de 200 milhões de habitantes. Não há dúvida de que temos que comemorar os primeiros dois séculos.

Mas se no lugar de olharmos para a história olharmos ao redor, a festa perde seu brilho. Comemoramos um elevado PIB, o oitavo do mundo, mas em 84º lugar por habitante por causa de nossa baixa produtividade. Igualmente grave é a nossa economia se concentrar em bens agrícolas e minerais ou indústrias tradicionais, porque somos um país de baixa capacidade de inovação. Do ponto de vista social, carregamos a vergonha de sermos campeões em concentração de renda, temos formidáveis ilhas de riqueza e um trágico mar de pobreza.

Chegamos ao nosso terceiro século divididos tão brutalmente que podemos nos considerar um sistema de apartação, um país onde a população está dividida e separada por “mediterrâneos invisíveis” intransponíveis. Somos um país integrado fisicamente e desintegrado socialmente. Por isso somos hoje, em parte, campeões de violência urbana com mais de 100 mil mortos por ano, 50 mil assassinatos e 45 mil vitimados por acidentes de trânsito.

Apesar de comemorarmos o aniversário com um sistema democrático e instituições funcionando, em nenhum outro momento tivemos uma classe política tão desacreditada. As promessas foram descumpridas, a corrupção se alastrou, os partidos se desfizeram, as finanças públicas foram quebradas, as estatais arrombadas, as corporações dividiram o país em republiquetas sem sentimento nacional. A sensação é de que o país entra no seu terceiro século desagregando-se, sem coesão social, sem rumo histórico.

O mal-estar se explica por muitas causas, mas certamente a principal está no descaso com a educação de nossa população, desde a primeira infância. Chegamos ao nosso terceiro século com 13 milhões de compatriotas adultos incapazes de reconhecer a própria bandeira da República, por não saberem ler o lema “ordem e progresso”. Além destes, segundo o IBGE, são quase 28 milhões de adultos analfabetos funcionais, apenas um pequeno número de jovens recebe formação necessária para construir a economia e a sociedade do conhecimento que vai caracterizar o século adiante. Passados dois séculos, ainda somos um país com baixíssimo grau de instrução e com abismal desigualdade no acesso à educação conforme a renda da família.

E não seria difícil fazer com que, bem antes do quarto século, o Brasil conseguisse ser um país com educação de qualidade para todos, tendo os filhos dos mais pobres em escolas com a mesma qualidade dos filhos dos mais ricos; uma sociedade que não dispensaria um único talento intelectual de sua população. Sem isso, certamente não teremos o que comemorar quando o quarto centenário chegar. 

SUMÁRIO

6

ENTREVISTA

As diversas formas de caixa dois e a relação com o crime de lavagem de dinheiro

Euro Bento Maciel Filho

3

COM A PALAVRA

Comemoração incompleta

Cristovam Buarque

9

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

Sua empresa não está nas redes sociais? Então a insira já!

Eduardo Sehnem Ferro

10

PAINEL ECONÔMICO

Riscos do debacle da CT&I no Brasil

José Matias-Pereira

13

DIREITO E BIOÉTICA

A pornografia infantil e os grupos de WhatsApp

Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Antonelli Antonio Moreira Secanho

16

PROPOSTAS E PROJETOS

Casos de telecomunicações e internet na pauta do Supremo Tribunal Federal

Ericson M. Scorsim

19

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A instrumentalidade jurisprudencial do CPC/2015 aliado à sistemática de aplicação do art. 170-A do CTN

Diogenys de Freitas Barboza

24

PAINEL DO LEITOR

As mudanças legislativas e a violência infantojuvenil

Tiago de Toledo Rodrigues

28

DESTAQUE

O poder do “se”

Almir Pazzianotto Pinto

30

CAPA

Crise institucional ou crise política?

Fabiana Raslan

33

CAPA

Constitucionalidade de lei eleitoral que dispõe sobre vocação sucessória em estados e municípios

Regis Fernandes de Oliveira

42

CAPA

Inconstitucionalidade da alteração promovida pela Lei nº 13.165/2015 no Código Eleitoral

Marcelo Gurjão Silveira Aith

56

CAPA

O combate à corrupção na propaganda eleitoral

Fernanda Caprio

60 | Tipificação penal e o perigo de uma “ejaculação jurídica precoce” da doutrina

IN VOGA

Eduardo Luiz Santos Cabette

65 | O homossexualismo no tribunal europeu de direitos humanos

VISÃO JURÍDICA

Ives Gandra da Silva Martins

68 | O indulto de natal e a sua suposta inconstitucionalidade

PORTAL JURÍDICO

Rômulo de Andrade Moreira

74 | Compliance e programas de integridade: realidade mundial e uma necessidade empresarial

TENDÊNCIAS

Daniel Castillo

80 | O lobo solitário – terrorista

ENFOQUE

Edison Santana dos Santos

88 | Parlamento, representação e participação popular

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Julio Roberto de Souza Pinto

97 | Incidência de PIS/Cofins na revenda de veículos automotores usados

CONJUNTURA

Rafael Santiago Araujo

100 | Por um calendário processual na recuperação judicial de empresas

DIREITO EMPRESARIAL

Maria Celeteste Morais Guimarães e José Marcos Rodrigues Vieira

102 | A aliada da contratação jurídica

GESTÃO EMPRESARIAL

Daniele Di Marco Serafim

104 | Incompetência absoluta

CONTEXTO

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

109 | Valor das condenações por dano moral e o desrespeito ao Poder Judiciário: ineficácia das sentenças, reiteração de atos e constante violação aos direitos humanos dos consumidores

DOCTRINA

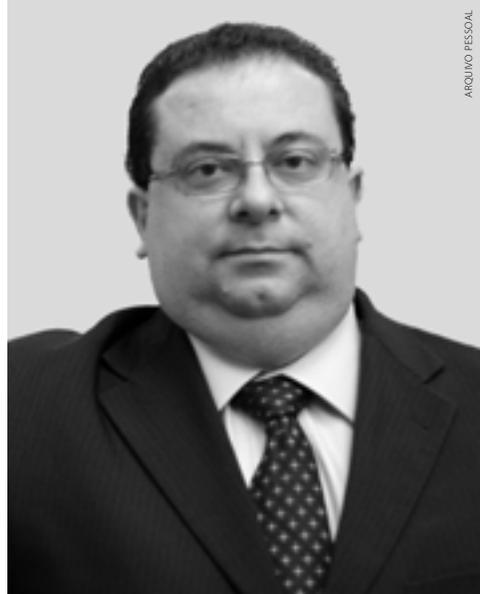
Cândido Furtado Maia Neto e Diego de Lima Soni

114 | O direito à manutenção da rede credenciada em respeito aos beneficiários dos planos de saúde

PONTO DE VISTA

Maurício Dantas Góes e Góes

Nesta edição, o advogado e Mestre em Direito Penal, professor Euro Bento Maciel Filho esclarece os leitores da Revista Conceito Jurídico a respeito das formas de corrupção mais usadas no Brasil e de como o ordenamento jurídico pátrio tem dispositivos para combatê-las.



POR EURO BENTO MACIEL FILHO

As diversas formas de caixa dois e a relação com o crime de lavagem de dinheiro

CONCEITO JURÍDICO – *Como o senhor enxerga a corrupção no Brasil? Trata-se de um fenômeno apenas na esfera política-administrativa ou parte da sociedade civil contribui para que existam crimes contra o erário?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – De uns tempos para cá, em meio ao lamaçal de corrupção e à bandalheira com dinheiro público que temos visto, muito se tem falado a respeito do chamado “caixa dois”. Invariavelmente, tal expressão tem sido associada à classe política e aos partidos em geral, como se fosse uma prática quase exclusiva do meio político. Ledo engano! O caixa dois não é um fenômeno restrito ao meio político. Trata-se, em realidade, de um comportamento muito comum, que há décadas vem sendo adotado nos meios empresariais e financeiros, cuja principal razão de ser está, justamente, nas deliberadas intenções de, primeiramente, suprimir o pagamento de tributos e, depois, na maioria das vezes, de lavar dinheiro.

CONCEITO JURÍDICO – *Então, o senhor quer dizer que a sonegação pode ser compreendida como caixa dois?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – A bem da verdade, o caixa dois pode ser compreendido como a aquisição de recursos financeiros “por fora”. Isto é, sem a devida contabilização nos livros próprios ou ainda sem a sua efetiva declaração aos órgãos de fiscalização competentes. Em suma, todo e qualquer valor que o cidadão ou a empresa receber “por fora”, com a manifesta intenção de ocultá-lo das instituições de fiscalização e controle, pode ser compreendido na ideia do caixa dois, termo que decorre do fato de serem os recursos amealhados e utilizados de forma “paralela” à

contabilidade oficial (ou seja, o “caixa um”), os quais são deliberadamente escondidos ou maquiados na contabilidade.

CONCEITO JURÍDICO – *Como fica caracterizada a conduta como sendo criminosa?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – A conduta daquele que assim atua escondendo ou maquiando recursos financeiros na sua contabilidade, por óbvio, constitui crime, já que lesa o erário público e fere a concorrência de mercado. Na nossa legislação penal, o caixa dois é tratado, basicamente, de três formas distintas, quais sejam: a) como sonegação fiscal, expressamente previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/1990 – a qual define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo –, com previsão de pena de dois a cinco anos de reclusão, e multa; b) como crime financeiro, disposto no artigo 11 da Lei nº 7.492/1986 – que define os crimes contra o sistema financeiro nacional –, o qual prevê pena de reclusão de um a cinco anos, e multa. Nesse caso, por ser crime próprio, é correto afirmar que apenas determinadas pessoas, devidamente nomeadas no artigo 25 da referida lei é que podem praticar o delito; c) como crime eleitoral, tipificado no artigo 350 do Código Eleitoral (equiparado à falsidade ideológica), com pena de reclusão de até cinco anos, e multa.

CONCEITO JURÍDICO – *Pelo exposto, o senhor afirma que a contabilidade fraudulenta não é realizada apenas com dinheiro obtido de forma ilícita?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – É errada a ideia de restringir a discussão em torno do “caixa dois” apenas ao meio político, assim como também é equivocada acreditar que apenas os políticos podem ser responsabilizados criminalmente pelo “caixa dois”. A contabilidade paralela é um crime “democrático”, ou seja, sobretudo no âmbito da lei que trata dos crimes tributários, já que qualquer cidadão pode cometê-lo. É relevante dizer que os recursos utilizados para formatar o caixa dois não precisam ser ilícitos. Afinal, nada impede que um empresário, um administrador de uma instituição financeira ou um político, candidato a algum cargo eletivo, receba valores lícitos devidamente pagos ou doados com lastro em algum serviço prestado ou, então, corretamente declarados.

CONCEITO JURÍDICO – *Portanto, todas as formas de caixa dois podem ser compreendidas como ilícito penal?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – O ilícito, é bom dizer, não se inicia com o mero recebimento dos recursos financeiros – que até podem ter origem lícita –, mas sim com a conduta posterior daquele que os recebeu, que passa a atuar com a deliberada ideia de formar um “caixa paralelo”, para ocultar aqueles recebíveis e, assim, subtrair-se à atuação dos órgãos próprios de fiscalização e controle. Ou seja, para a ideia correta do caixa dois não é o recurso que precisa ser ilícito, mas sim a posterior destinação paralela, sem qualquer contabilização, conforme a conduta do agente. De toda maneira, independentemente das formas existentes de caixa dois, fato é que todas elas têm algo em comum, qual seja, o uso posterior daqueles recursos financeiros “paralelos” desaguará, sempre, no delito de lavagem de dinheiro, atualmente previsto na Lei nº 9.613/1998, com sua redação alterada pela Lei nº 12.683/2012.

CONCEITO JURÍDICO – *Assim sendo, a lavagem de dinheiro é consequência do caixa dois?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – Certamente, o crime de lavagem de dinheiro pode ser muito bem compreendido como uma consequência natural, e lógica, do caixa dois. Afinal, tomando por base a ideia de que a lavagem de capitais nada mais é do que a transformação do dinheiro “sujo” em recursos aparentemente “limpos”, é inegável reconhecer que o uso posterior de dinheiro amealhado de forma paralela (portanto, ilícito) é, sem dúvida, uma manobra de lavagem.

CONCEITO JURÍDICO – *A lavagem de dinheiro também tem formas diferentes de ser empreendida?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – Sim. Um candidato político que use os recursos do caixa dois para adquirir joias ou moeda estrangeira, bem como um empresário que faça uso de valores sonegados junto ao Fisco para adquirir imóveis ou títulos de clube, ambos estarão convertendo ativos ilícitos em recursos “lícitos”, e, com isso, praticando atividade típica de “lavagem de dinheiro”. Atualmente, em razão do aprimoramento dos sistemas de controle e fiscalização, infelizmente as práticas de lavagem de dinheiro também vêm se modernizando. Por essa razão, como forma de ocultar patrimônio ou dificultar as investigações, é bastante comum ouvirmos falar em uso de “laranjas” para adquirir bens (móveis ou imóveis), empresas “frias” sediadas em paraísos fiscais, entre outras formas de lavagem de dinheiro.

CONCEITO JURÍDICO – *A sociedade constantemente reclama que os criminosos que usam o artifício de lavagem de dinheiro acabam impunes por conta da prescrição. Há algum dispositivo que impeça esse tipo de impunidade?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – É importante mencionar que, recentemente, o STF conferiu um novo entendimento ao cálculo do prazo prescricional do crime de lavagem de dinheiro. A partir do julgamento da Ação Penal (AP) 863 (ainda pendente de recurso), na qual o Ministério Público Federal (MPF) acusa o deputado federal Paulo Maluf (PP-SP) da suposta prática do crime de lavagem de dinheiro, passou-se a adotar o entendimento de que o referido delito tem um viés de crime permanente, ou seja, enquanto o agente estiver praticando atos de ocultação dos bens ou valores provenientes do ilícito, o prazo prescricional não se inicia. Assim, de acordo com a nova orientação do STF, o prazo prescricional do crime de lavagem de dinheiro só se iniciará quando for cessada a permanência, vale dizer, quando as autoridades tiverem conhecimento do ilícito. Seguramente, caso essa nova linha de pensamento venha a ser confirmada, a ocorrência da prescrição nesses casos será muito mais difícil ou praticamente impossível.

CONCEITO JURÍDICO – *O Poder Legislativo precisa cumprir o seu papel constitucional e criar normas de combate?*

EURO BENTO MACIEL FILHO – O que se quer deixar claro é, de um lado, que o crime de caixa dois já existe em nosso ordenamento jurídico pátrio e não é exclusivo da classe política. Já sob outro enfoque é relevante dizer que tal crime não só provoca muitos malefícios ao sistema econômico-tributário nacional, como também é um relevante fator criminógeno, uma vez que, invariavelmente, pode ser associado aos delitos de lavagem de dinheiro, corrupção, organização criminosa e muitos outros. Sendo assim, dada a gravidade do caixa dois, é forçoso reconhecer que qualquer manobra legislativa cujo escopo seja “abrandá-lo” ou “anistiá-lo” deve ser imediatamente rechaçada e combatida. 



Sua empresa não está nas redes sociais? Então a insira já!

■ POR EDUARDO SEHNEM FERRO

É fato que os brasileiros adoram redes sociais e que atualmente em números de acessos perdemos apenas para os Estados Unidos. Dentre as plataformas mais utilizadas no Brasil estão o Twitter, Instagram, WhatsApp, Facebook e Youtube. Antigamente, quando queríamos manter a relação com proximidade ou contato comercial, questionávamos “você tem telefone?”. Mas hoje em dia, com muita facilidade, conseguimos encontrar e manter contato com as pessoas diretamente pelas redes sociais.

Por isso, as empresas estão cada vez mais se rendendo ao *marketing online*. Afinal, o alcance das ações acabam aumentando com a disseminação da informação. O *marketing* nas mídias sociais é muito utilizado para fortalecer a marca, divulgar produtos e serviços e estreitar o relacionamento com os clientes.

As redes sociais abrem novas portas para os negócios e, assim, estamos cada vez mais assertivos no conteúdo que publicamos e com quem falamos. O Facebook e o Instagram, por exemplo, permitem diversas ações de marketing específicas para o seu público, basta que você saiba o que e para quem falar.

Outro fato relevante para o aumento do uso das redes sociais é a mobilidade. A cada dia, aumenta o número de pessoas que utilizam seus celulares e tablets para ter acesso a informação ou compartilhá-la. Esses dispositivos estão facilitando o acesso às ferramentas de relacionamento e gerando melhores resultados.

Muitas pessoas procuram produtos e serviços através da internet. Portanto, ter o mínimo de conteúdo é fundamental para não ser descartado dessas buscas. O uso de redes sociais é vital, assim como o marketing digital pode captar novos clientes e aumentar expressivamente a quantidade de vendas. **C**



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO SEHNEM FERRO é controller do escritório *Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados*. Contador e Pós-graduado em Docência do Ensino Superior.



Riscos do debacle da CT&I no Brasil

■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

“Os cortes significativos e lineares feitos nos orçamentos das instituições voltadas para a CT&I e da educação superior estão empurrando essas áreas para a paralisia. Esse é o penúltimo estágio, antes do colapso do sistema. É essencial, portanto, a definição de novas estratégias para garantir fontes de recursos perenes e na quantidade necessária para garantir o funcionamento do sistema de CT&I no Brasil.”

As buscas de soluções criativas para enfrentar os efeitos das turbulências na economia mundial, que vêm afetando países desenvolvidos e emergentes na última década, acentuou a relevância do potencial de contribuição da pesquisa e inovação para o crescimento econômico e produtividade. A mudança dos paradigmas tecnológicos mundiais traduziu-se

na ocorrência de um elevado número de inovações nos distintos campos do conhecimento. Essa nova realidade na dinâmica tecnológica mundial é a responsável pela ênfase que os países com economias mais complexas vêm dando aos seus programas nacionais de políticas de ciência, tecnologia e inovação¹. Os países que priorizam as políticas de ciência, tecnologia e inovação (CT&I), alocam em média nessas áreas, percentuais que variam de 1,5% a 3% de seus Produtos Interno Bruto (PIB).

Os investimentos para estimular o desenvolvimento da pesquisa e inovação no Brasil sempre estiveram abaixo desses percentuais. E o mais preocupante é que esses recursos vêm caindo de forma sistemática nos últimos anos. O percentual do PIB destinado ao Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação foi de 1,02% do PIB; na atualidade é de apenas 0,7% do PIB. A deterioração do ambiente econômico, resultado da má governança, desperdícios e da corrupção, que provocou o descontrole das contas públicas, impôs a necessidade de um novo regime fiscal que definiu o teto dos gastos públicos (Emenda Constitucional nº 95, de 2016), o que agravou ainda mais esse cenário. A participação do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações no orçamento da União, que era de 3,2% em 2010, caiu para 2,7% em 2013, e despencou para 1% em 2017. Esses cortes representam uma redução na ordem de 44% do orçamento das instituições voltadas para as áreas de CT&I, em 2017. Já tivemos a oportunidade de apresentar, em nossa obra intitulada “Políticas públicas de incentivo à inovação tecnológica: O desafio para aumentar a produtividade e a competitividade do Brasil” (2015, p. 50-87), que:

É necessário romper o gargalo que existe entre a capacidade de transformar pesquisa em conhecimento e a competência para transformar conhecimento em riqueza no Brasil; e a correção das distorções provocadas pelo atual modelo de alocação de recursos públicos, que funciona como principal fator de geração de estímulos para atrair os investimentos do setor privado.

A carta enviada pela Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica e Inovação (ABIPTI), apoiada por oito entidades representativas no campo da CT&I, ao presidente Temer, no final de agosto de 2017, explicita a difícil situação da ciência, tecnologia e inovação e das universidades públicas no Brasil. *Argumenta que, a queda no financiamento das instituições e dos programas de pesquisa, assim como a ameaça de proibição de novos concursos públicos contribuem para o empobrecimento e sucateamento das universidades e institutos de pesquisa pelo esvaziamento de seu quadro qualificado e pela total desmotivação e insegurança que gera nos jovens que pretendem seguir a carreira de pesquisa. Com base nesse cenário, alerta que o país corre o risco de sofrer uma “grande diáspora científica”, com a evasão de cérebros altamente qualificados, formados com recursos públicos, para países mais avançados que veem na C&T um instrumento essencial para o desenvolvimento econômico e para o bem-estar social.*

Esse declínio do Brasil está evidenciado no *ranking* de competitividade e inovação tecnológica, do Fórum Econômico Mundial de 2016, no qual o país ocupa o 81º lugar no mundo, entre 138 países. O termo *competitividade* é definido no estudo como o conjunto de instituições, políticas e fatores que determinam o nível de produtividade de um país. O relatório destaca que, a economia brasileira foi afetada em 2015 pela deterioração de fatores considerados básicos para a competitividade, por

exemplo, o ambiente econômico, desenvolvimento do mercado financeiro e, principalmente, capacidade de inovação. Esses dados confirmam que o Brasil, na medida em que se recusa a priorizar a CT&I, caminhando na contramão da tendência mundial, vai continuar perdendo as oportunidades geradas pelo conhecimento e pelas inovações tecnológicas.

Em nossa obra (2015, p. 50-87), apontamos que: “É essencial aprofundar o debate com a população sobre o papel do sistema de CT&I, visto que uma grande parcela dos brasileiros desconhece a sua relevância para o desenvolvimento do país”.

Fica evidenciado, assim, que a escassez de recursos para o sistema de CT&I decorre de uma visão míope dos atuais dirigentes governamentais, que desconhecem que alocação de recursos em ciência, tecnologia e inovação deve ser prioridade, em especial, nos períodos de retração econômica, por se tratar de investimentos que vão produzir conhecimentos, notadamente em criação de capacidade produtiva e em capacitação tecnológica, capazes de desencadear efeitos benéficos, em bases sustentáveis, na economia e produtividade do país, em médio e longo prazos².

Os cortes significativos e lineares feitos nos orçamentos das instituições voltadas para a CT&I e da educação superior estão empurrando essas áreas para a paralisia. Esse é o penúltimo estágio, antes do colapso do sistema. É essencial, portanto, a definição de novas estratégias para garantir fontes de recursos perenes e na quantidade necessária para garantir o funcionamento do sistema de CT&I no Brasil. Destaca-se nesse esforço, a necessidade de se romper o gargalo que existe entre a capacidade de transformar pesquisa em conhecimento e a competência para transformar conhecimento em riqueza no país; e a correção das distorções provocadas pelo atual modelo de alocação de recursos públicos, que funciona como principal fator de geração de estímulos para atrair os investimentos do setor privado.

É necessário argumentar, por fim, que a alteração desse quadro passa pela crescente profissionalização da gestão nas instituições de CT&I e universidades públicas, redução da burocracia, reestruturação da capacidade de planejar e a redefinição de prioridades e metas dessas áreas, que sejam factíveis de serem implantadas. É essencial, também, aprofundar o debate com a população sobre o papel do sistema de CT&I, visto que uma grande parcela dos brasileiros desconhece a sua relevância para o desenvolvimento do país. Sem as mudanças apontadas, e o engajamento e a pressão da sociedade sobre os governantes e políticos, para garantir recursos de forma perene e na quantidade necessária, o debacle do sistema de CT&I brasileiro me parece inevitável. 

NOTAS

- 1 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). The OECD Science, Technology and Innovation Outlook 2016. Brussels: OECD, dec. 2016.
- 2 Matias-Pereira, J. “Políticas públicas de incentivo à inovação tecnológica: O desafio para aumentar a produtividade e a competitividade do Brasil”, in: Matias-Pereira, J. Curso de economia política. São Paulo: Atlas, 2015, p. 50-87.





A pornografia infantil e os grupos de WhatsApp

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR E ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO

O avanço da sociedade implica, necessariamente, uma transformação do ser humano, que se vê obrigado a enfrentar as novas formas de tecnologia, cada vez mais direcionadas à rápida comunicação interpessoal e à efetiva transmissão de notícias, fotografias, vídeos, ou quaisquer outros registros que se pretenda, com uma agilidade ímpar, fazer propagar.

“O legislador traz uma clara mensagem: caso alguém receba um vídeo, uma fotografia ou similar, contendo cenas pornográficas e atos sexuais envolvendo crianças e/ou adolescentes, por meio da internet e, especialmente, pelo *WhatsApp*, não os armazene e muito menos os compartilhe, a não ser para informar às autoridades competentes sobre a existência do crime.”

Todavia, caberia ao indivíduo se valer de um filtro, com base em valores éticos, pessoais, familiares, para selecionar os dados que, de fato, merecem o compartilhamento e, por conseguinte, sua imersão no seio de outra família, de colegas do trabalho e assim sucessivamente.

Não obstante, como é notório, costumeiramente invoca-se a força coercitiva do Direito para regular as citadas questões, sobretudo quando direitos fundamentais começam a ser violados com espantosa rotina. Então, é a hora de o Direito invocar seu valioso ramo, tido, nos dizeres do mestre Nelson Hungria, como um verdadeiro soldado de reserva: o Direito Penal.

Nesse sentido, no ano de 2008, foi publicada a Lei nº 11.892, que trouxe importantes mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tipificando e introduzindo em nosso ordenamento a conduta expressa no conceito popular de “crime de pedofilia na internet”.

Sendo assim, é imperioso destacar que a referida lei modificou os artigos 240 e 241 do ECA, bem como acrescentou os artigos 241-A a 241-E, que tratam, especificamente, do compartilhamento ao armazenamento de vídeos, fotografias ou quaisquer outros registros que contenham cenas de sexo explícito, ou cenas pornográficas, envolvendo criança ou adolescentes.

Ademais, o artigo 241-E esclarece o que:

Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão ‘cena de sexo explícito ou pornográfica’ compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Nesse passo, recomenda-se a leitura dos artigos supra mencionados, já que a mera transcrição deles foge ao propósito do presente estudo, qual seja, o alerta de que se você receber um vídeo com conteúdo pornográfico, envolvendo criança e/ou adolescente, e repassá-lo, ou mesmo armazená-lo, incidirá, conforme o caso concreto, nas “novas” condutas tipificadas no ECA.

Não é demais ressaltar que estes tipos penais se caracterizam como *novatio legis incriminadora*, sendo aplicáveis apenas aos crimes perpetrados após sua vigência (não retroagem, jamais) e, em regra, são instantâneos (consumam-se

com a prática da conduta descrita no tipo penal), salvo a conduta de transmitir, que, por sua vez, se revela como evidente crime permanente, cuja consumação se prolonga enquanto durar a transmissão.

Destaca-se, também, que o parágrafo primeiro do artigo 241-A do ECA traz uma importante inovação: a responsabilização da pessoa natural que armazena fotos, vídeos, ou quaisquer outros registros, em *sites* na internet, bem como da pessoa natural responsável pelo *site* que as armazena. Nestas duas hipóteses, o crime é de perigo, ou seja, basta o armazenamento e a disponibilização, não sendo necessário o efetivo acesso, por quem quer que seja.

Já o artigo 241-B trata, efetivamente, do armazenamento de fotos, vídeos e de outros registros nos computadores, celulares, *tablets*, ou “por qualquer outro meio”. Aqui, o legislador trouxe duas situações curiosas: a) uma especial causa de diminuição de pena, de 1/3 a 2/3, se de pequena quantidade são os vídeos armazenados; b) causa excludente de tipicidade, caso o armazenamento se dê para o fim único de comunicação às autoridades competentes.

Outra atitude salutar de nosso legislador foi a de prever uma conduta criminosa para quem criar, por meio de montagens fotográficas, cenas de sexo envolvendo crianças e adolescentes, situação esta que não tinha previsão legal e que, a partir de 2008, vem tipificada no artigo 241-C.

Como se vê, procurou o legislador cercar, de todas as maneiras, o pedófilo que armazena, compartilha e procura pelo material ignóbil, tendo em vista a grande dificuldade de enfrentamento da questão, pois a vastidão e as características do mundo virtual revelam-se verdadeiras barreiras para, com base apenas no ordenamento anterior, buscar uma responsabilização penal.

É claro que o presente estudo não buscou esgotar os comentários que se pode fazer sobre o tema, mas apenas pinçar, ao debate, situações mais corriqueiras e que, certamente, fazem com que o intérprete se depare no cotidiano forense.

Mas, de qualquer modo, indaga-se: é possível reconhecer-se o erro de tipo? Ou seja, pode o agente alegar que acreditava tratar-se o adolescente, em verdade, de pessoa maior de dezoito anos?

A resposta parece ser positiva, mas é claro que depende da análise criteriosa do caso concreto. Todavia, diante das características físicas da vítima, pode-se imaginar que ela não demonstre possuir menos de dezoito anos, como é comum se verificar em nossa sociedade, o que poderia, no caso concreto, afastar a tipicidade da conduta do agente.

Portanto, em apertada síntese, o legislador traz uma clara mensagem: caso alguém receba um vídeo, uma fotografia ou similar, contendo cenas pornográficas e atos sexuais envolvendo crianças e/ou adolescentes, por meio da internet e, especialmente, pelo *WhatsApp*, não os armazene e muito menos os compartilhe, a não ser para informar às autoridades competentes sobre a existência do crime.

Caso contrário, a imputação como pedófilo é certa, e o indivíduo, muitas vezes sem se dar conta do alcance da prática do ilícito penal, estará contribuindo para o agravamento desta situação abjeta, que tanto nos assola nos dias atuais. **■**



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado, mestre em Direito Público, pós-doutorado em Ciências da Saúde. Advogado e reitor da Unorp.



ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO é bacharel em Direito pela PUC/Campinas e pós-graduação “latu sensu” em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP.

Casos de telecomunicações e internet na pauta do Supremo Tribunal Federal

■ POR ERICSON M. SCORSIM

O Supremo Tribunal Federal tem diversos casos relevantes sob sua jurisdição constitucional ora em julgamento, os quais impactam os setores de telecomunicações e internet.



DIVULGAÇÃO

A título exemplificativo, há o Mandado de Segurança nº 34.562 (Rel. Min. Luis Barroso), apresentado contra o ato de encaminhamento do Projeto de Lei nº 79/2016, que altera a Lei Geral de Telecomunicações, sob o fundamento da violação à competência do Plenário do Congresso Nacional para discutir e deliberar sobre o tema. Em liminar, o ministro Luís Barroso determinou que o referido projeto de lei não fosse encaminhado à sanção presidencial, ordenando a apreciação da matéria pelo Plenário do Congresso Nacional por entender violado o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal. Até o presente momento, não houve o julgamento do mérito do mencionado mandado de segurança.

Outro caso refere-se à Ação Direta por Omissão (ADO 37), apresentada pela OAB (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) contra a omissão da Presidência da República e do Congresso Nacional em relação à utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) na realização de investimentos em infraestruturas de redes de telecomunicações e internet. Destaque-se que os recursos que integram este fundo de telecomunicações decorrem do pagamento de valores pelas empresas de telecomunicações. Alega-se que a Lei nº 9.998/2000, que trata da FUST voltada à aplicação de recursos públicos na universalização dos serviços de telefonia fixa não corresponde mais às demandas dos usuários, uma vez que estes preferem o consumo de serviços de internet por banda larga. Daí a falta de sincronia entre a lei e das demandas da população.

“A aprovação do Projeto de Lei nº 79/2016 cria incentivos à realização de novos investimentos em infraestruturas de redes de telecomunicações e internet.”

O ministro relator, em despacho, registrou o seguinte:

Pois bem. A alegada omissão administrativa na formulação, aprovação de implementação das políticas públicas e investimento dos recursos do FUST em suas finalidades, em tese, começaram com a edição da Lei nº 9.998/2000. Dessa forma, o transcurso de mais de dezesseis anos justifica que o tema seja examinado diretamente no mérito [...] Assim, tendo em vista a conveniência de um julgamento único e definitivo, além da evidente relevância da matéria, adoto o procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

Ou seja, ao invés de decidir sobre o pedido de liminar, o ministro relator resolveu submeter o caso à deliberação por plenário. Os dois casos demonstrados afetam significativamente a realização de novos investimentos privados nos setores de telecomunicações e internet.

Primeiro, a aprovação do Projeto de Lei nº 79/2016 cria incentivos à realização de novos investimentos em infraestruturas de redes de telecomunicações e internet. A atualização da Lei Geral de Telecomunicações, com a flexibilização do regime jurídico para fins de permitir a substituição das obrigações de pagamento de multas por investimentos em infraestruturas de internet é condição necessária à realização de novos investimentos privados. A mudança legal possibilita maior segurança jurídica quanto à aplicação dos recursos em infraestrutura de rede pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Segundo, o contingenciamento dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, para fins de metas do Tesouro Nacional, também é obstáculo à realização de novos investimentos em infraestruturas de redes de telecomunicações. Conforme informações da petição inicial, o total de recursos do FUST arrecadados em 2016 é no valor de quase R\$ 1,5 bilhão.

Terceiro, de acordo com informações oficiais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 11,6 milhões de domicílios brasileiros teriam condições de pagar pelos serviços de acesso à internet. No entanto, o serviço de conexão à internet não está disponível em todas as localidades. Além disso, 2.325 municípios não possuem fibra ótica em sua infraestrutura de rede, sendo que 58% deles encontram-se nas regiões Norte e Nordeste. Ademais, os municípios que contam com infraestrutura de rede com fibra ótica apresentam baixa de velocidade, em torno de 5% Mbps em média.

Segundo dados da Anatel, 14% da população brasileira não tem acesso aos serviços de internet. Ora, a inadequação da infraestrutura de telecomunicações é obstáculo para a competitividade das empresas brasileiras, bem como à criação de novas empresas, empregos e renda. Igualmente, impacta o mercado de trabalho e a produtividade dos trabalhadores. A falta de infraestrutura ou a sua má qualidade impede o acesso aos serviços públicos básicos, tais como saúde e educação. Por outro lado, há maior oferta de serviços de 3G e 4G na telefonia móvel, fator que permite a intensificação do consumo de pacotes de dados, com utilização de aplicativos de mensagens, tais como o WhatsApp.

Em síntese, é significativo o papel institucional do Supremo Tribunal Federal na construção de uma jurisprudência sólida sobre os setores de telecomunicações e internet, entre outros.

No livro “Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, que lancei recentemente no site da Amazon, os referidos casos são analisados, além de outros relevantes na perspectiva da regulação setorial dos serviços de internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão e TV por assinatura.

Em síntese, o propósito do livro é compartilhar o conhecimento das principais questões afetas ao Direito da Comunicação, sob análise do Supremo Tribunal Federal. 



ERICSON M. SCORSIM é advogado e consultor em Direito Público. Doutor em Direito pela USP. Autor do livro “Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, publicado no site da Amazon.



A instrumentalidade jurisprudencial do CPC/2015 aliado à sistemática de aplicação do artigo 170-A do CTN

■ POR DIOGENYS DE FREITAS BARBOZA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu texto novos artigos e institutos que visam a diminuir o tempo do processo a partir da expansão do caráter vinculante das decisões judiciais proferidas em casos que se denotam repetitivos.

A cooperação, a boa-fé, a duração razoável do processo e a própria paridade de tratamento entre as partes constituem um aglomerado de elementos inovadores existentes no texto processual que, por sua vez, corroboram o que já vinha sendo aplicado na seara prática.

A exemplo disso, o artigo 926 do novel *códex* expressamente prevê que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Isto é, devem prestigiar a organização do entendimento dominante de determinado Tribunal sobre um dado tema, de modo que novas discussões que envolvam a mesma tratativa sejam resolvidas de maneira clara, célere e objetiva, com base no resultado meritório já produzido anteriormente.

“A manifestação dos Tribunais Superiores, em julgamento de casos repetitivos, a qual vem a reconhecer um direito através de uma determinada linha de raciocínio lógico-jurídico, consubstanciando-se num verdadeiro precedente judicial, terá o condão necessário para que a regra prevista no artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, seja aplicada até o trânsito em julgado do precedente (representativo da controvérsia), a fim de permitir que o autor possa usufruir do aproveitamento do tributo discutido no processo, por sua conta e risco.”

Por outro lado, para que não haja dicotomia com as novas argumentações e teses, há que se observar o respeito aos precedentes já fixados, com eventuais fundamentações que permitam a modificação e/ou superação do entendimento esposado anteriormente.

O contexto do CPC de 2015, destarte, dedicou-se à regulamentação de um sistema de precedentes judiciais e à manutenção, por parte dos Tribunais, de uma jurisprudência uniformizada e estável.

Vale destacar, no entanto, que há diferença substancial entre jurisprudência e precedente, sendo que a primeira traça a linha de entendimento de um Tribunal a partir de um conjunto de decisões por ele tomada sobre determinada matéria, ao passo que o segundo trata de decisão aplicada a apenas um caso específico. Segundo a conceituação dos aludidos institutos do Direito Fácil, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹:

Jurisprudência é um termo jurídico, que significa o conjunto das decisões, aplicações e interpretações das leis. A jurisprudência pode ser entendida de três formas, como a decisão isolada de um tribunal que não tem mais recursos, pode ser um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais, ou as súmulas de jurisprudência, que são as orientações resultantes de um conjunto de decisões proferidas com mesmo entendimento sobre determinada matéria. [...] Precedente é a decisão judicial tomada em um caso concreto, que pode servir como exemplo para outros julgamentos similares. Há, contudo, muitas discussões, no sentido que decisões isoladas poderiam ser consideradas jurisprudência.

Em que pese a diferença existente entre os institutos acima destacados, certo é que o sistema processual ora em vigor, consubstanciado nas previsões do Código de Processo Civil de 2015, veio prestigiar e ampliar os efeitos emanados dos processos representativos das controvérsias que movimentam vultuosamente o Poder Judiciário atualmente.

Em outras palavras, a legislação processual civil, ao traçar de modo efetivo a uniformização da jurisprudência, trouxe um inexorável avanço na capacidade resolutória dos Tribunais e dos juízes singulares, de modo que abarcou a maioria dos questionamentos e respostas em apenas um caso: o precedente judicial.

A partir da fixação de um precedente, os efeitos que dele podem irradiar são um tanto inovadores e eficientes, tanto do ponto de vista material como do processual. A uma, porque a discussão meritória ficará restrita a apenas novos fundamentos, bem como a eventuais momentos que se denotem oportunos e influentes (nova legislação e movimentação da economia); a duas, porque a celeridade processual estará totalmente privilegiada, dando-se espaço à rápida satisfação e resolução das lides postas em discussão no Poder Judiciário.

Destaca-se, neste ato, uma das influentes vertentes processuais: a tutela de evidência. Nos termos do artigo 311 do Código de Processo Civil, a tutela de evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo nas hipóteses previstas em seus incisos.

Especificamente no inciso II do mencionado artigo, se encontra prevista a hipótese de extrema importância e relevância, a qual indica a concessão da tutela de evidência acaso as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Partindo desses requisitos, é de se verificar o impacto que um precedente poderá causar, visto que, em havendo tese firmada no julgamento de precedente judicial ou em súmula vinculante sobre determinado direito, preenchido estará um dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela provisória.

Como exemplo, vale mencionar a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 574.706 (representativo da controvérsia), julgado em sede de repercussão geral em 15/03/2017, o qual declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, nas operações internas.

Essa decisão, conseqüentemente, proferida com base no sistema de precedentes judiciais implementado pelo Código de Processo Civil (artigo 926 e seguintes), vinculou o Poder Judiciário em todo o território nacional, estando presente, indubitavelmente, um dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela provisória.

Por outro lado, quanto ao segundo requisito exigido no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil, basta acostar aos autos do processo judicial documentos que demonstrem cabalmente o liame existente entre os fatos colacionados e o direito buscado com a lide. Feito isso, tem-se o devido preenchimento do segundo requisito.

Dessa forma, frente à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos (precedente) e de documentação capaz de comprovar as alegações de fato apresentadas na exordial, se estará diante do devido preenchimento dos requisitos autorizadores para a concessão de medida processual que antecipe os resultados visados para o fim do processo.

Verifica-se, portanto, que o Código de Processo Civil, mais uma vez, demonstra o interesse e engajamento em dar preferência à celeridade e economia processuais, zelando pela rápida resolução dos conflitos e pelo aperfeiçoamento das resoluções meritórias das lides postas em análise no sistema judiciário brasileiro.

Nesse contexto, a análise do artigo 170-A do CTN se faz necessária, visto que a interpretação do mencionado dispositivo traz algumas discussões e entendimentos interessantes que resultam da sistemática processual aqui analisada, isto é, o momento processual da atualidade se mostra totalmente favorável à readequação do entendimento que se extrai do referido artigo.

O artigo 170-A do CTN traz em seu bojo que “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”. Isto é, o sujeito passivo não poderá compensar tributo se este se encontrar em sede de discussão judicial, antes de finalizada a lide, ou seja, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Partindo-se da premissa de que o precedente judicial tem o condão de fixar um marco fiel na discussão meritória, transcendendo os efeitos do caso concreto, certo é que o direito reconhecido, a despeito de ainda estar sendo discutido nas instâncias inferiores por um determinado contribuinte, passa a ser líquido e certo.

Tal convicção, vale destacar, advém da legislação processual civil, a qual prestigia a cooperação, a boa-fé e a duração razoável do processo, princípios que norteiam e embasam todo o sistema processual.

Destarte, por um raciocínio lógico-jurídico, é de se concluir que o trânsito em julgado do precedente judicial seria suficiente para atestar a imutabilidade necessária para a flexibilização e readequação do artigo 170-A do CTN. Isso porque ao se prestigiar os princípios da isonomia entre os litigantes, da segurança jurídica, da previsibilidade e da celeridade processual, se estaria diante de um cenário adequado e favorável à aplicação do artigo 170-A do CTN ao trânsito em julgado do precedente judicial reconhecido pelos tribunais superiores.

Nesse sentido, veja-se o entendimento esposado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE OS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO QUE ANTECEDEM A CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA E SOBRE O ABONO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS (1/3). IMPOSSIBILIDADE. VERBAS INDENIZATÓRIAS. SALÁRIO MATERNIDADE E FÉRIAS. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. COMPENSAÇÃO COM QUAISQUER TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 170-A DO CTN. TAXA SELIC. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ACOLHIDA

[...]

V – Tendo em vista que a matéria relativa à exigibilidade de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga em virtude do afastamento do empregado no período de quinze dias que antecede a concessão de auxílio doença/acidente, bem assim sobre o abono constitucional de férias (1/3) encontra-se, atualmente, pacificada nos colendos STF e STJ, não se mostra razoável aguardar-se o trânsito em julgado de decisum para a efetivação da compensação do indébito tributário em referência, quando inexistente qualquer possibilidade de alteração da situação jurídica já reconhecida, nos autos. Ademais, segundo

a inteligência do art. 557, *caput* e respectivo § 1º, do CPC, o relator negará seguimento a recurso manifestamente em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, ou ainda, estando a decisão recorrida em manifesta contrariedade à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento, de pronto, ao recurso, pelo que se verifica, assim, a inaplicabilidade do art. 170-A, do CTN, na espécie, diante da perfeita harmonia do acórdão desta 8ª Turma com o entendimento jurisprudencial consolidado nos colendos STF e STJ nesta matéria, a possibilitar a eficácia plena e imediata da garantia fundamental da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e respectivo §1º) na materialização instrumental do processo justo (Brasília, 03 de agosto de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso).

No mesmo sentido, também decidiu a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Subseção da Capital. Veja-se:

Assim, ante o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.230.957-RS, submetido à sistemática prevista pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, entendo possível a imediata compensação dos valores referentes à contribuição previdenciária incidente sobre o aviso prévio indenizado e terço constitucional de férias. Da mesma forma, considero possível a imediata compensação dos valores correspondentes à contribuição previdenciária patronal incidente sobre as quantias pagas aos empregados a título de auxílio-creche, pois, ainda que não vinculante, a Súmula nº 310 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que o auxílio-creche não integra o salário de contribuição. Pelo todo exposto, defiro a tutela de evidência pleiteada para assegurar o direito da autora de compensar imediatamente os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária patronal incidente sobre as quantias pagas pela empresa a seus empregados a título de aviso prévio indenizado, terço constitucional de férias e auxílio-creche.

Por isso, é de se concluir que a manifestação dos Tribunais Superiores, em julgamento de casos repetitivos, a qual vem a reconhecer um direito através de uma determinada linha de raciocínio lógico-jurídico, consubstanciando-se num verdadeiro precedente judicial, terá o condão necessário para que a regra prevista no artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, seja aplicada até o trânsito em julgado do precedente (representativo da controvérsia), a fim de permitir que o autor possa usufruir do aproveitamento do tributo discutido no processo, por sua conta e risco.

Assim, a nova instrumentalidade processual instaurada com o Código de Processo Civil de 2015, especificamente no que toca ao sistema jurisprudencial de precedentes, tende a modificar e influir de modo constante a vida útil das demandas judiciais. 

NOTA

1 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/jurisprudencia-x-precedente>. Acesso em: 20 set. 2017.



DIOGENYS DE FREITAS BARBOZA é advogado tributarista no Escritório Correa Porto Sociedade de Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul; cursando Master of Laws (LL.M.) em Direito Tributário pelo INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa; membro efetivo da Comissão do Jovem Advogado da 104ª Subseção da OAB/SP.

As mudanças legislativas e a violência infantojuvenil

■ POR TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES

Inquestionavelmente, os graus de insegurança, violência e impunidade brasileiros são elevados. Também nos parece indiscutível que os episódios de desrespeito aos direitos humanos fundamentais envolvendo entidades de atendimento de adolescentes, inadmissíveis em uma sociedade que se ambiciona civilizada, são frequentes.

É igualmente certo que os mecanismos de prevenção e punição da violência, de preservação da paz e de garantia do respeito aos direitos dos menores de dezoito anos, tal como têm sido empregados até o momento foram incapazes de propiciar condições de harmonia e segurança que afiancem uma saudável vida coletiva e um processo socioeducativo qualificado e competente.

Contanto que os diagnósticos sejam indubitáveis, a redução da maioria penal ou qualquer alteração normativa, pontual ou assistemática, não solucionará ou amenizará os graves problemas existentes. Tampouco produzirá os efeitos necessários. Apenas uma mudança nas diversas leis que abordam, imediata ou mediata, o sistema socioeducativo, com a readequação do regulamento jurídico respectivo, fornecerá as condições necessárias para alcançar os resultados imprescindíveis com o fortalecimento do princípio da proteção integral.

O advento da Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer a doutrina da proteção integral, operou verdadeira revolução na ordem jurídica nacional, reconhecendo que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais a serem assegurados com absoluta prioridade.

Parcela deste avanço consistiu na instituição de um sistema de responsabilização diferenciado para os adolescentes que incorrem na prática de atos infracionais, sujeitando-os às medidas socioeducativas e protetivas.



“As circunstâncias exigem austeros investimentos de três grandes ordens: a proteção contra a cooptação feita por imputáveis e prevenção do aliciamento a partir do recrudescimento da reprimenda aplicada àqueles que o fizerem; fomentar o respeito ao sistema vigente, repetidamente descumprido pelas entidades de atendimento, com responsabilização dos dirigentes, a partir da ampliação das obrigações respectivas e do rol de infrações administrativas; implementar a responsabilização dos autores de atos infracionais graves, para aprimorar as condições de reeducação dos adolescentes e jovens, com tempo de ressocialização suficiente para o planejamento e execução de um trabalho socioeducativo qualificado e eficaz.”

Passados mais de 25 anos da sua publicação, o Estatuto é constantemente desrespeitado. É possível auferir, com a necessária segurança, os efeitos daquilo implementado pelos órgãos e instituições envolvidos. Neste período, inquestionavelmente houve um recrudescimento da violência, sobretudo nos grandes centros urbanos, onde se constata um crescimento exponencial das apreensões por atos infracionais, cada vez mais graves. Dados da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) registram um aumento de mais de 580%¹, entre os anos de 1996 e 2014, na população de adolescentes em regime de privação de liberdade – medidas que pressupõe a prática das mais graves infrações.

Foi este o panorama que fomentou a apresentação de diversos anteprojetos de lei que pretendem alterar a legislação atual. Em sua grande maioria, as iniciativas, de cunho majoritariamente repressivo, esperam atingir àqueles que incorrem em atos graves, argumentando, para tanto, a necessidade de assegurar uma resposta socioeducativa adequada à seriedade daquilo praticado, mas não contemplam outros aspectos do sistema de proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, cuja adaptação é imprescindível para a eficiência do conjunto normativo e alcance dos resultados necessários.

Sabidamente, muitos dos atos infracionais são fruto da cooptação feita por imputáveis, que aliciam menores, induzindo-os, instigando-os e auxiliando-os a cometer infrações. Não é raro que estes recrutamentos iniciem adolescentes no ambiente infracional que, posteriormente, terão extrema dificuldade de exonerar.

Ao mesmo tempo, é possível constatar que os regramentos estabelecidos no ECA e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) são frequentemente desrespeitados ou mal interpretados, fator que certamente influencia o aumento do número de atos praticados. Infortunadamente, o cumprimento integral dos dispositivos legais é extraordinário, sobretudo nas entidades de atendimento, caracterizadas por frequente superlotação, notícias de agressões e tumultos, dentre outras deficiências graves. Não por outro motivo, os índices nacionais de reincidência são elevados e atingiram 43,3% em 2012².

Também é forçoso reconhecer que atualmente, em muitos casos, as medidas socioeducativas têm um curto prazo de duração – fruto da equivocada interpretação da lei, sua má aplicação ou influência da superlotação e, nestas circunstâncias, não cumprem a finalidade a que se destinam de reinserir o adolescente no convívio familiar e comunitário de maneira saudável. Tais distorções não foram totalmente solucionadas com a edição da Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sinase e disciplina a execução das respectivas medidas.

A legislação vigente, a despeito da vanguardia e evolução, pode ser reexaminada, sobretudo naquilo atinente à proteção da cooptação feita por maiores imputáveis; ao cumprimento do sistema vigente pelas entidades de atendimento; e à responsabilização de autores de atos graves. Com isso, pode-se impedir o aliciamento de adolescentes, assegurar o respeito às regras correntes (com responsabilização dos dirigentes de entidades) e ampliar as condições de reeducação por período suficiente para o planejamento e a execução de um trabalho socioeducativo qualificado e eficaz.

As mudanças necessárias, e que efetivamente robustecerão a proteção integral, exigem alterações em diversas normas jurídicas que atingem, direta ou

indiretamente, o sistema socioeducativo e a prática de atos infracionais. Qualquer providência pontual, isolada ou assistemática, não será capaz de emendar os problemas existentes.

A simples ampliação do prazo máximo de internação, contemplada em muitas das propostas, não solucionará as dificuldades identificadas, tampouco estenderá o tempo que os adolescentes permanecem em reeducação. Conforme estudo do Ministério Público do Estado de São Paulo, 87,8% dos adolescentes da capital permanecem internados menos de um ano³. Sem a adequação de outros dispositivos, não será possível assegurar a proporcionalidade entre a gravidade do fato e a medida socioeducativa imposta, que continuará perdurando pouco tempo.

Da mesma maneira, a mudança isolada do regramento de responsabilização de jovens e adolescentes, sem o recrudescimento da reprimenda daqueles que os aliciam ou das entidades de atendimento que descumprem as regras vigentes, não produzirá efeitos substanciais imprescindíveis.

As circunstâncias exigem austeros investimentos de três grandes ordens: a proteção contra a cooptação feita por imputáveis e prevenção do aliciamento a partir do recrudescimento da reprimenda aplicada àqueles que o fizerem; fomentar o respeito ao sistema vigente, repetidamente descumprido pelas entidades de atendimento, com responsabilização dos dirigentes, a partir da ampliação das obrigações respectivas e do rol de infrações administrativas; implementar a responsabilização dos autores de atos infracionais graves, para aprimorar as condições de reeducação dos adolescentes e jovens, com tempo de ressocialização suficiente para o planejamento e execução de um trabalho socioeducativo qualificado e eficaz.

Infelizmente, daqueles atualmente em curso no Congresso Nacional, apenas o Projeto de Lei nº 3.771/2015⁴ (Câmara dos Deputados), que cria o Sistema de Proteção às Crianças e Adolescentes em Conflito com a Lei, contempla estas alterações. 

NOTAS

- 1 Consoante sistematização do número de adolescentes em privação de liberdade, elaborada pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente em 2006 (<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2009.pdf>), no ano de 1996 o Brasil registrava 4.245 adolescentes internados ou em semiliberdade. De acordo com a nota técnica do IPEA nº 5, de junho de 2015, no ano de 2013 *existia um total de 23,1 mil adolescentes provados de liberdade* (http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25621&Itemid=9). A Secretaria nacional de Direitos Humanos, em levantamento de 2014, indica que 24.628 adolescentes estavam em regime de internação ou semiliberdade naquele ano (<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>) - sítios consultados em março de 2017.
- 2 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62380-modelo-inovador-garante-menor-indice-de-reincidencia-criminal-de-jovens-em-pernambuco> - consultado em março de 2017.
- 3 http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2567109.PDF - consultado em março de 2017.
- 4 Elaborado em colaboração com o MPD.



TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES é integrante do Movimento do Ministério Público Democrático (MPD) e promotor de Justiça do MP-SP.



Almir Pazzianotto Pinto

O poder do “se”

Diante de determinadas situações, o Dr. Ulysses Guimarães apreciava repetir o provérbio francês “avec des ‘si’, on mettrait Paris dans une bouteille”. A expressão acode-me à lembrança ao ouvir especialistas na arte de tergiversação emitirem, com semblante circunspeto, vagas ideias acerca do imponderável.

Entrevistados sobre o momento político respondem com frases pontilhadas de “se”: se a economia reagir, se o desemprego declinar, se a taxa de juro cair, se o dólar baixar, se o mercado evoluir, se a Lava Jato for barrada, se for recebido o pedido de impeachment, se o ministro pedir vista, se o acusado delatar, se a delação for homologada, se a homologação prevalecer, se o presidente sobreviver.

O Brasil padece do pesadelo da incerteza. Em país civilizado, o povo confiaria nos políticos, nos partidos, no legislador, na magistratura.

O rotineiro emprego do “se” revela que medidas políticas, econômicas, financeiras e judiciais são tomadas para, algumas horas depois, serem desacreditadas. O sistema jurídico-político existe para garantir segurança e tornar o futuro previsível. Não é o que se vê.

O Poder Judiciário, que deveria ser exemplo de confiabilidade, deixou de sê-lo. S. Exa. Fulano, do alto da autoridade que lhe atribui a Constituição, determina a prisão de político filmado na prática de crime de corrupção. S. Exa. Sicrano, horas depois, com a mesma Constituição e idêntica competência, determina-lhe a soltura e lhe devolve a plenitude do mandato.

Ambos invocaram idênticas normas constitucionais e legais. Como conseguem defender posições antagônicas? É a xarada que o povo não consegue decifrar, vítima da imprevisibilidade e insegurança presente em todos os “se”.

A confiança que deveria alimentar em relação aos tribunais desaparece, e o que fica é a convicção de que o poder não está na lei, mas na caneta, na poltrona, em obscuras filigranas processuais.

Dentro da Alta Corte, a situação é bizarra. A transmissão ao vivo de julgamentos revelou, *urbi et orbi*, algo até então ignorado: ministros são pessoas comuns, investidas de prerrogativas excepcionais.

Diariamente, assistimos à implacável demolição de mitos. Acompanhar o desenrolar dos debates, quando vaidades e interesses indisfarçados deixam-se aflorar, desmistifica o Poder que deveria ser reverenciado, porque a ele compete preservar, como último grau de jurisdição, a integridade constitucional.

Com alguns “se” coloco Paris dentro de uma garrafa, dizia o Dr. Ulysses. Com tantos “se”, é impossível ao nível da rua, onde mora a dura realidade, acreditar que o país está prestes a retomar a vida normal.

Há um ano, a imprensa advertia sobre a gravidade do desemprego e cobrava do governo medidas práticas, objetivas e, sobretudo, imediatas, para restabelecer as esperanças no combalido mercado de trabalho.

O que se fez nesse sentido? De concreto, além das reformas trabalhista e previdenciária cujos resultados dependem do “se”, absolutamente nada. Ingressamos no segundo semestre de 2017 dentro de clima marcado pelo pessimismo. Como chegaremos a dezembro, ao Natal, ao recesso, a 2018? Não interessam respostas que tragam, como indicativo de condição ou mera hipótese, a volúvel partícula “se”.

O povo, estarecido diante da corrupção, já não aguenta esperar. Até os observadores mais moderados admitem ser o Brasil um enorme barril de pólvora que a qualquer momento pode explodir. Em conversas reservadas, os empresários confessam ter perdido o que lhes restava de confiança no Palácio do Planalto.

A pior das crises não está no Executivo ou no Legislativo: está no Judiciário, porque lhe cabe, quando se descrê dos demais, assumir a responsabilidade de preservar a Constituição e garantir a tranquilidade social.

Ensinou Louis Barthou, ministro da Justiça da França, citado pelo ministro Ribeiro da Costa, durante o julgamento do mandado de segurança e ‘habeas corpus’ em favor do presidente da República Café Filho, na crise política de novembro de 1955: “Não estou longe de acreditar que a civilização de um país se mede pela opinião que se tem da sua Magistratura, da autoridade ou do descrédito desta, do seu brilho ou de sua fraqueza, de sua imparcialidade ou de sua subserviência. A Justiça é o símbolo e o reflexo dos costumes públicos. Cada povo tem a magistratura que merece” (Grandes Julgamentos do STF, Min. Edgard Costa, v. 3, 368).

O Brasil exige ambiente de respeito, tranquilidade e segurança jurídica, que hoje, desgraçadamente, os Três Poderes não lhe proporcionam. 

Crise institucional ou crise política?

■ POR FABIANA RASLAN



Tempos sombrios ou tempos de crise são termos do dia a dia do brasileiro já há alguns anos, desde o início do desmoronamento do governo PT. Mas a pergunta que se impõe é se realmente estamos em uma crise institucional ou se se trata de uma crise política, e ainda, para aonde vamos.

“Esta realidade jurídica promovida pelo Parlamento por meio das leis está impactando a realidade política. Não se sabe se foi um tiro no pé ou se realmente existem homens da política comprometidos com o Estado Democrático de Direito. Também não se sabe ao certo quais seriam os limites do Direito e da política.”

Diariamente, a mídia explode com notícias de novas denúncias contra parlamentares, membros do alto escalão do governo, empresários influentes. Nunca antes na história deste país membros das altas classes sociais ou políticas foram encarcerados. Atualmente, é o que mais se vê, se ouve, se fala. Dia após dia novas denúncias são oferecidas e novas decisões condenatórias são proferidas. O governador do Rio de Janeiro, atualmente encarcerado em razão de sentença penal condenatória, ainda é acusado em mais 13 processos; o ex-presidente da República condenado, e sobre o qual pairam outras inúmeras investigações; delações premiadas tornaram-se rotina; denúncias de parlamentares e ex-parlamentares são feitas diariamente. Em pronunciamento, o então procurador-geral da República anunciou que “enquanto houver bambu, vai flecha”.

Pode-se pensar, diante destes fatos, que haveria uma grave crise, seja institucional ou política. Vejamos.

A Constituição de 1988 trouxe um longo rol de direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos individuais, incluindo-se os decorrentes da ordem jurídica internacional da qual o Brasil faz parte por força do § 2º, e, no mesmo dispositivo – art. 5º da Carta – uma série de remédios constitucionais que visam a proteger o cidadão das mais diversas arbitrariedades ou ameaça aos seus direitos. Vale destacar que o chamado “bloco de constitucionalidade” é um termo adotado comumente pela doutrina (PIOVESAN, 2008), para quem os direitos fundamentais incluem os previstos na Carta bem como nos tratados internacionais.

Incluiu também neste rol mecanismos de tutela dos direitos chamados metaindividuais (MAZZILLI, 2008), já atento o legislador constituinte a terceira onda renovatória do processo (CAPELLETI, 2008). Foi ainda mais além, promovendo grande avanço para a ressaca do Brasil de longos anos de regime antidemocrático.

Como um bálsamo, trouxe em seu bojo os direitos sociais no art. 6º, tratando-os ao fim da Carta no título Da Ordem Social, a partir do art. 193; explicitou um rol minucioso dos direitos do trabalho, reconhecendo expressamente a força dos sindicatos e o direito de greve – arts. 7ª ao 11; disciplinou os direitos políticos como um dos seus pilares, enfatizando a probidade como absolutamente necessária para o exercício de mandato eletivo – art.14 § 9º; disciplinou matéria administrativa e o regime dos servidores, a partir do art. 37, limitando a atuação da Administração Pública, tornando obrigatório a realização de concursos públicos para contratação de pessoal, impôs o regime de licitação para contratação de empresas privadas, limitou o Estado Fiscal, impondo a observância da capacidade contributiva – art.

145 – impôs limites ao poder de tributar no art. 150 e seguintes, enfim, promoveu ou, ao menos, buscou promover um considerável avanço da democracia por meio do Direito, adotando-se o modelo Estado Democrático de Direito enunciando logo em seu art. 1º.

De todo este sistema de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, seguiu-se um longo processo de regulamentação, sobretudo na década de 1990, no qual destaca-se a legislação eleitoral, a qual compreende a Lei Complementar nº 64/1990 (Lei das Inelegibilidades); Lei nº 9.507/1995 (Lei das Eleições); Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e as posteriores reformas que seguiram nos. Tais leis instituíram a condenação para diversas condutas ilícitas durante as campanhas, cometidas por candidatos e também pelos partidos.

De outro giro, regulamentando as limitações impostas à Administração Pública, destacam-se as Leis de Responsabilidade Fiscal e de Improbidade Administrativa, as quais constituem importantes instrumentos de controle à atuação dos atos do poder público.

Buscando dar efetividade ao sistema, cuidou a Constituição de conferir independência ao Ministério Público, antes órgão vinculado ao Poder Executivo, agora órgão independente de quaisquer dos Poderes da República, cuja missão institucional consiste na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme prevê o art. 127 da Carta.

Os processos seletivos públicos de alto nível de exigência para o cargo de procurador da República, aliados à independência institucional e às legislações eleitoral, penal e administrativa resultaram nas investigações que contribuíram decisivamente para o cenário político que se vê atualmente, uma vez que é inevitável a crise institucional entre o Ministério Público e o governo, visto que se confrontam velhos hábitos e modos de fazer política com a independência do Ministério Público para quem foi dada a missão constitucional de procurar dar efetividade a este sistema que busca o tão sonhado Estado Democrático de Direito. Este é o ideal, mas as instituições não estão livres das vaidades, leviandades e da corrupção. Nenhuma instituição está livre porque ímpio é o homem.

De outro lado, é imperioso reconhecer os problemas decorrentes da judicialização da política. O império da lei também não está livre de imperfeições. Todo sistema é falível.

O que não se pode negar, no entanto, é que esta realidade jurídica promovida pelo Parlamento por meio das leis está impactando a realidade política. Não se sabe se foi um tiro no pé ou se realmente existem homens da política comprometidos com o Estado Democrático de Direito. Também não se sabe ao certo quais seriam os limites do Direito e da política.

Oremos. 

REFERÊNCIAS

- CAPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2008.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.



FABIANA RASLAN é Mestre em Ciências Sociais pela UFRRJ; Especialista em Direito Público e Privado pela EMERJ; advogada no Rio de Janeiro.

Constitucionalidade de lei eleitoral que dispõe sobre vocação sucessória em estados e municípios

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA



O Congresso Nacional introduziu no Direito brasileiro, em 2015, algumas alterações no Código Eleitoral com o objetivo de propiciar a modernização de alguns institutos que estavam ultrapassados na aplicação da legislação. Dentre as mudanças efetuadas introduziu o § 4º ao art. 224, dando-lhe nova redação, ao lado de dispor sobre novas eleições, em caso de nulidade decretada pela Justiça Eleitoral.

“Uma coisa é legislar sobre o processo eleitoral; outra, é dispor sobre vocação sucessória. A primeira é de competência da lei federal; a segunda diz respeito à disposição interna dos estados e municípios. A eles cabe resolver, individualmente, sobre a sucessão na hipótese de dupla vacância. É que não se pode confundir legislação eleitoral com autonomia política. Esta é mais forte que aquela no âmbito de uma federação. A solução é ter-se em mente, bem viva, a ideia do conceito federativo. Não pode a lei federal, por ser a que tem maior campo de incidência, dispor sobre o que queira. É essencial que respeite o âmbito de validade das normas locais, municipais ou estaduais.”

A teoria da invalidade do ato jurídico provém da prática de possíveis vícios que possam macular a produção de efeitos da manifestação administrativa. Sobre o assunto, já tivemos a oportunidade de expressar que “a invalidade do ato outra coisa não significa que se dar um tratamento de ilegalidade ao que, no passado, era “válido”. A nova qualificação jurídica dada ao ato refere-se à atualidade. Qualifica-se, hoje, de inválido o que ocorreu no passado, sob a roupagem de validade. O ato nulo é o que não pode, de acordo com a regra de Direito, produzir os efeitos a que estava preordenado. Nada obstante, produz efeitos, ou seja, modificações na ordem jurídica” (OLIVEIRA, 2014, p. 140).

Logo, uma vez praticado o ato ou o contrato, seja ele de que espécie for, civil, administrativo ou eleitoral, produz efeitos no mundo jurídico. Altera a situação jurídica aumentando ou diminuindo a potência de alguém, de alguns ou de todos, seja pessoa física ou jurídica. Alguém é investido de direitos que até então não tinha ou perde-os. De qualquer forma, a prática de um ato investe alguém em nova situação jurídica.

Eventualmente, os atos podem ser submetidos à *sanatória*, ou seja, a autoridade competente, administrativa ou judiciária, pode recuperar efeitos produzidos, ainda que sob o efeito de ilegalidade, desde que possam ser aproveitados alguns efeitos ou que o ato possa ser convalidado.

Vê-se, pois, que a invalidade desconstitui o que se produzira. O reconhecimento da nulidade implica a prática de outra manifestação de vontade. Retira-se o ato do mundo jurídico. Obriga-se, então, a edição de outro.

No campo eleitoral, a realização das eleições pressupõe ter havido o chamamento prévio para o pleito. A Justiça Eleitoral qualifica os eleitores e candidatos ao dar-lhes o título eleitoral, o que credencia os brasileiros ao exercício do sufrágio, significando o exercício da soberania popular, sendo o voto obrigatório para os maiores de dezoito anos até os setenta, direto e secreto (art. 14 da Constituição Federal).

A validade da eleição realizada sob o controle e fiscalização da Justiça Eleitoral pressupõe o atendimento a uma série de limitações, restrições, obrigações e deveres impostos por lei, rigorosamente cumpridas. A incompatibilidade vertical do comportamento do eleitor, do partido, do juiz e a desobediência das obrigações impostas em lei implica a nulidade dos atos ou da eleição.

O art. 220 do Código Eleitoral estabelece as hipóteses de nulidade. Pode ocorrer por incompetência da mesa receptora (inciso I), incidir em documento falso (inciso II), horário incompatível (inciso III), sem a formalidade de preservação do sigilo dos sufrágios (inciso IV) e, quando a seção eleitoral não obedecer às prescrições do art. 135 (inciso V). As hipóteses aí cuidadas são casos de nulidade, a saber, inadmitem qualquer convalidação posterior e podem ser reconhecidas de ofício.

O art. 221 prevê os casos de anulabilidade, a saber, situações que admitem a convalidação ou sanatória. O mesmo artigo relaciona as hipóteses em que se impõe o desfazimento dos atos praticados em desacordo com a legislação. O art. 222 cuida de hipótese semelhante.

A invalidade pode ser decretada de ofício pela autoridade competente ou mediante requerimento ou manifestação da parte interessada.

O art. 224 prevê hipótese singular, isto é, se:

A nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do Município nas eleições municipais, julgar-se prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição, dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

Imaginemos que tenha sido quebrado o sigilo dos sufrágios de inúmeras seções eleitorais. A hipótese é de nulidade e não de anulabilidade, porque atinge princípio essencial da validade eleitoral, ou seja, o voto secreto, garantia da lisura do pleito. Verificada a nulidade de mais de metade dos votos possíveis, haverá o pleito de ser anulado (art. 224).

Anulada a eleição para o cargo que se enquadrar nas hipóteses do art. 224, cabe a designação de nova eleição. É a decorrência lógica e jurídica do desfazimento do ato eleitoral.

O art. 4º da Lei nº 13.165/2015 introduziu uma hipótese interessante e que será analisada. Inseriu o § 4º ao art. 224, que está conectado com as possibilidades estabelecidas no § 3º da mesma lei, o qual dispõe que:

A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

O artigo merece ser decomposto para análise mais detalhada. Em primeiro lugar, há que existir uma decisão da Justiça eleitoral. Em segundo, a decisão recai sobre cassação do diploma ou perda do mandato. Em terceiro, o pleito há de ser majoritário (logo o dispositivo não se aplica a pleitos proporcionais). Em quarto, é imprescindível o trânsito em julgado (a decisão não mais admite qualquer tipo

de recurso). E em quinto, a consequência será a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

Observe-se que a lei não prevê para qual pleito ela dispôs, se federal, estadual ou municipal.

A Constituição Federal estabelece que, quando os cargos de presidente e vice-presidente da República vagarem, nova eleição deverá ser realizada dias depois de aberta a última vaga. A hipótese de que cuida o preceito constitucional diz respeito à vacância. Ora, o cargo fica vago quando seu titular for cassado, morrer, ver reconhecida sua incapacidade civil ou for reconhecido algum dos casos do art. 86 da Constituição Federal. O impeachment decorre da prática de crimes de responsabilidade. Há duas hipóteses: a cassação pode decorrer de ato judicial por crime comum ou de ato do Senado (depois do recebimento da acusação pela Câmara dos Deputados) sob presidência do presidente do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição prevê todas as hipóteses e a Suprema Corte estabeleceu o procedimento adequado para a cassação do presidente da República. Nas hipóteses referidas é que ocorre a vacância do cargo.

Se ocorrer a vacância dos cargos de presidente e vice haverá nova eleição. Caso os dois cargos vaguem (art. 81, *caput*) nova eleição será realizada em noventa dias.

Caso, no entanto, a vacância ocorra “nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita em trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei” (§ 1º do art. 81).

Ainda não sobreveio a lei que disciplinaria o § 1º do art. 81 da Constituição Federal. Tem-se aí uma lacuna deontica, que significa a falta de previsão normativa para o aplicador do Direito saber como agir. Nas eleições por votação direta, ou seja, por toda a população do colégio eleitoral (federal, estadual ou municipal) cabe ao Tribunal Eleitoral competente presidir a eleição e tomar as providências necessárias para que o pleito se realize.

No caso de a vacância ocorrer nos dois últimos anos do período presidencial é que surge o problema, porque caberá ao Congresso Nacional, por votação indireta eleger o presidente e respectivo vice. De que forma? Na lacuna legal, o intérprete há que encontrar um caminho para colmatar a ausência de norma disciplinadora.

Entendemos que poderão ser eleitos todos os que atenderem aos requisitos do § 3º do art. 14, que estabelece as condições de elegibilidade, a saber: a) nacionalidade brasileira; b) pleno exercício dos direitos políticos; c) alistamento eleitoral; d) domínio eleitoral na circunscrição; e) filiação partidária; e f) idade mínima estabelecida.

Em segundo lugar, o pleito deve se desenvolver sob a presidência do presidente do Congresso Nacional (a eleição ocorre no Congresso Nacional – § 1º do art. 81 da Constituição Federal).

Como a eleição deve ser realizada pelo Congresso, a sessão será única (não haverá votações em cada Casa congressual). Todos os parlamentares têm peso igual (um eleitor um voto).

Os indicados são votados separadamente e, caso alguém consiga maioria absoluta, será proclamado presidente ou vice. Não conseguindo a maioria absoluta, far-se-á segundo turno (aplicação analógica do previsto no §§ 2º e 3º do art. 77 da Constituição Federal).

Dispensa-se o lapso temporal estabelecido no § 3º do art. 77, por força do prazo estabelecido no § 1º do art. 81 da Constituição da República.

Entendendo que todas as hipóteses foram analisadas, passamos a examinar a hipótese prevista no § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, com a redação que lhe foi dada pelo art. 4º da Lei nº 13.165/2015. Estabelece o referido dispositivo que:

A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; II – direta nos demais casos.

O texto inovou bastante em termos de eleição para cargos de chefia do Executivo. Em Direito há que se obedecer ao que se rotula de hierarquia das normas.

O SISTEMA NORMATIVO: PRINCÍPIOS E REGRAS

Impõe-se pequena divagação sobre o que é o sistema normativo e como há interdependência de seus princípios e regras. Como ensina Lourival Vilanova (1977, p. 109):

Poderíamos dizer que, na proposição normativa fundamental, temos o apoio para a propriedade (análoga à propriedade matemática de certas operações em conjuntos) do fechamento. Quando Kelsen sublinha que “For a norm the creation of which is not determined at all by another norm cannot belong to any legal order” (Kelsen, “General Theory of Law and State”, pág. 133), dá expressão ao *princípio da continuidade* normativa no interior do sistema jurídico. Oferece não somente o *critério de pertinencialidade* ao sistema, como o caráter homogeneamente normativo de suas partes integrantes. [...] O sistema consta de proposições normativas: uma proposição normativa tem sua origem (*reason of validity*) em outra proposição normativa; uma proposição normativa só pertence ao sistema de podemos reconduzi-la à proposição fundamental do sistema. Cada norma provém de outra norma e cada norma dá lugar, ao se aplica à realidade, a outra norma. O método de construção de proposições normativas está estipulado por outras normas.

O sistema normativo é uno. Tem um fundamento de validade que é a Constituição Federal. Esta busca está em conformidade com a teoria kelseniana, na denominada norma hipotética fundamental, a saber, a norma fática que emite um comando para formação das normas positivas. A partir daí, consolidado o pacto sociojurídico em texto normativo superior, outras normas advirão, de forma inferior.

Prevalece, sempre e sempre, o critério da pertinencialidade, ou seja, as normas inferiores devem guardar compatibilidades sintática e semântica com a Constituição Federal. Em termos semânticos, as normas guardam entre si conexões lógicas e hierárquicas. A norma superior dita o conteúdo e a validade da norma inferior. Na relação semântica, as normas são compatíveis com a sociedade a que se dirigem.

Pode-se tranquilamente falar em sistema, porque a matéria é unicamente normativa. A norma é que lhe dá a unidade. Como diz Lourival Vilanova (1977, p. 119), “o sistema da ciência jurídica tem na norma fundamental a condição de conhecimento do objeto (o Direito positivo)”.

Não podemos confundir ciência do Direito com Direito positivo. Aquela serve ao analista do sistema de Direito positivo que o descreve e analisa. Este dispõe sobre os comportamentos humanos através dos modais deontológicos (é obrigatório que ..., é proibido que ... e é permitido que ...).

A primeira utiliza a metalinguagem, ou seja, efetua a descrição sobre a linguagem do Direito positivo. Esta é normativa. Aquela é científica por ser descritiva ou crítica da segunda. Não são isomórficos.

Assim, o sistema positivo de Direito não pode admitir incoerências nem incompatibilidades. Pode ocorrer que surja incompatibilidade entre uma norma e outra, ambas da mesma força jurídica, a saber, duas previsões de comportamentos antitéticos. O sistema não admite antinomias. Estas ocorrem quando normas da mesma força jurídica dispõem sobre comportamentos de forma diversa. Há critérios para desfazimento das antinomias. O primeiro é o hierárquico. A norma superior retira do mundo jurídico a inferior. O segundo é o temporal: a norma posterior revoga a anterior.

Utilizando o primeiro dos critérios apontados, verifica-se que a norma inserida no Código Eleitoral é incompatível com a previsão constante do § 1º do art. 81 da Constituição Federal. Para o desfazimento das antinomias a regra básica é se a norma puder incidir sobre outras situações jurídicas que não aquela disciplinada, expressamente, pela lei maior, poderá subsistir no ordenamento jurídico. Mas, ressalte-se, não incidirá sobre a hipótese tratada na Constituição Federal.

PRIMEIRA CONCLUSÃO

O inciso I do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral não se aplica quando da vacância dos cargos de presidente e vice-presidente da República. A previsão do comportamento deontológico é obrigatório que o lapso para eleição indireta do presidente e vice-presidente da República que ocorra a vacância nos dois últimos anos do período presidencial.

Apressadamente, poder-se-ia pensar, então, que o texto introduzido no § 4º do art. 224 do Código Eleitoral estaria revogado por incompatibilidade vertical com o texto da Constituição Federal. Há retirada automática do texto?

Passa-se a questionar, então, se o dispositivo subsiste não para disciplinar a hipótese de vacância dos cargos federais, mas para dispor sobre a vacância que possa ocorrer nos cargos de governador dos estados e do Distrito Federal e de prefeitos, no lapso temporal previsto no Código Eleitoral.

Indaga-se: o modelo que estabelece a eleição para os cargos de presidente e vice-presidente da República aplica-se, obrigatoriamente, às demais entidades federativas? Estão ambas amarradas ao dispositivo constitucional ou está livre o legislador para dispor de outra forma sobre as sucessões estadual e municipal.

Se a vacância dos cargos de governador e prefeito e respectivos vices ocorrer no prazo de dois anos anteriores ao período governamental dos chefes do Executivo, não há dificuldade jurídica, porque a eleição que se faz é direta. Mas, atenção, a eleição direta se faz, no caso do mandato do chefe do Executivo no âmbito federal, apenas se a vacância ocorrer nos dois anos iniciais do mandato presidencial. O problema é que o Código Eleitoral estabeleceu de forma diferente para governador e prefeito. Prevê eleição direta se a vacância ocorrer até seis meses do final do mandato (inciso I do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral).

O modelo federal é obrigatório para as demais unidades da federação ou pode a lei dispor de forma diversa?

No Estado brasileiro há uma tripartição de poderes. Soberano é o Estado. Dentro deste, algumas competências são atribuídas à União (art. 21), outras aos municípios (art. 30) e a competência remanescente é dos estados-membros (§ 1º do art.

25). São unidades autônomas que têm legislação própria, governo eleito e receitas financeiras para sua subsistência.

Descabe a estados-membros, Distrito Federal e municípios legislarem sobre matéria eleitoral. A competência é exclusiva da União (inciso I do art. 22 da Constituição Federal). O caso é matéria eleitoral? De forma alguma, porque não se pode confundir legislação sobre matéria eleitoral com ordem de vocação sucessória que é assunto político reservado à competência exclusiva de estados e municípios.

Em sendo assim, abaixo do estabelecido pela Constituição Federal que estabelece expressamente sobre as providências a serem adotadas em caso de vacância dos cargos de presidente e vice-presidente da República, impõe-se a análise a fim de verificar se é possível à lei federal dispor diversamente nos casos de vacância dos cargos de governador, prefeito e respectivos vices.

Não se aplicando à hipótese de vacância dos cargos mencionados acima, resta indagar sobre a vacância de cargos de governador e prefeito. O dispositivo legal dispõe sobre: a) indeferimento do registro; b) cassação do diploma; ou c) perda de mandato de candidato eleito em pleito majoritário.

Convém algumas palavras sobre o Estado Federal. É nossa estrutura estatal (art. 1º da Constituição Federal). Significa que há um Estado soberano (não admite outra força jurídica interna que lhe seja igual nem força externa que lhe seja superior) e há estados-membros, isto é, pessoas jurídicas de menor envergadura, mas que usufruem de autonomia. Estados e municípios se constituem por força própria dentro do Estado Federal. Daí a indagação que se impõe no Estado Federal: às unidades federativas é dado assumir obrigações próprias ou estão sujeitas a respeitar o modelo federal? Julgamento anterior definiu que os Tribunais de Contas têm que seguir o sistema federativo. Logo, não é permitido a estados-membros e municípios que criaram os Tribunais de Contas divergirem do modelo federal.

Pensamos que a hipótese de que aqui se cuida é diversa. A lei federal deve dispor sobre matéria eleitoral (inciso I do art. 22). Como a Constituição Federal dispôs sobre a eleição indireta na hipótese de vacância dos cargos de presidente e vice-presidente (§ 1º do art. 81 da Constituição Federal) não há previsão normativa para os demais cargos de pleitos majoritários nos estados e municípios.

Deliberou o Congresso Nacional que, nos pleitos de eleição majoritária, os prazos seriam reduzidos (ou aumentados). A saber, na hipótese de indeferimento do registro (art. 87 e seguintes do Código Eleitoral) de candidato (o caso imaginado seria do indeferimento de candidatura única ou da rejeição do registro de todos os candidatos) haverá eleição direta, ocorrendo a rejeição em menos de seis meses do indeferimento. Ora, a hipótese figurada guarda relativa facilidade de interpretação. Se todos os candidatos forem rejeitados (mesmo um só em candidatura única), a solução é imediata.

Observe-se, no entanto, que a eleição exige trânsito em julgado da decisão, o que implicará tramitação procedimental lenta. Não tendo havido o pleito imediato, a solução é que assuma o presidente da Câmara eleito até que se aguarde novo pleito.

Caso a decisão judicial transitada em julgado demore mais de três anos e meio, a solução será o provimento do cargo mediante eleição indireta.

Na segunda hipótese, qual seja, a cassação do diploma, a solução será a mesma. Aguardando-se, na sequência, o trânsito em julgado da decisão de cassação.

A terceira hipótese (perda de mandato) que pode ocorrer por diversas formas, tanto em decorrência do impedimento do governador e vice e do prefeito e vice

declarado e reconhecido pela Câmara de Vereadores, como também por decisão judicial transitada em julgado. Caso haja recurso da decisão da Câmara que envolva o afastamento do chefe do Executivo e de seu substituto legal, a solução a ser dada será a prevista no inciso I e II do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral.

As soluções são de fácil aplicação. Só que todas elas esbarram no sistema adotado pelo Brasil, que é a estrutura estatal da federação. É o que analisaremos para concluir.

O PROBLEMA FEDERATIVO

O problema crucial é a obediência ou não ao modelo federal dos prazos. Caso se cuidasse de Direito substantivo, a saber, cassação de mandato, poder-se-ia discutir sobre as soluções alvitadas pela lei. No entanto, a matéria é de mero procedimento, ou seja, previsão do período em que pode haver ou não novas eleições diretas ou indiretas.

Como diz a ministra Carmem Lúcia, “perigosa é a interpretação constitucional – e mais ainda a prática constitucional – que conduz à restrição das autonomias das unidades federadas, por desvirtuar a própria ideia de federação” (ADIN 3.549-5- Goiás).

Na hipótese, a Constituição do Estado de Goiás limitava e impunha restrições à autonomia dos municípios e a Suprema Corte afastou a restrição.

Em julgamento anterior, decidiu-se que “não cabe ao estado-membro, sob pena de frontal transgressão à autonomia constitucional do município, disciplinar, ainda que no âmbito da própria Carta Política estadual, a ordem de vocação das autoridades municipais, quando configuradas situações de vacância ou de impedimento cuja ocorrência justifique a sucessão ou a substituição nos cargos de prefeito e/ou vice-prefeito” (ADIn 6897/PA, rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.2.2006).

Vê-se, pois, que a norma em questão não se subsume ao denominado princípio da simetria constitucional, a saber a “obrigatoriedade de reprodução nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas municipais das características dominantes no modelo federal” (voto da ministra Carmem Lúcia já citado).

Cabe, então, à Lei Orgânica dispor a respeito. Ora, se descabe ao Estado legislar sobre as atribuições político-eleitorais do município, o mesmo ocorre com a lei federal que não pode interferir na esfera íntima dos municípios e estados para disciplinar de forma diferente de eventual pretensão local.

Carré de Marlberg (1948, p. 168-169), ao cuidar do Estado federal, esclarece que:

El Estado miembro de un Estado federal, al tener competencia en su propia legislación, su administración y su justicia, tiene todas las funciones de la potestad estatal, por lo que debe calificarse de Estado.

É o *self government*. É o que também diz Jellineck, mencionado por Malberg. Diz Jellineck “para que una colectividad territorial sea un Estado, es necesario y suficiente que posea y ejerza em virtud de su propia Constitución, es decir, de su propia potestad de organizarse, todas aquellas funciones que pertenecen a la potestad estatal” (MALBERG, 1948, p. 170).

Federação pressupõe, pois, auto-organização, respeitado o que compete aos âmbitos federal e municipal. Como vimos, a competência dos estados-membros é subsidiária (§ 1º do art. 25 da Constituição Federal), remanescente do que cabe à União e aos municípios. Nem por isso é menos nobre, cabendo a cada unidade

federada cuidar de si própria, com eleição de seus mandatários e manter receita financeira própria.

Para nós, o sentido e o conteúdo do vocábulo *federação* é mais forte. Sabidamente, não estamos em estado unitário em que todas as competências são do Estado, devendo as províncias se sujeitarem à legislação editada pelo Parlamento.

No caso brasileiro, embora se possa, em teoria, discutir a previsão constitucional (mais nos parece um Estado unitário descentralizado, o que se argumenta para raciocinar), os preceitos da Constituição são muito claros em definir o Estado como federal (art. 1º da Constituição da República).

Se é, por definição, um Estado Federal, cabe aos estados-membros definir suas diretivas. Têm plena autonomia. A circunstância de caber à União legislar sobre Direito Eleitoral não alcança as hipóteses de exclusividade dos interesses políticos que são privativos das entidades federativas.

Cabe, pois, a cada estado e a cada município, na Constituição Estadual, no primeiro caso e na Lei Orgânica e no segundo dispor, privativamente, sobre o que lhe diz respeito. No caso dos municípios, o Supremo Tribunal Federal assentou que “o art. 30, inciso I da Constituição da República outorga-lhes aos Municípios a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local. A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põem-se no âmbito da autonomia política local, em caso de dupla vacância” (ADIN 3.549-5 Goiás, rel. Carmen Lúcia).

O raciocínio é estendido nos casos dos estados-membros. A eles cabe decidir suas soluções internas de caráter político, sem que possa haver qualquer interferência da lei federal. Poder-se-ia argumentar se o texto da legislação eleitoral federal pode ser aproveitado em caso de omissão das constituições estaduais ou das leis orgânicas na previsão da hipótese fática da dupla vacância. Seria o caso de lacuna normativa? Lacuna deontica? Ora, uma coisa é legislar sobre o processo eleitoral; outra, é dispor sobre vocação sucessória. A primeira é de competência da lei federal; a segunda diz respeito à disposição interna dos estados e municípios. A eles cabe resolver, individualmente, sobre a sucessão na hipótese de dupla vacância. É que não se pode confundir legislação eleitoral com autonomia política. Esta é mais forte que aquela no âmbito de uma federação.

A solução é ter-se em mente, bem viva, a ideia do conceito federativo. Não pode a lei federal, por ser a que tem maior campo de incidência, dispor sobre o que queira. É essencial que respeite o âmbito de validade das normas locais, municipais ou estaduais.

Daí a inconstitucionalidade do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2005. 

REFERÊNCIAS

MALBERG, Carré. *Teoria General del Estado*. Trad. José Lión Depetre, México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*, 6. ed., São Paulo: RT, 2014.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo: RT, 1977.



REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA é professor de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo - USP. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Presidiu a Associação Paulista de Magistrados, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Federação Latino Americana de Magistrados. Exerceu vários cargos eletivos entre vice-prefeito e, interinamente, prefeito de São Paulo e o de deputado federal. É autor de vários livros de Direito, estudo filosófico e romances.



Inconstitucionalidade da alteração promovida pela Lei nº 13.165/2015 no Código Eleitoral

■ POR MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH

Destaque-se, inicialmente, que a Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, trouxe importante tumulto nas eleições de 2016 e no sistema normativo eleitoral por ter acrescentado os §§ 3º e 4º ao art. 224, criando um verdadeiro Frankstein jurídico, conforme o dispositivo legal com seus acréscimos, *in verbis*:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

[...]

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será:

- I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;
- II - direta, nos demais casos.

Resta patente na mera leitura do *caput* com os §§ 3º e 4º evidente descompasso. A “cabeça” do artigo estabelece que novas eleições ocorrerão apenas e tão somente se a invalidação atingir mais da metade dos votos válidos. A *contrario sensu*, se a invalidação atingir menos da metade dos votos válidos, a eleição subsistirá convocando-se, dessorate, o segundo colocado.

Por outro lado, o § 3º e conjunto com o § 4º estabelecem, diversamente do *caput*, uma obrigatoriedade de renovação das eleições, “independentemente do número de votos anulados”, ou seja, havendo a perda de mandato de candidato

“Nós, brasileiros, vivemos em um estado de servidão voluntária, que na lição de Etienne de La Boétie (1530-1563), em sua obra “Discurso da Servidão Voluntária”, nada mais é do que se resignar ao *status quo*, não lutar contra a opressão e os desmandos daqueles que estão nos representando no exercício do poder.”

eleito em pleito majoritário decorrente do indeferimento do pedido de registro de candidatura, cassação de diploma ou de perda de mandato fruto de ação eleitoral serão realizadas novas eleições.

Dessa forma, não há como se afastar da evidente antinomia existente entre o *caput* e os §§ 3º e 4º, os quais estabelecem regramentos contraditórios dentro de um mesmo disposto legal, uma aberração jurídica para dizer o menos. Conforme leciona o mestre italiano Norberto Bobbio:

A situação de normas incompatíveis entre si é uma das dificuldades frente as quais se encontram os juristas de todos os tempos, tendo esta situação uma denominação própria: antinomia. Assim, em considerando o ordenamento jurídico uma unidade sistêmica, o Direito não tolera antinomias.

Embora entenda estar clara a antinomia jurídica existente entre o *caput* e os §§ 3º e 4º, todos do Código Eleitoral, o colendo Tribunal Superior Eleitoral, no voto da lavra do eminente ministro Henrique Neves, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 139-25.2016.6.21.0154, oriundo de Salto do Jacuí – Rio Grande do Sul, afirmou que:

[...] esse ponto específico tratado na Lei 13.165/2015 foi debatido e editado para preservar a soberania popular e a democracia representativa, independentemente da causa de exclusão do candidato que obteve o maior número de votos em determinada eleição. Em suma, deliberou-se no sentido de o segundo colocado não poder assumir o exercício do cargo, em qualquer hipótese. Não há nenhuma inconstitucionalidade na regra que não permite que o segundo colocado assuma o exercício do poder quando ele efetivamente não obteve a maioria dos votos sufragados, como se passa a expor.

Em outra passagem, o ministro Henrique Neves assevera que:

[...] a escolha legislativa pela realização de novas eleições nos casos descritos pelo § 3º do art. 224 ostenta muito mais legitimidade política do que a investidura do segundo colocado, de modo que o segundo colocado não pode ser beneficiado por um suposto abuso de direito de um candidato que apesar de saber ser inelegível permaneceu na disputa eleitoral todo custo.

Em que pese comungar do entendimento de Sua Excelência no que concerne a maior legitimidade política na realização de novas eleições em detrimento da investidura do segundo colocado, discordamos, em absoluto, sobre a ausência de contradição entre o *caput* e o § 3º.

Com efeito, essas aberrações legislativas poderiam perfeitamente ser evitadas se o legislador brasileiro não fosse açodado e produzisse normas respaldados em juristas renomados, fato que evitaria a ocorrência constante de antinomias jurídicas no ordenamento pátrio.

Entretanto, não bastasse essa evidente contradição normativa existente, os §§ 3º e 4º ainda colidem com as normas constitucionais previstas no art. 81, § 1º, combinado com o art. 28, ambos da Constituição da República, conforme será apresentado a seguir.

Em paralelo ao acima exposto, para melhor compreensão do que será tratado, há que se ressaltar, por oportuno, que a regra introduzida pela Lei nº 13.165/2015 ao art. 224 fere o pacto federativo, uma vez que houve evidente invasão da competência legislativa dos estados, Distrito Federal e municípios, consoante será demonstrado.

A forma federativa de Estado, tal como a vigente no Brasil, tem sua origem nos Estados Unidos e remonta ao ano de 1787. Anteriormente, em 1776, houve a proclamação da independência das treze colônias britânicas da América, passando cada qual a se intitular um novo Estado soberano, com plena liberdade e independência. Os Estados resolveram formar, por meio de um tratado internacional – Artigos de Confederações – a Confederação dos Estados Unidos Americanos, um pacto de colaboração a fim de se protegerem das constantes ameaças da antiga metrópole inglesa. No aludido pacto permitia-se a denúncia do tratado a qualquer tempo, consagrando-se, assim, o direito de retirada ou secessão. Com o exercício do direito de retirada por alguns Estados foi gerada a fragilização da confederação, o que permitiu ataques britânicos. Buscando alternativa ao citado problema, os Estados Confederados, reunidos na Filadélfia, estruturam as bases para a Federação norte-americana e, com isso, cada Estado cedeu parte de sua soberania para um órgão central, responsável pela centralização e unificação, formando-se os Estados Unidos da América, passando a ser autônomo entre si, dentro do pacto federativo.

Seguindo o mister de tornar mais claro o motivo da assertiva de que as normas introduzidas pela Lei nº 13.165/2015 ao art. 224 do Código Eleitoral são inconstitucionais, por ofensa ao pacto federativo previsto no art. 1º, *caput*, da Constituição da República, o qual dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, há que se destacar as características comuns de toda Federação:

- a) **descentralização política:** a própria constituição estabelece núcleos de poder político, estabelecendo autonomia para cada ente;
- b) **constituição rígida como base jurídica:** fundamental para a existência de uma Constituição rígida no sentido de se garantir a distribuição de competência entre os entes autônomos, surgindo, uma verdadeira estabilidade institucional;
- c) **inexistência do direito de secessão:** uma vez criado o pacto federativo não se permite o direito de separação, de retirada. Tanto é que o art. 34, I, da Constituição da República de 1988 estabelece que a tentativa de retirada ensejará a decretação da intervenção federal no Estado, ao dispor que “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional”;
- d) **soberania do Estado Federal:** a partir do momento em que os Estados ingresarem na federação perdem soberania, passando a ser autônomos. Os entes federados são, portanto, autônomos entre si, de acordo com a soberania,

característica do todo, do “país”, do Estado Federal, no caso do Brasil, República Federativa do Brasil;

- e) **auto-organização dos estados-membros:** elaboração das constituições estaduais;
- f) **órgão representativo dos estados-membros:** no Brasil, de acordo com o art. 46¹, representação se dá pelo Senado Federal.

Cumpra-se destacar, outrossim, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados, municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito. O art. 18, *caput*, complementa ao determinar que: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos [...]”.

Conforme leciona o professor Jose Jairo Gomes, da Universidade Federal de Minas Gerais, uma das maiores referências do Direito Eleitoral do Brasil:

A Constituição de 1988 inaugurou um federalismo de tipo cooperativo. Em razão disso, não só se criou um sistema de repartição vertical de competência legislativa – no qual uma mesma matéria é simultaneamente atribuída, em diferentes níveis, a diferentes entes federativos, sendo, pois, a competência de tais entes concorrente ou comum –, como também se previu um espaço de competência material comum entre os entes federativos.

Repise-se que essa introdução prévia e superficial em relação ao pacto federativo é importante e fundamental para se verificar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela minirreforma eleitoral trazida com a Lei nº 13.165/2015.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º, INCISO I, DO CÓDIGO ELEITORAL

Consoante estabelece o art. 224, § 4º, inciso I, do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, ocorrendo o indeferimento de registro de candidatura, cassação de diploma ou perda de mandato, decorrente de decisão da Justiça Eleitoral, ocorrerá a vacância dos cargos majoritários, com a consequente necessidade de novas eleições.

Com efeito, até esse ponto da inovação legislativa não há reparos a serem feitos. Todavia, o legislador equivoca-se, substancialmente, ao fixar que as eleições serão diretas quando a vacância ocorrer até seis meses antes do término do mandato.

O art. 81² da Constituição República, que não é de observação obrigatória plena pelos estados e municípios em relação a eleições indiretas, estabelece um balizamento constitucional para todos os entes da federação, única e exclusivamente sobre as eleições diretas nos dois primeiros anos, conforme estabelece o art. 28, *caput*, da Lei Fundamental da República.

Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.

Destarte, a Lei nº 13.165/2015, ao fixar, peremptoriamente, que todos os Entes da federação deverão realizar eleições diretas, na hipótese de vacância até seis meses

antes do término do mandato, invalidou a esfera de competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ferindo de morte o pacto federativo, base fundante da República.

Nesse sentido, cumpre destacar excerto do acórdão exarado na ADI 1.057/BA, de relatoria do ministro Celso de Mello, *in verbis*:

O Estado-membro dispõe de competência para disciplinar o processo de escolha, por sua Assembleia Legislativa, do Governador e do Vice-Governador do Estado, nas hipóteses em que se verificar a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental. Essa competência legislativa do Estado-membro decorre da capacidade de auto-governo que lhe outorgou a própria Constituição da República.

Destaque-se, ademais, que o ministro Celso de Mello esclarece que:

A primeira questão que se coloca nesta ação direta consiste, precisamente, em saber se a dupla vacância dos cargos executivos, decorrente da inexistência simultânea de Governador e de Vice-Governador, impõe ao Estado-membro, ou não, o dever de sujeição compulsória ao modelo normativo inscrito no art. 81 – especialmente em seu § 1º – da Constituição Federal, pois, em caso positivo, sustenta-se que, envolvendo a disciplina do tema matéria eminentemente eleitoral, incumbiria à União Federal, mediante lei nacional, dispor sobre o processo de escolha, pelas Assembleias Legislativas, dos novos Governador e Vice-Governador para o desempenho de mandato residual. Os Estados-Membros não estão sujeitos ao modelo consubstanciado no art. 81 da Constituição Federal, abrindo-se, desse modo, para essas unidades da Federação, a possibilidade de disporem normativamente, com fundamento em seu poder de autônoma deliberação, de maneira diversa.

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.298/TO, estabelece que:

[...] 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 2.154/2009, do Estado do Tocantins. Eleição de Governador e Vice-Governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembleia Legislativa. Votação nominal e aberta. Constitucionalidade aparente reconhecida. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do Estado-membro. Liminar indeferida. Precedente. Em sede [de] tutela antecipada em ação direta de inconstitucionalidade, aparenta constitucionalidade a lei estadual que prevê eleição pela Assembleia Legislativa, por votação nominal e aberta, para os cargos de Governador e Vice-Governador, vagos nos dois últimos anos do mandato.

Destaque-se o excerto do brilhante voto do ministro Cezar Peluso, em que Sua Excelência, para chegar à conclusão da não obrigatoriedade da aplicação da regra do art. 81, parágrafo 1º, da Constituição, propôs a seguinte e pertinente indagação: “1ª) aplica-se o chamado princípio da simetria aos Estados-membros em relação ao disposto no art. 81, §1º, da Constituição Federal?”.

O eminente ministro Cezar Peluso esclareceu ainda que:

No desate de causas afins, recorre a Corte, com frequência, ao chamado princípio ou regra da simetria, que é construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência

e harmonia dos poderes, nos três planos federativos. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da Constituição Federal e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República. [...] não é lícito, senão contrário à concepção federativa, jungir os Estados-membros, sob o título vinculante da regra da simetria, a normas ou princípios da Constituição da República cuja inaplicabilidade ou inobservância local não implica contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico, com severos inconvenientes políticos ou graves dificuldades práticas de qualquer ordem, nem com outra causa capaz de perturbar o equilíbrio dos poderes ou a unidade nacional. A invocação da regra da simetria não pode, em síntese, ser produto de uma decisão arbitrária ou imotivada do intérprete. [...] Ora, a questão proposta reside em saber se é de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, a norma do art. 81, § 1º, da Constituição Federal, ou, antes, se o modelo de eleições para os cargos de Governador e Vice-Governador, em lhes ocorrendo a dupla vacância, é apenas objeto de escolha jurídico-política imanente à autonomia dos Estados”. Faz essa breve digressão para em seguida concluir: “Posto afastada a regra da simetria, à mingua de razão relevante que, enraizada em exigência ligada à preservação da estrutura federativa, pudesse legitimá-la neste caso, parece-me, com o devido respeito, nada obstar ao estado-membro, na hipótese que tal voto suscitou, adotar, como expressão de sua autonomia, a eleição indireta na dupla vacância dos cargos de Chefe do Poder Executivo estadual, à vista do princípio da soberania popular e do direito do sufrágio universal mediante voto direto e secreto, como vem do art. 14 da Constituição da República”.

Portanto, o regramento estabelecido no § 4º do art. 224 do Código Eleitoral é inconstitucional, uma vez que infringiu norma de distribuição de competências federativas e de respeito aos espaços próprios dos estados, do DF e dos municípios. Ressalte-se, por oportuno, que um estado-membro ou um município pode estabelecer regra idêntica à prevista no § 4º, mas mesmo assim subsistirá a inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Uma alternativa para a plena uniformização da norma relativa a dupla vacância, seria a aprovação de uma proposta de emenda constitucional estabelecendo a aplicação obrigatória da regra insculpida no art. 81, § 1º, da Constituição da República a todos os entes da federação.

ELEIÇÕES SUPLEMENTARES – NOVO PROCESSO ELEITORAL OU MERA RENOVAÇÃO DO ESCRUTÍNIO ANTERIOR?

Superada a questão da inconstitucionalidade, remanesce a dúvida se haverá novo processo eleitoral ou mera renovação do escrutínio anterior. A determinação de realização de nova eleição implica o implemento de novo processo eleitoral, com escolha de candidatos, registro de candidatura, campanha eleitoral, propaganda, votação, apuração, proclamação dos resultados e diplomação.

Portanto, não se trata de mera renovação do escrutínio anulado. Se assim fosse, os envolvidos – eleitores e candidatos – deveriam ser os mesmos. Mas assim não ocorre. O corpo eleitoral da circunscrição do pleito sofre relevantes alterações em razão do ingresso de novos eleitores, e isso sucederá, por exemplo, se houver novas inscrições eleitorais originárias, transferências ou mesmo em função de cancelamentos e exclusões.

Por outro lado, sedimentou-se na jurisprudência o entendimento segundo o qual o causador da invalidação do primeiro pleito não pode participar do suplementar. Considera-se a incidência do princípio segundo o qual quem provoca

invalidez não pode dele se beneficiar. Não se trata de novo escrutínio, como ocorre no segundo turno ou na hipótese do art. 187 do Código Eleitoral, em que são invalidados os votos de determinada seção eleitoral, renovando-se, apenas nela, a votação. Trata-se, antes, de realização de nova eleição.

Art. 187. Verificando a Junta Apuradora que os votos das seções anuladas e daquelas cujos eleitores foram impedidos de votar, poderão alterar a representação de qualquer partido ou classificação de candidato eleito pelo princípio majoritário, nas eleições municipais, fará imediata comunicação do fato ao Tribunal Regional, que marcará, se for o caso, dia para a renovação da votação naquelas seções.

§ 1º Nas eleições suplementares municipais observar-se-á, no que couber, o disposto no Art. 201.

§ 2º Essas eleições serão realizadas perante novas mesas receptoras, nomeadas pelo juiz eleitoral, e apuradas pela própria Junta que, considerando os anteriores e os novos resultados, confirmará ou invalidará os diplomas que houver expedido.

§ 3º Havendo renovação de eleições para os cargos de prefeito e vice-prefeito, os diplomas somente serão expedidos depois de apuradas as eleições suplementares.

§ 4º Nas eleições suplementares, quando se referirem a mandatos de representação proporcional, a votação e a apuração far-se-ão exclusivamente para as legendas registradas.

Ressalte-se que a eleição suplementar deve ser marcada pelo Tribunal dentro do lapso de 20 a 40 dias, contados do trânsito em julgado da decisão que tiver indeferido o registro do candidato eleito, cassado o diploma ou o mandato.

A necessidade de trânsito em julgado para a realização de novas eleições fere frontalmente o princípio da razoabilidade, pois, como é cediço, são especialmente graves as situações que permitem cassação de diploma ou perda do mandato eletivo. O diploma pode ser cassado, por exemplo, quando houve captação de sufrágio (compra de votos), uso da estrutura da administração a favor de candidato, abuso de poder econômico, político ou dos meios de comunicação. Por outro lado, o mandato eletivo pode ser cassado se o eleito houver abusado do poder econômico ou praticado corrupção ou fraude. Ou seja, são formas de corrupção eleitoral.

O lendário presidente norte-americano Abraham Lincoln, em seu mais famoso discurso, proferido na cerimônia realizada no Cemitério Nacional de Gettysburg, na tarde de 19 de novembro de 1863, asseverou que:

[...] governo do povo, pelo povo e para o povo ira perecer da face da terra se a corrupção for tolerada. Os beneficiários e os pagadores de propinas possuem uma malévola preeminência na infâmia. A exposição e a punição da corrupção pública são uma honra para uma Nação, não uma desgraça. A vergonha reside na tolerância, não na correção. Nenhuma cidade ou Estado, muito menos a Nação, pode ser ofendida pela aplicação da Lei. [...] Se nós falharmos em dar tudo que temos para expulsar a corrupção, nós não poderemos escapar de nossa parcela de responsabilidade pela culpa. O primeiro requisito para o autogoverno bem-sucedido é a aplicação da lei, sem vacilos, e a eliminação da corrupção.

A corrupção eleitoral é a gênese de todas as corrupções e também a mais perniciosa, pois permite que candidatos imorais e mal-intencionados subvertam a vontade das urnas, utilizando-se, para tanto, de subterfúgios antidemocráticos.

Todavia, a morosidade do Poder Judiciário somado aos muitos e variados recursos eleitorais que podem ser manejados em face do indeferimento de registro,

da cassação de diploma e da perda de mandato, bem como pelo fato de o mandato de prefeitos, governadores e presidente ser de apenas quatro anos, o trânsito em julgado dificilmente ocorrerá antes de findado tal período.

Com efeito, essa situação afronta, diretamente, a soberania popular, inculpidado no art. 1º, parágrafo único³, e no art. 14, *caput*⁴, ambos da Constituição da República, e ao princípio da proporcionalidade.

Tal situação pode dar ensejo, nas hipóteses de cassação de diploma ou perda de mandato, a perpetuação no cargo de eleito que praticou corrupção eleitoral, uma vez que o art. 257, § 2º, do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, passou a prever efeito suspensivo aos recursos ordinários, quando determinou que:

O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo.

Dessa forma, a previsão de espera de trânsito em julgado, de forma indireta, outorga automaticamente efeito suspensivo a todo recurso eleitoral. O art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, pode ser interpretado, na prática, da seguinte forma: a sucessão de candidato majoritário eleito e cassado só ocorrerá depois que o Supremo Tribunal Federal julgar o processo.

Com efeito, exigência de trânsito em julgado para, só então, realizar nova eleição significa adiar a prestação jurisdicional mesmo depois de já não ser possível rediscutir os fatos do processo por estar esgotada a via recursal ordinária, consoante a Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Destarte, afigura-se impertinente e irresponsável ter que aguardar a decisão final do STF para que haja novas eleições. O papel da jurisdição eleitoral é zelar pela regularidade das eleições, assegurando que as disputas sejam legítimas e equilibradas. Assim, a exigência de trânsito em julgado deve ser entendida tão somente como o esgotamento das vias ordinárias, que na Justiça Eleitoral se encerra com a decisão dos tribunais regionais nas eleições municipais e com o julgamento no TSE nas eleições gerais.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, no REsp nº 13925, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral. Para melhor compreensão do alcance da decisão, cumpre extrair excerto do voto do eminente ministro relator Henrique Neves:

[...] II – Inconstitucionalidade da determinação legal de se aguardar o trânsito em julgado para a realização de novas eleições

A constitucionalidade da nova hipótese de renovação da eleição prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não significa dizer que todo o conteúdo do mencionado dispositivo atende aos princípios constitucionais que regem a matéria.

Assiste razão à douta Procuradoria-Geral Eleitoral no que tange à inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” contida no mencionado dispositivo.

Para a compreensão do tema, é necessário relembrar alguns aspectos do processo eleitoral brasileiro na sua concepção instrumental e a evolução empreendida.

Pela redação original do Código Eleitoral, os recursos eleitorais eram desprovidos de efei-

to suspensivo. A execução imediata das sentenças eleitorais sempre foi característica do Direito Eleitoral.

A partir da edição da Lei 13.165/2015, esse paradigma foi quebrado, reconhecendo-se efeito suspensivo automático aos recursos eleitorais interpostos para as instâncias ordinárias, conforme o novo § 2º acrescido ao art. 257 do Código Eleitoral.

Nas eleições municipais, esse novo dispositivo está em consonância com o art. 15 da Lei Complementar 64/90, que impõe, a partir da manifestação de órgão colegiado, a aplicabilidade imediata do reconhecimento da inelegibilidade.

Por outro lado, o Código Eleitoral reconhece ao candidato diplomado o direito de exercer a plenitude do mandato até que eventual recurso contra a expedição do seu diploma seja examinado pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme consta no seu art. 216.

Igualmente, no que tange ao registro de candidatura, a regra do art. 16-A da Lei das Eleições permite que o candidato cujo registro tenha sido indeferido pela Justiça Eleitoral permaneça na disputa, condicionando-se a validade dos seus votos ao provimento do recurso. Cabe lembrar que o art. 16-A da Lei 9.504/97 tem provável origem na jurisprudência deste Tribunal que admitia a continuidade da campanha eleitoral na pendência do recurso contra o indeferimento do registro, “por conta e risco” do candidato. Na redação adotada pela Lei 12.034/2009, que introduziu o mencionado art. 16-A, a referência à expressão “por conta e risco” foi suprimida, passando-se a admitir, portanto, a continuidade da campanha eleitoral para todos os efeitos, que ficam condicionados ao provimento do recurso.

Nesse sentido, este Tribunal recentemente concedeu a ordem pleiteada em mandado de segurança para garantir a participação de candidato no segundo turno de votação apesar de o seu registro ter sido indeferido em segunda instância, como se vê da respectiva ementa:

ELEIÇÕES 2016. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGUNDO TURNO. REALIZAÇÃO. SEGUNDO CANDIDATO MAIS VOTADO. REALIZAÇÃO DE ATOS DE CAMPANHA.

1. A pendência de análise de recurso especial interposto pelo candidato que teve seu registro indeferido pelas instâncias ordinárias não impede que, se for o caso, ele dispute o segundo turno, com a prática de todos os atos de campanha, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/97.
2. A proclamação do resultado provisório, para fins da apuração da necessidade de realização do segundo turno, deve considerar os votos válidos dados aos candidatos, excluídos apenas os brancos e os nulos por manifestação apolítica do eleitor.
3. Nos municípios com mais de duzentos mil eleitores, os votos dados a candidatos que concorreram no primeiro turno de votação com registro indeferido que esteja submetido a recurso devem ser computados para o efeito da verificação da necessidade de realização do segundo turno de votação até decisão final do Tribunal Superior Eleitoral.

Concessão da segurança.

(MS 0602028-24, rel. Min. Henrique Neves, julgado em 11.10.2016.)

Conforme consignado no mandado de segurança acima referido, a partir da interpretação dada às normas anteriormente destacadas, este Tribunal, ao editar as instruções relativas aos atos preparatórios, explicitou a necessidade de realização de novas eleições, no art. 167 da Res.-TSE 23.4561.

Consoante se verifica do teor dos §§ 2º e 3º do mencionado art. 167, consignou-se a possibilidade de a nova eleição ser realizada a partir do momento em que há pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral sobre o registro de candidatura, por ser esta Corte a última instância para a análise das questões infraconstitucionais, como já havia sido consignado na Consulta 1.657.

O entendimento expresso na referida consulta deve ser reafirmado, com mais razão, quan-

do se verifica que o antigo conflito de normas que era sustentado a partir do conteúdo da regra do art. 15 da Lei das Inelegibilidades – que previa a execução da decisão que reconhece a inelegibilidade apenas no seu trânsito em julgado – não mais subsiste.

A partir da edição da LC 135/2010, a regra do art. 15 da Lei Complementar 64/90 foi alterada, e a execução da decisão que reconhece a inelegibilidade está condicionada apenas ao pronunciamento do órgão colegiado.

De igual forma, a edição da regra do art. 16-A da Lei das Eleições, que impõe a manutenção da campanha do candidato cujo registro foi indeferido até a apreciação da matéria por instância superior, converge no sentido de se aguardar o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, tal como ocorre no caso de aplicação do art. 216 do Código Eleitoral.

Anote-se, nesse ponto, que há realmente situações divergentes tratadas pelo novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral no que tange ao momento da execução da decisão que indefere o registro da candidatura, de acordo com o entendimento consagrado pela jurisprudência deste Tribunal.

Isso porque o indeferimento do registro de candidatura para afastar o candidato dos atos relativos à campanha eleitoral somente ocorre com a manifestação da instância superior (TSE), ao passo que o afastamento do exercício do cargo ou do mandato eletivo daqueles que praticam ilícitos eleitorais se dá, por força da nova regra do § 2º do art. 257 do Código Eleitoral, a partir do escoamento da instância ordinária.

Confira-se, a propósito, que a execução imediata das decisões que cassam o diploma ou o mandato dos responsáveis ou dos beneficiados pela prática de irregularidades eleitorais sempre foi reconhecida por este Tribunal, em razão de os recursos eleitorais não serem dotados de efeito suspensivo. A nova regra que atribui tal efeito aos recursos ordinários não afasta os fundamentos que sempre foram referendados pelo TSE e serve somente para postergar a eficácia do efeito das decisões da Justiça Eleitoral, para que o afastamento do candidato cassado se dê depois da análise do seu recurso ordinário pelo órgão colegiado. A nova regra do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral – independentemente do reconhecimento ou não da sua inconstitucionalidade parcial – não tem o condão de alterar essa situação. O dispositivo não trata sobre a execução das decisões judiciais eleitorais sob o ângulo do afastamento do candidato da campanha ou do exercício do cargo. A matéria versada diz respeito apenas ao momento da realização de nova eleição, que é consequência indireta do afastamento do candidato eleito.

Verificados esses parâmetros legais, é certo que a inconstitucionalidade do § 3º do art. 224 não pode ser aferida pelas regras da legislação infraconstitucional acima indicada. Eventual conflito entre regras infraconstitucionais não enseja o reconhecimento de inconstitucionalidade, ainda que, diante de eventual antinomia entre as leis, se possa buscar a interpretação que garanta maior efetividade ao texto constitucional.

A menção aos dispositivos legais anteriormente mencionados deve ser considerada mero histórico e enquadramento da matéria sob o ângulo das regras vigentes que demonstram que o afastamento do candidato independe do trânsito em julgado da decisão que o determina.

Verificada tal situação, cabe examinar, à luz das regras e dos princípios contidos na Constituição da República, a constitucionalidade da convocação de novas eleições somente “após o trânsito em julgado” da decisão, consoante disposto no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.

Como visto, a análise pragmática revela que o “eleito” não pode ser diplomado ou, se o for, pode ser afastado do exercício do mandato antes do trânsito em julgado da decisão, por força das regras contidas nos arts. 16-A da Lei 9.504/97; 15 da Lei Complementar 64/90 e 257 do Código Eleitoral.

Em contrapartida, de acordo com o § 3º do art. 224, a realização da nova eleição ficaria condicionada ao trânsito em julgado da decisão, criando-se vácuo temporal indeterminado, com o preenchimento do cargo pelas pessoas que o podem exercer de forma efêmera, de acordo com as normas de regência.

Note-se, a propósito, que, nas eleições majoritárias, os únicos sucessores do titular eleito são os candidatos ao cargo de vice, que concorrem em chapa única e indivisível, ou, no caso dos senadores, os suplentes que igualmente disputam a eleição em relação de subordinação, aproveitando os votos conferidos ao titular.

Vale recordar que, em face do princípio da unicidade das chapas, a cassação do titular por motivo eleitoral atinge a situação jurídica do vice ou dos suplentes, ainda que eles não sejam responsáveis ou causadores da nulidade.

Excetuados os vices e os suplentes, todas as demais pessoas que figuram na ordem de sucessão do titular não são propriamente sucessoras, mas meros substitutos temporais, chamados a exercer o mandato pelo curto tempo necessário à realização de nova eleição. No plano federal, os dispositivos pertinentes da Constituição da República são precisos em identificar que a sucessão do mandato cabe apenas ao vice-presidente (art. 79) e, no caso da vacância de ambos os cargos, as demais pessoas especificadas são chamadas “ao exercício da Presidência” (art. 80), para que seja realizada nova eleição direta, no prazo de noventa dias, ou, se já transcorrido mais da metade do mandato, em trinta dias, pelo Congresso Nacional (art. 81, *caput* e § 1º).

De igual forma, na legislação infraconstitucional, a realização de nova eleição deve ocorrer no dia determinado pelo Tribunal “dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias”.

Assim, em qualquer dessas situações, admite-se que o poder seja exercido por quem não foi eleito para o cargo apenas por um curto espaço de tempo, como medida necessária para evitar que o Estado fique acéfalo enquanto a nova eleição é organizada.

A mera possibilidade de perpetuação dessa situação, mediante a manutenção de quem não foi eleito, como titular, vice ou suplente, à frente do cargo específico por tempo indeterminado, conflita com várias regras e princípios constitucionais.

Primeiro, e acima de tudo, há evidente afronta à soberania popular e à democracia representativa (CF, art. 1º, I e parágrafo único), diante da possibilidade de o mandato ser exercido, desde o seu início ou logo após, por quem não foi diretamente escolhido pelo povo para representá-lo no exercício do poder.

O exercício prolongado do cargo por quem nem sequer para ele concorreu também viola o vetor constitucional previsto no art. 14, § 9º, da Constituição da República no que tange à necessidade de se observar a legitimidade da eleição. Ainda que a Constituição permita o exercício efêmero da função por membros de outros poderes pelo período necessário à realização de nova eleição, não há como reconhecer legitimidade para o exercício delongado do mandato a quem, para tanto, não foi eleito.

A perpetuação do exercício do cargo por terceiro que não foi para ele eleito, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão judicial, conflita, em seguida, com o princípio da celeridade dos feitos eleitorais e com a garantia fundamental prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, ainda mais quando a postergação do trânsito em julgado da decisão pode servir como estratégia de grupos políticos e ao propósito de perpetuar o exercício temporário do cargo ou inviabilizar, em alguns casos, a realização de eleições pela via direta, com a prolongação do momento de sua realização.

Essa situação também ofende a independência e a harmonia entre os poderes (CF, art. 2º), no caso dos prefeitos, governadores e presidente da República, ao permitir que o mandato eletivo essencialmente inerente ao Poder Executivo seja exercido de forma prolongada por representante dos demais poderes.

[...]

A postergação da renovação da eleição, consoante as hipóteses estabelecidas na legislação infraconstitucional, também viola a regra do § 3º do art. 121 da Constituição Federal, que dispõe serem “irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança”. A irrecorribilidade das decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral com base na legislação infraconstitucional seria desafiada se os efeitos secundários da decisão da Justiça Eleitoral fossem condicionados ao trânsito em julgado de recurso, que é constitucionalmente incabível.

Assim, a expressão “após o trânsito em julgado” contida no art. 224, § 3º, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, deve ser declarada inconstitucional”.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão do ministro Gilmar Mendes, examinando recurso extraordinário tirado contra a decisão proferida pelo ministro do TSE Henrique Neves, confirmou a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado”, *in verbis*:

Com efeito, no que concerne especificamente à alegada violação ao princípio da soberania popular e da democracia representativa, o Ministro Henrique Neves da Silva, relator do feito, consignou, em seu voto, que a nova redação atribuída ao Código Eleitoral teve por objetivo, exatamente, conferir maior eficácia à vontade popular, ao pretender evitar que cargos majoritários sejam exercidos por candidatos que não obtiveram o maior apoio do eleitorado. (eDOC 5, p. 12)

Nesse sentido, pretende o legislador evitar que, sob qualquer hipótese de exclusão do candidato que obtiver o maior número de votos em determinada eleição, assumo o cargo em eleição majoritária outro candidato que não obtiver o maior número de votos.

Igualmente, portanto, não se sustentam os argumentos no sentido de que a redação do dispositivo impugnado estaria a tratar de hipótese de vacância do cargo, o que não teria ocorrido no caso em questão. Verifico, nesse sentido, que a tese fixada pelo tribunal de origem promoveu tratamento adequado ao tema. A propósito, confira-se:

“FIXAÇÃO DE TESE. CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL E CONVOCAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES.

1. As hipóteses do caput e do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não se confundem nem se anulam. O caput se aplica quando a soma dos votos nulos dados a candidatos que não obteriam o primeiro lugar ultrapassa 50% dos votos dados a todos os candidatos (registrados ou não); já a regra do § 3º se aplica quando o candidato mais votado, independentemente do percentual de votos obtidos, tem o seu registro negado ou o seu diploma ou mandato cassado.

2. A expressão “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, é inconstitucional.

3. Se o trânsito em julgado não ocorrer antes, e ressalvada a hipótese de concessão de tutela de urgência, a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra:

3.1. após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (art. 224, *caput*); e

3.2. após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo”.

Destaco, ainda, que já tive a oportunidade de me pronunciar a respeito de suposta necessidade de se considerar a realização de novas eleições apenas na hipótese de nulidade de mais da metade dos votos válidos. De fato, em obra doutrinária, manifestei-me nos seguintes termos a respeito da referida problemática:

“Questão jurídica relevante também é a aparente antinomia entre o caput do art. 224 do Código Eleitoral e o § 3º do referido artigo, introduzido pela Lei n. 13.165/2015. De fato, enquanto o *caput* estabelece a realização de eleições suplementares somente nos casos em que a nulidade atingir mais da metade dos votos válidos, o mencionado parágrafo estabelece que haverá nova eleição ‘independentemente do número de votos anulados’. Em outras palavras, quando prefeito e vice-prefeito eleitos com 42% dos votos válidos forem cassados pela Justiça Eleitoral, a chapa que obteve a segunda colocação assumirá, considerando o *caput* do art. 224 do Código Eleitoral, ou haverá novas eleições, tendo em conta o § 3º do referido artigo. Para as Eleições de 2016, o TSE expediu a Resolução n. 23.456/2015, assentando a necessidade de se realizarem novas eleições sempre que o candidato mais votado estiver com o registro de candidatura indeferido, pouco importando o número de votos válidos obtidos por ele (art. 167, I e II). Registre-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da norma contida no art. 41-A da Lei n. 9.504, segundo o qual ‘constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990’, pois a referida regra não criava nova hipótese de inelegibilidade – matéria submetida à reserva da lei complementar (CF, art. 14, § 9º) –, mas apenas reforçava a proteção à vontade do eleitor, combatendo, com a celeridade necessária, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto”. (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12. ed.; São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 756/757)

Verifica-se, portanto, que as alterações promovidas pela Lei 13.165/2015, à luz da interpretação desenvolvida no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, objetivam, exatamente, prestigiar, com a celeridade e eficácias necessárias, a vontade do eleitor, a ser manifestada, na hipótese dos autos, em pleito majoritário que reflita, entre os candidatos aptos ao escrutínio popular, os interesses dos eleitores, na eleição daquele que representa.

Assim, neste juízo preliminar, não verifico a existência do requisito da probabilidade do direito alegado, necessário para a concessão da tutela de urgência pretendida. Ante o exposto, indefiro o pedido de medida liminar.

Dessa forma, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei nº 13.165/2015, no que pertine à expressão “após o trânsito em julgado” é inequívoca em razão de afrontar diretamente o princípio da soberania (CF, art. 1º, I), a determinação de que todo o poder emana do povo e deve ser exercido por seus representantes (CF, art. 1º, parágrafo único), legitimamente eleitos (CF, art. 14, caput e § 9º), o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 121, § 3º).

CONCLUSÃO

Em face das considerações pode-se depreender as seguintes conclusões:

- a) é evidente a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do art. 224 do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, por afrontar ao pacto

federativo, já que invadiu a esfera de competência dos estados, DF e municípios no que concerne às eleições, em decorrência de dupla vacância nos cargos majoritários, após decorridos dois anos do mandato. Não compete à lei federal estabelecer tal regramento, consoante o art. 28 da Constituição da República;

- b) fere o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da soberania exigir que as novas eleições, fruto da vacância dupla dos cargos, decorrentes de decisão na seara eleitoral, aguarde o trânsito em julgado, razão pela qual deve ser considerado inconstitucional, do contrário poderá estar perpetuando candidaturas amparadas em ilegalidades e imoralidades ou até mesmo em corrupção eleitoral. Nas palavras do presidente Theodore Roosevelt “tão malignos quanto e piores do que ladrões por assassinares a própria comunidade são os corruptos”, nos quais se enquadram aqueles que menosprezam a lisura exigida nos pleitos eleitorais. Segue Roosevelt: “Não existe crime mais sério do que a corrupção. Outras ofensas violam uma lei enquanto a corrupção ataca a fundação de todas as leis”.

Por fim, não poderia deixar de citar o teólogo e filósofo Mário Sérgio Cortella, em sua obra escrita em parceria com o filósofo Renato Janine Ribeiro, intitulada “Política para não ser idiota”, quando afirmam que “Os ausentes nunca têm razão”. Extrai-se dessa lapidar lição que os cidadãos devem cada vez mais participar da vida política de seu país, por óbvio, iniciando pela vigilância em sua *polis*, combatendo qualquer singelo sinal de corrupção. Nós, brasileiros, vivemos em um estado de servidão voluntária, que na lição de Etienne de La Boétie (1530-1563), em sua obra “Discurso da Servidão Voluntária”, nada mais é do que se resignar ao *status quo*, não lutar contra a opressão e os desmandos daqueles que estão nos representando no exercício do poder. Segundo ensinamento de Santo Agostinho, “não sacia a fome quem lambe pão pintado”, ou seja, temos que sair do ócio para irmos à luta por uma país melhor. 

NOTAS

- 1 Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.
§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.
§ 2º A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.
§ 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes.
- 2 Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.
§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.
§ 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores.
- 3 Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
- 4 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:



MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH é advogado especialista em Direito Público e Eleitoral e sócio do escritório Aith Advocacia.

O combate à corrupção na propaganda eleitoral

■ POR FERNANDA CAPRIO

“A corrupção é um mal tão versátil que, mesmo fortemente combatido, se reacomoda e volta a se manifestar em minúcias antes impensáveis. A reflexão que emerge é sobre a natureza da corrupção, que não está fora, mas sim dentro do ser humano, nas grandes e nas pequenas coisas, nos milhões e nos centavos.”

No Brasil, temos a garantia de que todo “poder emana do povo, que o exerce por meios de representantes eleitos” nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, e de que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (art. 14). A Constituição também garante o pluralismo e a autonomia partidária (art. 17, parágrafo 1º). Estes são instrumentos do regime democrático, resultado de inúmeras revoluções.

Mas a revolução que mais se tem visto ultimamente é o combate à corrupção, com especial menção aos trabalhos da Operação Lava Jato, iniciada em 2014. A legislação eleitoral, contudo, tem feito contribuições que merecem destaque, especialmente a partir do ano de 2006, quando alterações tentaram combater trocas políticas nas campanhas eleitorais principalmente no que se refere à propaganda eleitoral.

A Lei nº 9.504/1997, chamada Lei das Eleições, nasceu num período pós regime militar e sob o signo do Movimento *Diretas Já*. Por esta razão, seu texto inicialmente priorizava a massificação da propaganda eleitoral, de forma a atingir o maior número possível de eleitores para promover o regime democrático. Nas décadas de 1990 e 2000, a Lei das Eleições permitia a fixação de placas em postes de iluminação pública, em sinalização de trânsito, em pontes, em pontos de ônibus, bem como *outdoors*, trios elétricos, showmícios, contratação de artistas, utilização de brindes



eleitorais como camisetas, chaveiros, bonés e outros (arts. 26, IX, XI, XIII, XIV, 37, 39 e 42, Lei nº 9.504/1997). Diante destas permissões legais, fica fácil entender o termo “festa da democracia” para designar o período de campanha eleitoral.

Segundo Ane Ferrari Ramos Cajado (2014, online):

Os debates televisionados obrigam candidatos a confrontar propostas; o acompanhamento da pesquisa de opinião é feito pelos meios jornalísticos; a imagem dos candidatos e a propaganda eleitoral passam a receber massivos investimentos; as campanhas são planejadas acompanhando a flutuação da tendência da vontade eleitoral.

Cumprir à lei regular ou coibir condutas praticadas no meio social que resultem em quebra da harmonia idealizada. Assim, a Lei nº 9.840/1999 começou a dar mostras do combate à corrupção eleitoral ao inserir o art. 41-A na Lei das Eleições para criminalizar a “compra de voto” (captação de sufrágio). No entanto, foi a partir de 2006 que o legislador efetivamente começou a frear a propaganda eleitoral, pois esta já dava mostras de ter se tornado mecanismo de clientelismo eleitoral.

A Lei nº 11.300/2006 vedou a propaganda em “postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos”, alterando o art. 37, *caput*, da Lei das Eleições. Em 2013, a redação do dispositivo foi novamente alterada para proibir os “cavaletes e assemelhados” pela Lei nº 12.891/2013 e, em 2015, a Lei nº 13.165/2015 proibiu os “bonecos e assemelhados”. Tudo isso se destinou a limitar o abuso da utilização de bens públicos para veiculação de propaganda eleitoral, evitando o favorecimento de candidatos ou partidos que tivessem a “máquina pública” nas mãos. Além disso, buscou-se evitar que candidatos com mais recursos fixassem sua imagem com mais facilidade na mente do eleitor pela quantidade de propaganda distribuída nas ruas.

A necessidade de se reduzir o apelo midiático, o custo das campanhas e garantir a paridade de armas entre candidatos mais e menos abastados, levou o Legislativo a editar a Lei nº 11.300/2006, revogando o art. 42 e acrescentando o parágrafo 8º no art. 39 da Lei das Eleições, que proibiu o uso de *outdoors* em campanhas eleitorais, um meio de propaganda caro, que atinge muito mais pessoas, em muito menos tempo, com significativo apelo visual. Campanhas muito caras pressupõem vultosas doações, que levam à criação de vínculos entre doadores e candidatos, os quais muitas vezes são baseados em futuras trocas clientelistas entre o candidato vitorioso e seus doadores de campanha.

O combate à propaganda eleitoral massificada levou também o legislador a proibir pagamento de impulsionamento de propaganda eleitoral na internet, vedação a princípio previsto de modo amplo no art. 57-C da Lei das Eleições, introduzido pela Lei nº 12.034/2009 e melhor delimitada pelo art. 23 da Resolução TSE nº 23.457/2015.

Mas os cuidados da legislação eleitoral em prevenir a troca eleitoral por meio da propaganda não pararam aí. Em 2009, a Lei nº 12.034 acrescentou o parágrafo 8º ao art. 37, da Lei das Eleições, dispondo que a veiculação de propaganda em bens particulares (móveis ou imóveis) deveria ser gratuita (ex: residências, veículos, terrenos, etc.). Esta proibição mostra que o legislador procurou combater a venda de espaço particular para propaganda eleitoral, já que o eleitor deve apoiar candidato por convicção política e não por interesse econômico.

Quanto aos populares showmícios, foram extintos em 2006. Estes eventos eram muito utilizados nas campanhas eleitorais, uma vez que atraíam grande número

de pessoas. Entre apresentações de artistas, os candidatos faziam seus discursos. A prática foi levando ao encarecimento dos comícios, com contratação de artistas cada vez mais famosos no intuito de arregimentar mais e mais eleitores. Quanto mais marcante um comício, mas força e popularidade o partidos e seus candidatos ganhavam na campanha e na mente dos eleitores. Este tipo de troca de votos por diversão foi vedada pela Lei nº 11.300/2006, que introduziu o parágrafo 7º no art. 39 e revogou os incisos IX e XI do art. 26, ambos da Lei das Eleições. Já os trios elétricos foram proibidos de trafegar sonorizados nas ruas em 2009, pela introdução do parágrafo 10 no art. 39 da Lei das Eleições, uma alteração ocasionada com o advento da Lei nº 12.034/2009. O objetivo do legislador foi de impedir a troca de votos por diversão, pois passeatas e carreatas acabavam se transformando em festas móveis nas ruas.

A Lei nº 11.300/2006 proibiu também o apoio a campanhas por parte de entidades esportivas (inciso IX, do art. 24 da Lei das Eleições), pois times ou entidades esportivas têm o poder de direcionar o foco dos torcedores e, ao investir em determinada campanha, voltavam a atenção aos candidatos beneficiados pelos respectivos investimentos. A mesma intenção de coibir o fervor popular acrescentou o inciso VIII ao mesmo art. 24, vedando o apoio eleitoral por entidades beneficentes e religiosas, já que estas são capazes de convergir votos de grupos unidos por ideologia, caridade ou fé. Em ambos os casos, a troca eleitoral que poderia ser perpetrada entre candidatos e líderes de entidades foi proibida pela legislação. Quanto à utilização de igrejas para divulgação de candidaturas, recentemente o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral chegou à conclusão de que a participação ativa de candidato em evento religioso constitui possível configuração de abuso de poder econômico. Segundo a decisão:

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, entendeu que, apesar de a legislação não dispor sobre o abuso de poder religioso como ilícito eleitoral, pode caracterizar abuso de poder econômico a participação ativa de candidato a mandato eletivo em evento religioso, no qual há pedido expresso de voto em seu favor” (Recurso Ordinário n.2653-08 em 07 de março de 2017, oriundo de Porto Velho/Rondônia, relatoria do Ministro do TSE Henrique Neves da Silva).

Além da proibição de apoio eleitoral por entidades religiosas e esportivas, o art. 24 da Lei nº 9.504/1997 veda também a doação de recursos estrangeiros (art. 24, I e VII), de “órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos públicos” (art.24 II), de “concessionário ou permissionário do serviço público” (art. 24, III), de “entidade de utilidade pública” (art.24, V). Em 2006, a Lei nº 11.300 incluiu neste rol “organizações não governamentais que recebam recursos públicos” (art.24, X) e “organizações da sociedade civil de interesse público” (art. 24, XI). É fácil compreender que o objetivo do legislador é impedir o favorecimento de candidaturas com verba pública, uso indevido da “máquina pública” por candidatos à reeleição, influência destes sobre o terceiro setor para captar votos e troca de votos por promessas de futuras nomeações, concessões ou permissões públicas. Os arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997 complementam a coibição ao uso indevido da “máquina pública” elencando as “condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais”.

Foi também em 2006 que a propaganda eleitoral por meio de brindes foi proibida. A Lei nº 11.300/2006 revogou o inciso XIII do art. 26 e introduziu o parágrafo 6º no art. 39 da Lei das Eleições, vedando “a confecção, utilização, distribuição

por comitê, candidato, ou com a sua autorização, de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor”. Foi o fim das tão populares camisetas com as quais os candidatos presenteavam eleitores. Esta vedação persiste e tem interpretação extensiva, aplicando-se a qualquer objeto ou promessa que possa ser entendida como “vantagem” conferida por candidato a eleitor, podendo levar, inclusive, à criminalização da conduta por “compra de voto” (art. 41-A da Lei nº 9.504/1997).

Vê-se que o legislador foi paulatinamente proibindo a utilização de propaganda eleitoral como meio de troca política. O ponto de convergência foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650/2015, quando proibiu a doação de empresas a partidos e candidatos, limitando, por consequência, a quantidade de recursos disponíveis para confecção e distribuição de propaganda eleitoral. Esta vedação resultou da análise do binômio “financiamento eleitoral *versus* composição do parlamento brasileiros”, conforme divulgado pelo jornal O Estado de São Paulo, ao revelar as 10 empresas que mais doaram nas eleições 2014, as quais contribuíram com a eleição de 70% dos deputados federais pertencentes a 23 partidos políticos diferentes.¹

O acórdão na ADI 4650/2015, registrou que:

A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.

A corrupção é um mal tão versátil que, mesmo fortemente combatido, se reacomoda e volta a se manifestar em minúcias antes impensáveis. A reflexão que emerge é sobre a natureza da corrupção, que não está fora, mas sim dentro do ser humano, nas grandes e nas pequenas coisas, nos milhões e nos centavos. O cenário de corrupção é muito bem pontuado na obra de Wanderley Guilherme dos Santos (2006), intitulada “O ex-Leviatã brasileiro – do voto disperso ao clientelismo concentrado”, no trecho em que o autor afirma que:

Para enorme contingente de brasileiros, os brasileiros não são confiáveis. Nem os burocratas, os empresários, nem todo o catálogo de profissões. Escapam os bombeiros, em todos os inquéritos, certamente porque o número de incêndios é pequeno. 

NOTA

- 1 ESTADÃO: Brasil. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,as-10-empresas-que-mais-doaram-em-2014-ajudam-a-eleger-70-da-camara,1589802>> Acesso em: 08 set. 2017.

REFERÊNCIAS

- CAJADO, Ane Ferrari Ramos et al. *Eleições no Brasil: uma história de 500 anos*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014, p. 64. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/tse-eleicoes-no-brasil-uma-historia-de-500-anos-2014.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- SANTOS, Wanderley Guilherme do. *O ex-leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.



FERNANDA CAPRIO é advogada eleitoralista. Mestranda em Políticas Públicas pela UNESP/Franca-SP. Pós-graduada Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Claretiano Centro Universitário (2012). MBA Gestão Estratégica de Marketing pela Fundação Getúlio Vargas FGV (2006). MBA Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas FGV (2004). Pós-graduada em Direito das Obrigações pela UNESP-Faperp (1998). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto UNIRP (1996), fernandacaprioadv@gmail.com

Tipificação penal e o perigo de uma “ejaculação jurídica precoce” da doutrina

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

O fato noticiado na imprensa de que um indivíduo teria se masturbado dentro de um ônibus e se aproximado de uma mulher, a qual estava sentada distraidamente olhando seu celular, e ejaculado, de modo inopinado, em seu rosto, vem causando polêmica quanto à tipificação penal da conduta.

Fala-se em estupro (artigo 213, CP), estupro de vulnerável (artigo 217 –A, CP), ato obsceno (artigo 233, CP), contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61, LCP) e em violação sexual mediante fraude (artigo 215, CP).

Entende-se que toda a polêmica não se justifica diante da clareza e da evidência da situação a configurar infração ao artigo 215 do Código Penal (violação sexual mediante fraude), de acordo com a parte final do dispositivo.



O crime de estupro é inaplicável, porque o agente praticou, sim, ato nefando, mas não o fez pelos meios exigidos pelo artigo 213 do CP (violência ou grave ameaça) para ser classificado como tal. Não há dúvida de que o ato é “constrangedor”, mas o constrangimento e o ato libidinoso são os “fins” visados pelo agente, os quais devem, para a configuração do tipo em análise, ser perpetrados pelos “meios” da violência ou da grave ameaça, que não se verificaram na espécie. Também não vinga a tese de equiparar a ejaculação a um ato de violência pelo mesmo motivo. A violência no estupro é “meio” e não o próprio ato sexual visado. É também inegável que a mulher vitimizada ficou constrangida, psicologicamente abalada, como qualquer pessoa normal ficaria, mas esses são resultados da conduta abominável do infrator e não os meios violentos ou ameaçadores para sua execução, exigidos pelo tipo penal em estudo.

Afastada a possibilidade de configuração de violência, aventa-se a hipótese de crime com pena ainda maior, que seria o estupro de vulnerável (artigo 217-A, CP), o qual para ser consumado não necessita nem de violência nem de grave ameaça. Mas, o problema é que a vítima não é alienada mental nem menor de 14 anos e tampouco pessoa que, por qualquer outra causa, não podia ofertar resistência. Em suma, não se tratava de um vulnerável classificado na legislação. A classificação da vítima nessa categoria, devido a estar distraída, somente seria possível por equiparação ou analogia, as quais seriam feitas “in mallam partem”, o que é inadmissível na seara penal. A verdade é que a vítima não era uma pessoa absolutamente vulnerável, mas apenas circunstancialmente ou relativamente. Ela não era uma pessoa em estado comatoso, paralisada, embriagada completamente ou narcotizada de forma total, sem ação ou reação. Havia nela o potencial de reação. O que houve foi um ataque de surpresa. É claro que é tentador fazer essa analogia, mas a legalidade é impeditiva.

“Cada caso concreto deve ser analisado cuidadosamente e aplicadas as medidas cabíveis nos campos penal e profilático. O que não resolve é a reação emocional, simbólica, violadora da legalidade ou mesmo a que desconsidera os mecanismos legais já existentes para optar por uma inovação absolutamente dispensável ou pela polêmica aplicação de dispositivos para cuja configuração faltam elementos básicos.”

Também não se configura o simples ato obsceno (artigo 233, CP), eis que houve invasão da esfera corporal da vítima e não a mera prática de exibicionismo, conduta despudorada. O fato de a vítima haver sido atingida pelo autor afasta o crime em destaque, cuja pena também seria bastante leve para a gravidade da situação.

Hipótese diferenciada seria a de crime contra a honra, consistente em “injúria real” (artigo 140, § 2º, CP). Não é possível aventar a injúria real, mas apenas outros crimes e a contravenção acima mencionada. A questão é a seguinte: os crimes contra a dignidade sexual, em geral (estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude), segundo a doutrina pacífica, não exigem fim de satisfação da lascívia (aliás, os tipos penais não descrevem esse dolo específico – ver, por todos, GRECO, 2016, p. 737). É possível praticar um ato sexual com qualquer fim, inclusive de simples humilhação, e continuará sendo crime contra a dignidade sexual. Por exemplo, digamos que um indivíduo que não é homossexual, nem gerontófilo, não tenha qualquer atração ou satisfação sexual em relação a um senhor de idade, mas, mesmo assim, o submeta à força, com o intuito de humilhá-lo, a atos sexuais, libidinosos de qualquer espécie. Não há fim de satisfação de lascívia, mas apenas intuito de humilhação, típico da injúria real. No entanto, no caso da prática de atos libidinosos, o crime será normalmente de estupro, eis que o tipo penal não exige esse dolo específico de satisfação da lascívia. O mesmo ocorre com o estupro de vulnerável e a violação sexual mediante fraude. Só excepcionalmente e expressamente, em alguns tipos penais, a satisfação da lascívia é elemento do tipo subjetivo, por exemplo, nos artigos 218 e 218-A do CP. No caso concreto, é muito difícil entender que não houve fim nitidamente libidinoso, até pelos antecedentes do infrator, mas ainda que não houvesse, isso em nada afetaria a tipificação penal quanto a uma eventual guinada de crime contra a dignidade sexual para crime contra a honra. A violência ou vias de fato no crime contra a honra (injúria real) não pode ser ato nitidamente libidinoso, ainda que com o fim de humilhação. O que se poderia, talvez, cogitar, seria de um concurso formal, mas entende-se que o certo seria a absorção do crime contra a honra.

Mais inviável ainda, especialmente pela insuficiência protetiva, seria a aplicação da simples contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61, LCP), pois também não admite a invasão do espaço corporal da vítima, toques, manipulações etc., mas tão somente gracejos, “cantadas”, abordagens verbais e sinais constrangedores.

Observe-se que, no caso de outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal, a jurisprudência, antes do advento da Lei nº 12.015/2009, vinha equiparando à violência a ação rápida que pega a vítima de surpresa, cerceando-lhe a possibilidade de defesa ou resistência. Por exemplo, um indivíduo que, repentinamente, apalpa os seios de uma mulher, sem que ela tenha tempo ou chance de reagir ou o caso enfocado neste trabalho. Estes casos devem também ser analisados tendo em conta a contravenção penal de “importunação ofensiva ao pudor” (artigo 61, LCP), quando não houver invasão ao espaço corporal da vítima ou crime previsto no artigo 215, CP (violação sexual mediante fraude), quando trata de “praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou *outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*” (grifo nosso). Aliás, este último dispositivo parece o mais correto para aplicação a tais casos. Frise-se que o artigo 215 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/2009, veio também a unificar, a exemplo do que ocorreu com o estupro e o atentado violento ao pudor, os

crimes de “posse sexual mediante fraude” e “atentado ao pudor mediante fraude”, inclusive revogando o artigo 216 do CP, que se referia à segunda conduta criminosa, agora unificada sob o título de “violação sexual mediante fraude”, abrangendo, destarte, tanto a conjunção carnal, como outros atos libidinosos. Antes, os tipos penais somente tratavam da “fraude”, não abrindo a possibilidade de “interpretação analógica” (que não se confunde com analogia), conforme o faz hoje o artigo 215 do CP com sua parte final para abranger atos que não são fraudulentos, mas que, similarmente, reduzem, ou mesmo impedem, a reação ou a manifestação de vontade livre e informada da vítima.

Para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, envolvendo ações rápidas que impossibilitam a reação da vítima, conforme acima exposto, pensa-se que a melhor solução seria mesmo a contravenção de “importunação ofensiva ao pudor” (artigo 61, LCP), havendo certo exagero na utilização do crime de “atentado violento ao pudor” (artigo 214, CP) então vigente. Entretanto, para não haver excesso, havia insuficiência protetiva. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, a melhor solução para os casos vindouros é a da aplicação do artigo 215 do CP, conforme acima consignado, sendo exagerada a tipificação do crime de estupro (artigo 213, CP) ou de estupro de vulnerável (artigo 217-A, CP). Criou-se um meio termo justo e criminologicamente adequado, já que a equiparação ao estupro seria um incentivo político criminal a que o agente fosse mais longe em seus atos libidinosos e a aplicação da simples contravenção uma descarada impunidade.

Neste caso (violação sexual mediante fraude), a vítima não pode ser vulnerável e a conduta é obtida somente mediante fraude, jamais mediante violência ou grave ameaça. Trata-se de verdadeiro “estelionato sexual” no dizer de Rogério Sanches Cunha (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p. 42). Imagine-se o médico que realiza desnecessariamente um exame de toque em uma mulher, não com objetivos clínicos, mas com fins libidinosos. Ou um líder religioso que afirma estar em transe e mantém atos libidinosos com suas fiéis sob o pretexto místico.

O que pode gerar maior dúvida é a conduta descrita no final do dispositivo em análise, que fala de “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima”. Ocorre que tal meio não poderá ser a condição de vulnerabilidade própria da vítima, senão configurado estará o estupro de vulnerável (artigo 217-A, CP). Esse outro meio tem de ser empregado *pelo agente*, por exemplo, uma ação rápida em que a vítima não tenha como defender-se, como ocorre no caso de uma apalpação rápida dos seios de uma mulher, sem chance de reação ou exatamente na conduta de quem se masturba às ocultas e ejacula rapidamente no rosto da vítima distraída. Em todos esses casos, sem que haja fraude especificamente, há uma conduta que reduz ou suprime a capacidade de reação ou de manifestação de vontade livre e consciente da vítima quanto ao ato libidinoso (CABETTE, 2010, p. 21 e 53-54). Aí se aplica a “interpretação analógica”, pois a situação é semelhante, embora não idêntica aos casos de fraude. A vítima é uma pessoa normal, não doente, não paralisada, não deficiente, mas somente distraída, pega de surpresa. Mas, de qualquer forma, não conseguiu reagir ou manifestar livremente sua vontade por ter sido surpreendida tal qual uma pessoa ludibriada pela fraude. Observe-se que a última parte do artigo 215 do CP não comporta situações *sinônimas* de “fraude” ou que, de alguma forma constituam “meios fraudulentos” (isso seria consentir com que a lei tivesse “palavras inúteis”, em frontal infração à regra geral da

Hermenêutica jurídica – MAXIMILIANO, 1999, p. 250). Nesse caso, não se trataria de “interpretação analógica”, mas de aplicação do exemplo casuístico diretamente. Também importa lembrar a interpretação sistemática como altamente esclarecedora (MAXIMILIANO, 1999, p. 128). Note-se que no crime de “estelionato” (artigo 171, CP) o legislador fala em “artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”. Ali, sempre se trata de “fraude”. O mesmo não ocorre no artigo 215 do CP. Nele, o legislador menciona a “fraude” (ou seja, “artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”) e na segunda parte a impossibilidade de resistência ou reação ou de livre manifestação de vontade que não se dê, obviamente, por meios fraudulentos, mas por outros meios capazes de obstar a capacidade de reação e/ou decisão da vítima, os quais não sejam “fraude” e nem cheguem a constituir vulnerabilidade que levaria ao artigo 217-A do CP.

É válida a lição de Nucci (2009, p. 29) sobre a distinção entre o estupro, seja o comum, seja o de vulnerável, ao afirmar que:

Para compatibilizar os dois tipos penais, considerando-se, inclusive, a diversidade das penas, parece-nos seja a solução analisar o grau de resistência da vítima ou, sob outro ângulo, o grau de perturbação da sua livre manifestação.

A pena do artigo 215 do CP é de reclusão, de dois a seis anos, evitando o laxismo da contravenção penal ou do ato obsceno e a exacerbação punitiva dos crimes de estupro ou estupro de vulnerável.

A repercussão midiática do caso causou reações do Legislativo no sentido de criar um novo tipo penal para essas situações, o que é de todo desaconselhável. Seria mais uma demonstração do Direito Penal simbólico e demagógico e certamente resultaria na criação de mais um monstro jurídico. O artigo 215 do CP é um instrumento bastante eficaz para a repressão dessa espécie de conduta, com a devida proporcionalidade e razoabilidade, ao menos no caso de imputáveis, uma vez que boa parte desses indivíduos certamente sofre de algum distúrbio psíquico a indicar a aplicação de medida de segurança. Cada caso concreto deve ser analisado cuidadosamente e aplicadas as medidas cabíveis nos campos penal e profilático. O que não resolve é a reação emocional, simbólica, violadora da legalidade ou mesmo a que desconsidera os mecanismos legais já existentes para optar por uma inovação absolutamente dispensável ou pela polêmica aplicação de dispositivos para cuja configuração faltam elementos básicos. ■

REFERÊNCIAS

- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes Contra a Dignidade Sexual – Temas Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Reforma Criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: RT, 2009.



ARQUIVO PESSOAL

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

O homossexualismo no tribunal europeu de direitos humanos

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“A decisão unânime, cujo resumo foi encaminhado pelo general Lessa, presidente da Academia de Ciências Políticas e Morais, proferido por Corte de países com civilizações muito mais antigas que a brasileira e por juízes imparciais, prestigia o casamento de homem e mulher, pois, no curso de toda a história da humanidade, sempre foi a família tradicional, de homem e uma mulher, que permitiu a evolução da raça humana.”



Recebi do general reformado Luiz Gonzaga Schroeder Lessa, presidente da Academia de Ciências Políticas e Morais, com sede no Rio de Janeiro, resumo de decisão, que lhe foi enviada por Marcos Coimbra, do Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo, na qual 47 juízes de 47 países, que constituem o Conselho da Europa, por unanimidade, declaram que “não existe o direito de casamento homossexual”.

Na referida “Resolução” – a sentença fala em Resolução – contempla-se “o conceito tradicional de casamento, ou seja, a união do homem e de sua mulher” e de que aos governos não deve ser imposta a “obrigação de abrir o casamento a pessoa do mesmo sexo”.

A “decisão” lastreou-se no artigo 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, com considerações filosóficas e antropológicas baseadas na ordem natural, senso comum, relatórios científicos e no Direito positivo.

Já o Tribunal Europeu decidira, também, em relação a caso que lhe fora submetido por casal de homem e mulher, em que o homem mudara de sexo na Finlândia, pretendendo que fosse reconhecida a união de duas mulheres como casamento, algo proibido pela legislação finlandesa. Considerou que se desejasse mudar seu estatuto, deveria o casal divorciar-se e constituir uma nova sociedade civil – não casamento –, pois casamento só poderia ser realizado entre homem e mulher.

Esclareceu, naquela ocasião o Tribunal Europeu que a maioria dos países da União Europeia não admitia casamento entre pares do mesmo sexo e que cabe a União Europeia respeitar o Direito de cada país, pois esta matéria não diz respeito àquelas de regularização comunitária.

Embora ambas as decisões tenham tido pouca repercussão no país, à falta de interesse de determinados segmentos de torná-las públicas, parece-me, todavia, que, do ponto de vista exclusivamente constitucional, merecem algumas considerações jurídicas.

De início, quero esclarecer que não tenho qualquer preconceito contra os homossexuais e – como todos os brasileiros – tenho amigos que adotaram tal opção na vida. Tenho, todavia, desde os Comentários à Constituição do Brasil, que com Celso Bastos elaborei, em 12 mil páginas e 15 volumes pela Editora Saraiva, entendido que a união de pares do mesmo sexo não configura casamento, no sentido consagrado pela Lei Maior, a qual declara ser a família a base da sociedade; que o Estado tudo fará para prestigiá-la, desde que formada por homem e mulher; que o casamento religioso tem valor de casamento civil entre homem e

mulher; que deve o Estado tudo fazer para transformar a união estável em casamento; que a família será assim considerada, se houver prole, desde que ou o homem ou a mulher continue a educá-la; que o pátrio poder será exercido ou pelo homem ou pela mulher.

Em nenhum momento a Constituição, no artigo 226 e seus cinco parágrafos sobre a família, cuidou de homem e homem e mulher e mulher para constituírem a família nos moldes constitucionais.

Quando o STF decidiu, contra o expresso texto constitucional, que família também seria constituída pela união de pessoas do mesmo sexo, violou o referido artigo, comportando-se como “poder constituinte” e não o que a Constituição determinou ser sua função, ou seja, apenas de “guardião da Constituição” (art. 102). Tanto é assim que, nem nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, a lei prevê que o Judiciário possa legislar em seu lugar (art. 103 § 2º).

À evidência, não pretendo – e nem seria lógico – retirar o direito de conviverem pares do mesmo sexo. Mas, tal união não seria casamento, como definiu recentemente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos de Estrasburgo, pois o “casal” seria incapaz de gerar prole por processos naturais, não se assemelhando à família, que deve ser prestigiada pelo Estado como base da sociedade. A criação de uma sociedade civil, outorgando-se mútuos direitos e deveres, em contrato que lhes permita garantirem-se no futuro, tudo isto é possível e são numerosas as relações jurídicas passíveis de conformar para este tipo de sociedade e de uniões. O que não são e nunca serão é família, no conceito tradicional, aquela que tem permitido a evolução da humanidade pela geração natural de prole na relação entre pai e mãe, na imensa maioria dos casos.

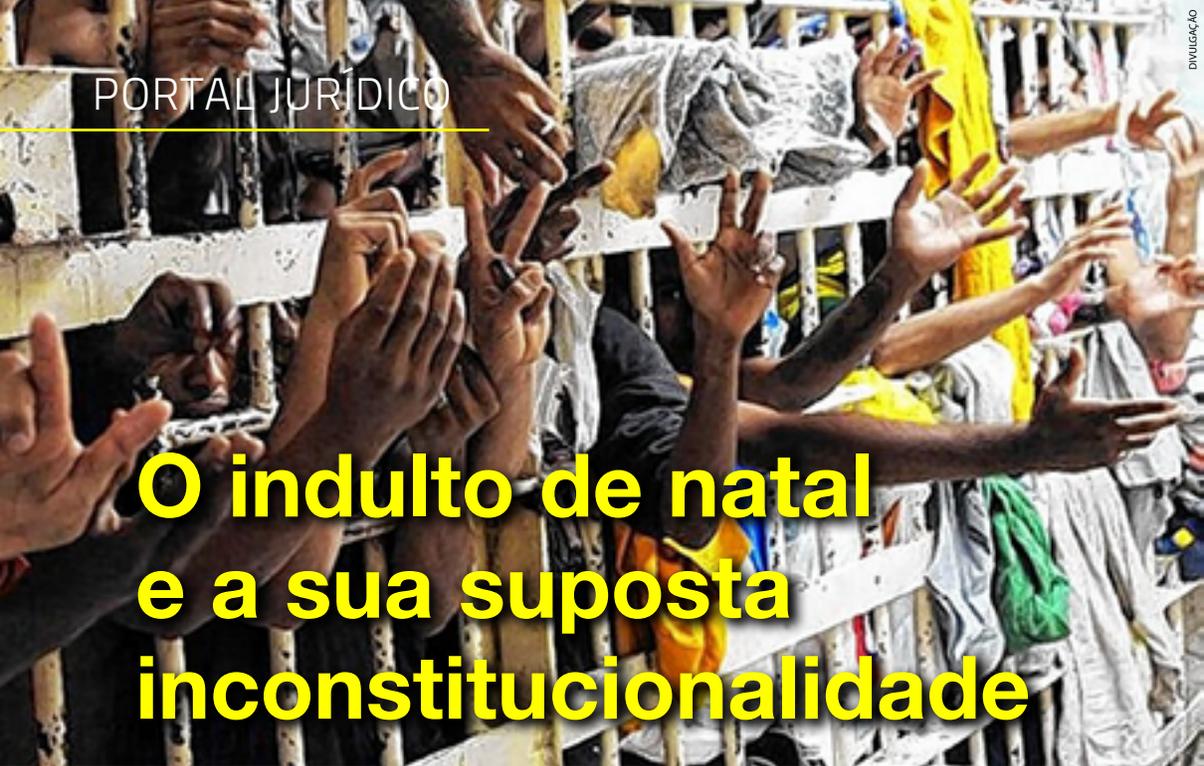
Nem há que se argumentar com a exceção, ou seja, de casais que não têm filhos ou de pessoas que adotam filhos. A união de homem e mulher permitirá a seus filhos a opção mais natural, que é atração pelo sexo oposto. Na grande maioria das hipóteses de homossexualismo, a opção sexual realiza-se por influências externas e após certa idade. Mesmo aqueles que pretendem impor uma ideologia do gênero, dizendo que os seres humanos nascem sem sexo definido – apesar de o aparelho genital definir o sexo – sabem, por “n” experiências, que a esmagadora maioria das crianças têm suas preferências e atitudes acompanhando sua natureza biológica.

Parece-me, pois, que a decisão unânime, cujo resumo foi encaminhado pelo general Lessa, presidente da Academia de Ciências Políticas e Morais, proferido por Corte de países com civilizações muito mais antigas que a brasileira e por juízes imparciais, prestigia o casamento de homem e mulher, pois, no curso de toda a história da humanidade, sempre foi a família tradicional, de homem e uma mulher, que permitiu a evolução da raça humana. As decisões mencionadas mereceriam reflexão pelos ministros da Suprema Corte do país, que admiro por sua cultura, idoneidade e valor, mas que, neste ponto, não respeitaram a Constituição brasileira. 

ARQUIVO PESSOAL



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



O indulto de natal e a sua suposta inconstitucionalidade

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Por meio do Decreto nº 8.615, de 23 de dezembro de 2015, exercendo competência privativa conferida pelo art. 84, *caput*, XII, da Constituição Federal, e tendo em vista a manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, acolhida pelo ministro da Justiça, além de considerar a tradição por ocasião das festividades comemorativas do Natal, a então presidenta da República Dilma Rousseff concedeu indulto às pessoas condenadas ou submetidas a medida de segurança e comutou penas de pessoas condenadas.

No inciso XIV do art. 1º do referido decreto foi concedido o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras, condenadas à pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tinham cumprido, até 25 de dezembro de 2015, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes.

Julgando o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, acolheu a arguição para declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 1º do Decreto nº 8.615/2015.

Segundo a Corte Especial, o inciso questionado afronta a Constituição Federal, especialmente os arts. 2º, 5º, XLVI, e o art. 62, § 1º, “b”, violando o princípio da separação dos Poderes e o da individualização das penas. Ademais, o acórdão também se fundamentou em uma suposta violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente.

O relator da Arguição de Inconstitucionalidade, o desembargador Leandro Paulsen, fez o seguinte questionamento:

A questão subjacente ao agravo apresentado pelo Ministério Público Federal é a seguinte: há limites materiais para a concessão de indulto pelo Presidente da República em nosso Estado de Direito Democrático ou ainda estamos diante do mesmo instrumento irrestrito de intervenção do monarca, vinculado exclusivamente à sua própria consciência, típico do

“É indubitável que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante, uma vez que os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem-número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los.”

Estado absolutista? [...] o princípio da individualização da pena encontra assento constitucional expresso e reclama atuação institucional harmônica, independente e autônoma dos Três Poderes, conforme o art. 2º da Constituição. Assim, toda e qualquer atuação de um poder na seara de competência do outro reclama pressupostos constitucionais muito específicos, sob pena de interferência ilegítima.

Discordamos absolutamente dessa decisão por não encontrarmos no inciso XIV do art. 1º do referido decreto qualquer óbice na Constituição

Com efeito, o art. 2º da Constituição Federal estabelece serem Poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consagrando-se “um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota”. Importa, aqui, conforme ensinamento de José Afonso da Silva (1995, p. 107-109), “não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária”.

Esse autor anota ainda que essa separação de poderes admite, na própria Constituição Federal, determinadas exceções como

A permissão de que Deputados e Senadores exerçam funções de Ministro de Estado, que é agente auxiliar do Presidente da República, Chefe do Executivo, bem como de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Prefeitura de Capital ou de missão diplomática temporária (art. 56); também o é a regra do art. 50 que autoriza a convocação de Ministros de Estado perante o plenário das Casas do Congresso ou de suas comissões, bem como o seu comparecimento espontâneo para expor assunto relevante do seu Ministério. As exceções mais marcantes, contudo, se acham na possibilidade de adoção pelo Presidente da República de medidas provisórias, com força de lei (art. 62), e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (art. 68) (SILVA, 1995, p. 112-113).

Como se sabe, o art. 84 da nossa Constituição estabelece expressamente que compete privativamente ao presidente da República, dentre outras atribuições, conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (inciso XII). Ora, onde estaria então a invasão de competência do Poder Executivo nos demais Poderes? Trata-se, na verdade, de uma faculdade quase sempre exercida durante o período do Natal, sendo uma “tradição mundial o apelo ao chefe da Nação. Cabe a ele, qualquer que seja o sistema, examinar se seria ou não o caso de indulto”. Trata-se, como se vê, de um “gesto de magnanimidade do chefe da Nação”, sendo conhecido “de priscas eras, tendo a Constituição

de 1988 incorporado regra que não é novidade no direito pátrio e no comparado (MARTINS, 1997, p. 315).

Ao conceder o indulto, o presidente na República não está aplicando pena, tampouco executando-a, muito menos julgando o condenado que, aliás, já foi processado, julgado e condenado definitivamente pelo Poder Judiciário em razão de ter infringido uma norma penal oriunda do Poder Legislativo.

O indulto, como já ensinava Basileu Garcia (1962, p. 672), objetiva:

Simplesmente – ou a correção de erros ou demasias do rigor da Justiça, ou premiar o sentenciado exemplar, para quem a pena, antes do livramento condicional, já se mostrou manifestamente desnecessária [...] ou acomodar situações que normas penais inadequadas tornaram iniquamente gravosas.

Constitui o indulto, como bem salientou Aníbal Bruno (1967, p. 204-205):

Um instrumento de moderação e equilíbrio à atuação do Poder judicante, que, estritamente sujeito aos termos da lei, não pode atender as circunstâncias que singularizam o fato e reclamam para ele tratamento diverso do normal.

Tampouco foi afrontado o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que trata da individualização da pena. Cabe lembrar que a individualização da pena engloba a sua aplicação propriamente dita e a sua posterior execução, com a garantia, por exemplo, da concessão de graça, anistia ou indulto. Assim, não podemos admitir que, *a priori*, alguém seja impedido de ser beneficiado pelo indulto.

Como ensina Luiz Luisi (1991, p. 37), e destacamos, “o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o *executório ou administrativo*”. Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina que:

Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. [...] Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. [...] Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. *Outros preferem chamá-la de individualização executória*. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais. [...] Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa. [...] De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, *posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução* (grifos nossos).

A decisão do Tribunal Regional Federal também indica que o art. 62, § 1º, “b”, da Constituição também teria sido molestado, afirmando que:

O Presidente da República, ao estabelecer normas redutoras de pena, de cunho geral e abstrato, mediante decretos de indulto editados periodicamente, viola a norma constitucional que lhe proíbe legislar sobre Direito Penal: art. 62, parágrafo primeiro, letra b, da Constituição.

Tal artigo constitucional, às escâncaras, consiste em norma que claramente regula a adoção pelo presidente da República de medidas provisórias, com força de lei. Ora, o ato jurídico concessivo do indulto é um decreto, não uma medida provisória. Aqui, ao que parece, fez-se uma analogia inteiramente despropositada e, sobretudo, *in malam partem*.

Por fim, afirma-se na decisão que o:

Decreto de indulto que retira a eficácia da resposta penal ao reduzi-la a níveis desproporcionalmente brandos, com a dispensa do cumprimento de mais da metade das penas aplicadas, viola o princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente, que é uma garantia da sociedade.

Nada mais absurdo!

Aliás, o próprio relator afirmou que o indulto é um “instrumento excepcional para a afirmação de valores constitucionais, com destaque para a dignidade da pessoa humana”. Se assim o é, como pode ao mesmo tempo tratar-se de uma afronta ao princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente? Portanto, nada mais contraditório, também!

O princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente aplica-se, especialmente, em favor do cidadão, e não o contrário. Deu-se-lhe, portanto, uma interpretação às avessas.

Esquece-se que o modelo clássico de Justiça Penal, fundado na crença de que a pena privativa de liberdade seria suficiente para, por si só, para resolver a questão da violência vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este baseado na ideia da prisão como *extrema ratio* e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Em todo o mundo passa-se gradativamente de uma política *paleorrepressiva* ou de *hard control*, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, etc.) para uma tendência despenalizadora.

Como afirma Jose Luis de la Cuesta (2005, p. 4, online):

O direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.

Hoje, ainda que o nosso sistema penal privilegie indubitavelmente o encarceramento (acreditando, ainda, na função dissuasória da prisão), o certo é que a tendência mundial apresenta alternativas ao modelo clássico, pois a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes.

Jean Paul Marat (2000, p. 78) adverte que:

[...] es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.”

A preocupação, vê-se, é antiga. Aconselhamos ainda a leitura da indispensável obra de Michel Foucault “Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões”.

Lembremos de que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, decidiu no sentido de determinar aos juízes e tribunais que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão.

O ministro Marco Aurélio observou que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que em maio de 2014 ultrapassava 711 mil presos, destacando que “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse assinalando que a maior parte dos detentos está sujeita a condições de superlotação, além de torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminações social, racial, de gênero e de orientação sexual. Diante disso, segundo o relator, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”, afirmou o ministro.

Nesse contexto, o ministro declarou que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecidas dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. Para Marco Aurélio Mello, “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”.

Para o ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. O ministro ressaltou que “A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. “Falta coordenação institucional”. Afirmou, ainda, ser papel do Supremo diante desse quadro, retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”, concluiu.

O ministro Luiz Fux seguiu integralmente o voto do relator, considerando que alguns juízes não motivam suas decisões, apesar da exigência legal. “Portanto, há um estado de coisas inconstitucional”, disse o ministro ao ressaltar a importância de o Supremo analisar a questão, uma vez que o acórdão da Corte deve ter efeito pedagógico.

Ao votar no mesmo sentido do relator, a ministra Cármen Lúcia reafirmou que “os números demonstram o estado de coisas inconstitucional”. O ministro Gilmar Mendes afirmou não haver dúvida de que os juízes devem considerar a situação prisional na decisão judicial. Nesse sentido, propôs a criação de plano de trabalho para oferecer treinamento aos juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento. O ministro Ricardo Lewandowski seguiu totalmente o voto do relator. Assim como outros ministros, ele reconheceu, no caso, o “estado de coisas inconstitucional”, ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia, a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. “Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”, afirmou.

É indubitável que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante, uma vez que os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem-número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los. Há ainda milhares de mandados de prisão a serem cumpridos. Ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes torna-se mais uma via-crúcis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de uma tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado. Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer). ❏

REFERÊNCIAS

- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CUESTA, José Luiz de la. *Pena de morte para os traficantes de drogas?*. Trad. Consuelo Rauen, 2005, Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Disponível em: http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/pena_de_morte_para_os_traficantes_de_drogas.pdf. Acesso em: 26 set. 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões*. 18. ed., trad. Raquel Ramallete, Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1962.
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.



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.



e programas de integridade: realidade mundial e uma necessidade empresarial

■ POR DANIEL CASTILLO

O ordenamento jurídico brasileiro vem se adaptando à nova realidade mundial de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, sonegações tributária e fiscal, entre muitas outras condutas ilícitas, por vezes facilitadas pela ausência de escrúpulos de alguns agentes econômicos, incluindo o aparato de Estados, além da ausência de regulamentação firme e ativa. A mão pode ser invisível, mas uma regulação mínima deve estar presente sobre os agentes econômicos (pessoas jurídicas). Os sucessivos escândalos econômicos mundiais confirmam que o mercado encontra suas formas “especiais” de agir, agora expressamente repelidas pelos Estados mais economicamente relevantes no cenário mundial.

Nesse sentido, novas diretrizes de compartilhamento de informações econômico-financeiras e fiscais, bem como regras uniformes de boas governanças contábil, financeira e ética, têm sido adotadas internacionalmente. Transparência e prevenção parecem constituir uma pedra de toque da nova ordem global, pautada na análise de *Big Data* cuja eficiência para verificar eventos fora de curva e inconsistências por meio de algoritmos estão em um âmbito computacional nunca antes visto.

Em suporte ao compartilhamento de informações econômico-fiscais o Supremo Tribunal Federal manteve a constitucionalidade da e-Financeira, documento base para o compartilhamento de dados previsto no Decreto nº 8.506/2015, o qual ratifica o FATCA – Foreign Account Tax Compliance Act, ato normativo estadunidense já aderido por inúmeros países, incluindo os que integram a União Europeia. Muitos países estão se unindo para assegurar que o sistema econômico mundial ganhe em

“A necessidade de um programa de *compliance*, inclusive criminal, é uma realidade mundial para a contenção dos riscos empresariais efetivos, aos quais as pessoas jurídicas estão submetidas, servindo de relevante ferramenta para a elisão de situações que levem à aplicação de penas às pessoas jurídicas, bem como elemento na redução destas indesejadas punições.”

eficiência econômica, transparência e ética suficientes para garantir os recursos necessários às demandas sociais que são impostas como deveres sociais do Estado Democrático, reduzindo as discrepâncias econômico-sociais resultantes da prática de ilícitos e inconsistência de dados prestados como dever de informação.

O que antes demandava sigilo, sem brechas, hoje demanda transparência implacável.

A inconsistência de dados trocados, elemento central da informatização de tributos e transações econômicas no âmbito mundial, além de ultrarreguladas podem resultar em imputações penais como evasão fiscal em caso de omissões ou simulações. As transações em espécie ainda são uma válvula de escape para o cometimento de ilícitos, principalmente relacionados ao branqueamento de capitais e à corrupção, como se verifica nos casos nacionais em curso. Para estancar esta via, já se fala até em extinção da moeda física ou o “dinheiro vivo”, fazendo com que todas as riquezas sejam transacionadas dentro do sistema econômico eletrônico rastreável.

A tendência de regulação já vem traçando seu rumo mundial certo desde a Lei *Sarbanes-Oxley* – SOX (2002), nos Estados Unidos da América, sem prejuízo de outras normas de natureza parecida já existentes, como resposta aos escândalos financeiros que imediatamente a precederam. Mesmo sendo estadunidense, sua extensão e alcance envolvem de forma direta, uma série de transações e empresas em escala global, tornando-se impositiva para muitos agentes econômicos. É o poder econômico exercendo, quase à *forceps*, uma nova realidade cuja aplicação em determinados países, sem as necessárias adaptações, pode gerar relevantes conflitos com a legislação local, inclusive de constitucionalidade.

Sabemos que muitas vezes a ratificação de acordos não é bem uma opção realista em razão das implicações econômicas que a própria negativa ensejaria, aumentando a responsabilidade da Suprema Corte em casos limítrofes, pesando sempre uma ponderação social muito gravosa contra os agentes envolvidos.

Neste horizonte, o *compliance* vem inserido no sentido de agir em conformidade com as regras e normas de conduta esperadas pelos agentes econômicos e sociais, bem como pelo próprio Estado de Direito, que criou um risco para a empresa, substanciado na aplicação de pesadas multas, determinando que o programa de integridade seja levado à ponderação, caso a empresa venha a ser punida por atos contrários à Administração. Em defesa ao risco estabelecido pelo Estado, elevado que mostra ser, as empresas se defendem com programas de *compliance*, visando aos benefícios penais e prevenção de ilícitos.

Nesta nova configuração, o sistema de punições não está mais atido ao *ex post*, do fato consumado, mas à prevenção instituída na própria conduta dos agentes

econômicos e sociais – pessoas jurídicas e físicas, através do acultramento sobre os riscos e da garantia da segurança, em caso de denúncia.

Com a instituição da Lei nº 12.846/2012, as responsabilidades civil e administrativa da pessoa jurídica passaram a ser objetivas “pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Percebe-se que o tipo é bastante aberto, abarcando uma miríade de crimes e contravenções penais. A referida legislação, mais afinada com a direção e rumo do Direito de muitas nações, unidas que estão em busca da moralização e limpeza do sistema, fez surgir no Brasil, assim como em outros países de legislação mais madura – Espanha, Estados Unidos, União Europeia, por exemplo, a necessidade de as pessoas jurídicas em geral estarem obrigadas a, preventivamente, nivelar seu quadro de pessoas com orientações e acultramento em normas de conduta que devem ser esperadas não somente *interna corporis*, como no ambiente de negócios e até mesmo em sociedade.

As pesadas multas que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas, quando envolvidas em casos de lavagem de dinheiro, corrupção, evasão de divisas, interferências licitatórias, evasão fiscal e outros tipos penais que envolvam atos lesivos à Administração, estimularam as empresas a adotar uma série de medidas preventivas, na tentativa de elidir tais ocorrências e demonstrar boas práticas empresariais. As multas fixas podem ultrapassar os R\$ 86 milhões, além de multas sobre o faturamento bruto, que podem atingir 5% deste. Outras penas impedem a contratação com o Poder público por longos períodos. Verdadeiro estímulo, se não houver interferência direta do Estado na condução dos negócios privados.

O programa de *compliance* deve ser elaborado de acordo com os riscos específicos da atividade econômica e das relações comerciais que a empresa desenvolva, bem como características específicas da sua cadeia de comando e controle, visando mitigar a possibilidade de ocorrência dos verificados riscos e eventuais benefícios penais.

A autorregulação das pessoas jurídicas, no entanto, não dá às empresas o poder de processar e julgar ninguém, mas apenas de apurar eventuais infrações ao programa de integridade. Podem as instituições averiguar os fatos e acontecimentos, denunciando aquilo que tiver relevância para tanto, bem como aplicar sanções pré-determinadas no programa de *compliance*. Já o Poder público pode instaurar processo administrativo de responsabilização (PAR) visando à averiguação de ilícitos, sendo este o meio determinado para apuração de responsabilidades administrativas civis e punitivas, assegurada a ampla defesa e o contraditório.

A previsão de imputações punitivas, ainda que administrativas, contra a pessoa jurídica e seus dirigentes em decorrência de crimes cometidos com ou sem o envolvimento da pessoa jurídica (objetiva), bem como os acordos de leniência e delação premiada, revelam uma nítida aproximação do *civil law* brasileiro ao *common law*, sistema no qual se deu o surgimento destes novos ares.

As corporações transnacionais, *share* e *stake holders*, além dos seus respectivos recursos humanos, devem adequar seus comportamentos, preventivamente, à assunção de riscos envolvidos na contratação com a Administração pública e deslocamentos de ativos financeiros, além de obrigações tributárias e outras questões legais, morais e éticas. As medidas internas que venham a ser adotadas pela pessoa jurídica determinarão o grau de prevenção e efetividade que o *compliance* instituído terá para fins de elidir ilícitos, bem como o nível de efetividade na dosimetria da pena. Sendo relevante e devidamente cumprido, o programa de integridade pode resultar em alívio nas penas administrativas aplicadas ou até mesmo na anistia para a pessoa jurídica.

As penas aplicadas às pessoas jurídicas se dão na forma de multas pecuniárias e proibições de contratar com o Poder público por longo prazo, até mesmo a extinção compulsória da empresa poderá ser declarada. Os agentes do corpo empresarial no comando da empresa à época dos fatos ilícitos, bem como outros de menor hierarquia que estiverem envolvidos, podem ser condenados a relevante tempo de prisão, de acordo com o crime que venha a ser configurado. Temos visto que a formação de quadrilha em conglomerados econômicos vem sendo amplamente declarada, quando várias pessoas da empresa agem em conjunto no cometimento de crime (corrupção, lavagem, remessa, sonegação, evasão, etc.) como instituído no esquema descoberto na “Lava Jato”.

É nesta autogestão da empresa que reside e floresce o *compliance*, ainda que vigorosamente estimulada pelo Estado. No poder de autorregulação privada, destinada a agir em conjunto com o Estado estabelecendo limites de conduta, bem como prestando valiosas orientações sobre como proceder preventivamente. De outra banda, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma realidade em âmbito penal global, não sem boa discussão doutrinária envolvendo o princípio da *personalidade da pena* no Direito Penal brasileiro, além de outras dificuldades que a aplicação da lei penal às pessoas jurídicas pode implicar.

Outra medida que vem ganhando força, após regulamentação e agora com o costume, demonstrando a aplicação de penas às pessoas jurídicas, com as implicações criminais que decorrem dos ilícitos, são os acordos de leniência. Normas de estrutura penal ambiental também repercutem sobre as pessoas jurídicas no Brasil e têm sido validadas pelo Poder Judiciário, não sem rica batalha argumentativa em se tratando de pessoa jurídica e Direito Penal.

A institucionalização de programas de *criminal compliance* tem sido vista pela comunidade internacional como uma resposta das organizações privadas em auxílio mútuo ao Estado, num exercício efetivo sua função social no acultramento e defesa dos seus recursos humanos. Por outro lado, revela responsabilidade da empresa em agir de forma proativa contra o cometimento de crimes dentro ou através da sua estrutura.

Nos programas de *compliance* a designação de um *compliance officer* – pessoa responsável pela higidez do programa – é norte para um funcionamento interno dos canais de comunicação e denúncias. Este canal deve agir de forma independente, assegurando a isenção na análise e na condução dos processos internos de verificação. Assume este ator responsabilidade pelo dever de *enforcement*, sem que neste dever esteja o de impedir o acontecimento de delitos. Entre as funções deste agente está o dever de comunicar o fato às autoridades, sempre que assim entender devido, independentemente de decisão do corpo deliberativo da empresa.

Sua responsabilidade é elevada, haja vista que todo normativo internacional da OCDE e na Convenção da Organização das Nações Unidas contra a corrupção, por exemplo, determinam a proteção necessária àqueles que denunciam os ilícitos, bem como a isenção e independência de que devem gozar os canais de denúncia.

O Brasil, assim como o Chile, pelo que se tem notícia, editaram leis com elementos mínimos que devem constar num programa que vise à eficácia penal de qualquer tipo. Vozes de respeito falam em empresas certificadoras de sistemas específicos para os riscos de cada país, de acordo com a atividade econômica. Hoje, o que se tem de parâmetro estabelecido são códigos de conduta emitidos pela OCDE e outros organismos internacionais, bem como preceitos que devem

figurar em todos os programas, constantes na Lei nº 12.846/2013 e seu regulamento (Decreto nº 8.420/2015). As devidas adaptações às realidades de cada pessoa jurídica, de acordo com análises específicas de riscos, devem ser elaboradas em ajuste a preceitos internacionais e nacionais mais amplos, sob pena de ineficácia da medida preventiva.

Um bom programa de *compliance* pode resultar em redução de pena e até extinção da punibilidade da pessoa jurídica, como na Itália, Japão e Austrália. Nos Estados Unidos as penas podem ser reduzidas, caso demonstrada a observância fiel a programa instituído pela pessoa jurídica. No Brasil ainda não há previsão de reduções específicas, em decorrência da observância do programa de integridade, o que diminui eficiência em busca de uma conduta social menos tolerante a ilícitos. Já as reduções do acordo de leniência são relevantes, podendo chegar a 2/3 da multa aplicada à pessoa jurídica, cumpridos os requisitos de higidez das informações prestadas, bem como uma série de obrigações que são formalmente assumidas pela empresa.

Limita-se a legislação nacional a apontar que a existência e o cumprimento do programa de integridade serão levados em consideração na dosimetria da pena.

Tratando-se de matéria punitiva, ainda que administrativa, possui relação direta com o Direito Penal, motivo pelo qual muitos questionamentos acerca da aplicação e alcance da lei estão agora passando por período de sedimentação no país, ante à repercussão da operação “Lava Jato” e sua antecessora “Mensalão” (AP 470).

Na AP 470, segundo Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz (2015), o descumprimento do *compliance program* em determinada situação envolvendo uma empresa do setor financeiro serviu de liame imputacional, pois, a despeito de cumprida a obrigação acessória declaratória que lhe incumbia, valeu-se a empresa, na sua atividade, de valores que deveria saber que eram originados de ilícitos formalmente declarados – dolo eventual. Empresa e dirigente foram condenados, os dois com multas e o último com tempo de prisão em regime fechado.

Nos casos de dolo eventual, aplicável aos casos envolvidos na legislação penal de fundo, o evento criminoso decorre da assunção do risco de ser o resultado ilícito possível verificado pelo agente. Existe um elemento de juízo do agente, que em razão do cargo que ocupa ou em decorrência do grau de instrução, autoriza a presunção de que este descumpra a norma, até por “dever saber” e “dever fiscalizar” para as pessoas jurídicas. Ainda assim, o eventual descumprimento do programa de integridade não constitui fato típico penal em si, podendo, no entanto, servir de elemento para o estabelecimento do grau do elemento volitivo do agente – intenção e risco assumido.

Os programas de integridade possuem como produto a redução dos riscos empresariais, com o nivelamento dos agentes inseridos no campo econômico mundial, trazendo bases mais sólidas em torno da moral, ética e comportamento das empresas e agentes econômico-financeiros, em patamar sem precedente no grau de interferência estatal na atividade privada. Seu subproduto, decorrente do descumprimento do programa é tão ou mais desejado pelos Estados, pois serve, até certa medida, para constatar que o agente sabia da ilegalidade dos atos que cometeu, ou ao menos permitiu que fossem cometidos, pois não poderia desconhecer que eram ilícitos e que estavam ocorrendo, caso tivesse sido tão diligente quanto a legislação presume ser seu dever. Fora treinado para identificar o risco e agir de forma a evitá-lo.

O que nos faz crer que mais acertado seria tratar o *compliance*, não como meras regras a serem cumpridas, mas como normas explicativas que demonstram como deve o cidadão e a pessoa jurídica agirem dentro do contexto do Estado de Direito brasileiro, inserido num cenário global de relações econômicas interligadas, as quais devem se manter equilibradas. Este equilíbrio do jogo só é possível quando as premissas de conduta estão minimamente niveladas entre todos os jogadores, o que até grande parte os programas de integridade cumprem fazer.

Trata-se de uma espécie de autovigilância (do próprio agente, seja pessoa física ou jurídica), pois visa a educar e alertar a forma correta de agir em casos em que surjam desconfianças ou certezas, bem como na forma de se portar em situações duvidosas ou escusas. Aponta, de forma antecipada, para as implicações legais que o não cumprimento das condutas de integridade podem ensejar ao agente. Os programas de integridade revelam formas e meios de evitar, inclusive, situações que possam implicar desconfianças, por terem sido realizadas de forma oficiosa e não oficial. Exemplos disto não faltam no cenário brasileiro.

Em decorrência do nivelamento realizado pelo programa de integridade, cada agente passa a perceber as responsabilidades que a sua conduta no ambiente regulado, e fora deste, pode lhe imputar. Por isso, passa a agir de forma mais defensiva, evitando o envolvimento próprio em situações de riscos penal, criminal ou ilícito, reduzindo de forma eficiente os próprios riscos empresariais, que é o objetivo do programa.

Nesta longarina, o dever de agir de acordo encontra-se como elemento central da nova ordem jurídica que surge no cenário mundial, sedenta por limpeza, transparência, eficiência e boa-fé, seja nas relações empresariais e transnacionais, seja nas relações humanas, assim como nas econômico-empresariais inseridas no novo contexto global. Já é hora de as empresas acordarem para o fato de que não bastam belos e bem elaborados manuais encartados. Ter manual de ética e corromper agente público não tem mais espaço. A ação efetiva passa a ser demandada das pessoas jurídicas, sendo esta ação eventualmente bonificada no momento de aplicação das penas, de acordo com a eficiência do programa de integridade e outras circunstâncias.

A necessidade de um programa de *compliance*, inclusive criminal, é uma realidade mundial para a contenção dos riscos empresariais efetivos, aos quais as pessoas jurídicas estão submetidas, servindo de relevante ferramenta para a elisão de situações que levem à aplicação de penas às pessoas jurídicas, bem como elemento na redução destas indesejadas punições, além de constituir verdadeiro e desejável nivelamento de pessoas, quanto aos riscos efetivos dos atos praticados no ambiente autorregulado.

Contrariando o ditado norte-americano do “*ignorance is bliss*”, agora os agentes devem saber. Até mesmo como forma de defesa própria, “agindo de acordo” – *compliance*. 

REFERÊNCIA

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015.



ARQUIVO PESSOAL

DANIEL CASTILLO é sócio do Lapa Góes e Góes Advogados e coordenador do núcleo tributário do Escritório. Especialista em Direito Tributário titulado pela UFBA. Bacharel pela UNIFACS. Planejamento tributário e norma antielisão (propósito negocial). Extensão em Mediação e Arbitragem (FGV Direito Rio). Capacitação total em SPED pela IOB SAGE. Membro das Comissões de Sociedades de Advogados e Direito Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil-BA.

DIVULGAÇÃO

O lobo solitário – terrorista

■ POR EDISON SANTANA DOS SANTOS

Os lobos costumam viver em grupos organizados hierarquicamente. A natureza das alcateias de lobos está mais relacionada à ordem do que com a ferocidade, já que a sua complexa dinâmica se assemelha mais à de uma organização militar que a um grupo de animais selvagens.

É claro, eles ainda espreitam suas caças e travam lutas ferozes uns com os outros, mas obedecem a uma hierarquia de grupo incrivelmente sofisticada. Normalmente, os primeiros lobos a caminhar são os mais velhos ou os doentes, e determinam o ritmo da marcha da alcateia. Se fosse ao contrário, seriam deixados para trás e perderiam o contato com a coletividade. Em caso de emboscada, dão a vida em sacrifício dos mais jovens e sadios, mas são seguidos pelos mais fortes, que os defenderão na hipótese de um ataque surpresa.

“Infelizmente com enorme sucesso para a causa terrorista radical, a qual, através do pânico tem obtido a atenção pública internacional ante a absoluta imprevisibilidade das ações dos agora famosos “lobos solitários” cujas repulsivas ações têm recebido uma nova nomenclatura: “ratos solitários”.”

No centro seguem os demais membros da alcateia, e no final do grupo vão os outros mais fortes que também protegerão a todos. Em último, sozinho, caminha o líder, também conhecido como lobo “alpha”.

Nessa posição ele consegue controlar tudo ao redor, decidir a direção mais segura que o grupo deve seguir e antecipar os ataques dos predadores. Em suma, a alcateia segue ao ritmo dos anciãos e sob o comando do líder, que impõe o espírito de grupo não abandonando ninguém. Assim, chegam todos juntos ao mesmo destino.

Contudo, em alguns casos, um espécime se desgarra da vida coletiva, não conseguindo se adaptar ao grupo e torna-se solitário, vive só. Um lobo solitário.

No cinema, o premiado filme “Dança Com Lobos”, dirigido e estrelado por Kevin Costner, mostrou um desses exemplares, era seu personagem e inspirou até mesmo o título.

O comportamento incomum dos lobos solitários também inspirou, no contexto da Guerra Fria, redes de espionagens soviéticas, plantando agentes que viviam como se imigrantes fossem sob identidades falsas. Inseridos comunitariamente nos países ocidentais, levavam vidas normais, com profissão e até famílias constituídas, esperando pela convocação, usualmente codificada, de uma missão ou tarefa secreta, que normalmente consistia na obtenção de alguma informação ou documentação valiosa. Os romancistas John Le Carré, Graham Greene e Frederick Forsyth, especialistas no período, imortalizaram personagens desse tipo, que também migraram para as telas de cinema.

A origem e a inspiração do termo “lobo solitário”, adaptado ao terrorismo na atualidade, é o que singelo trabalho se propõe a investigar.

A SEMPRE PRESENTE QUESTÃO DO ORIENTE MÉDIO

A raiz da problemática envolvendo o cerne deste estudo está na histórica desavença envolvendo árabes, judeus e cristãos no importante pedaço de mundo conhecido como Oriente Médio.

Trata-se de uma região da Ásia formada pelos seguintes Estados: Irã, Iraque, Arábia Saudita, Turquia, Afeganistão, Iêmem, Kuwait, Omã, Emirados Árabes Unidos, Barein, Catar, Jordânia, Israel, Síria e Líbano.

Contudo, por possuírem culturas semelhantes, especialmente pela língua árabe e professarem o islamismo, o norte da África também pode ser incluído no conceito de Oriente Médio, até porque o clima árido e semiárido, predominantemente desértico, caracteriza toda a região. Assim some-se aos Estados de acima o Egito, a Líbia, a Tunísia, a Argélia e o Marrocos.

Também comum a estes Estados está sua principal riqueza natural – o petróleo – energia sobremodo essencial às economias industriais do Ocidente, que é não renovável, isto é, inexoravelmente vai acabar.

A civilização e a história começaram no Oriente Médio, com incomensuráveis contribuições à ciência. Foi lá também que nasceram as três grandes religiões: o judaísmo, o cristianismo e o islamismo.

Ante a sua singeleza, este trabalho não pretende examinar nenhuma delas, apenas apontar a enorme influência do islamismo no foco principal desta pesquisa.

Os fundamentos desta religião estão escritos no Corão, livro sagrado, comparado à Bíblia cristã e à Torá judaica.

O Corão prega que Alá (palavra que designa Deus em árabe e em todas as outras línguas faladas pelos muçulmanos) é criador do Universo e Maomé seu mensageiro. Como qualquer religião, o islamismo possui divisões, seu maior grupo é o dos sunitas, mais liberais e maioria em quase todos os Estados muçulmanos.

O segundo maior grupo do Islã que interessa de perto para este artigo é o dos xiitas, de orientação mais radical e que segue literalmente os fundamentos do Corão, daí serem qualificados como fundamentalistas, significando aqueles que querem seguir todos os fundamentos de uma religião. É minoria em toda a região, exceto no Irã e no Iraque, sendo que o Irã é o único Estado francamente xiita.

É importante ressaltar que nem todo muçulmano é árabe, há muçulmanos em todo o mundo, especialmente porque são sobremodo missionários, somando-se aos problemas sociais e políticos daquela região, que contribuíram para a migração em massa em busca de melhores condições de vida, hoje em dia em face da guerra civil na Síria esta situação resultou em muitos refugiados.

O TERRORISMO INTERNACIONAL: POSICIONAMENTO, DEFINIÇÕES E PROPÓSITOS

O terrorismo de hoje deve ser entendido como a prática política de quem recorre sistematicamente à violência contra as pessoas ou as coisas, provocando terror e trauma por meio de ações espetaculares que atraiam a atenção da mídia.

Trata-se de conduta internacionalmente considerada ilícita e repudiada de forma geral, encontrando enorme dificuldade de tipificação específica no âmbito internacional, ainda que existam algumas convenções especializadas sobre o tema, destaca-se como fenômeno transnacional recorrente.

No contexto internacional altamente globalizado e conectado, como o atual, tais ações têm se tornado cada vez mais frequentes, pois para as organizações terroristas estas práticas se revelam como as únicas possíveis e capazes de surtirem algum efeito de chamarem a atenção para as suas causas, as quais radicalmente consideram como únicas e verdadeiras, até porque não pertencem a nenhuma unidade territorial, isto é, a nenhum Estado.

Podem ser, de certa forma, comparadas ao caso mais atual e original de guerrilha, além de ser aquele que envolve mais diretamente a problemática da política internacional em razão de as suas ações irregulares não serem as de um exército tradicional, desconhecendo limites territoriais, como os provenientes de um Estado, mas sim provêm de vários, posto serem seus militantes de diversas nacionalidades.

Assim sendo, o terrorismo internacional é, para as organizações, a única arma a que podem recorrer para subverter a ordem internacional apoiada no chamado

“equilíbrio do terror”, representando os seus atentados, uma verdadeira alternativa de guerra.

Num mundo em que a guerra regular é conduzida conforme as normas do Direito bélico internacional, se revela impossível para as organizações acreditarem que a mudança da ordem internacional somente pode ser conseguida através de formas irregulares de luta.

Neste passo, a ideia de opressão como efeito negativo experimentado pelos hipossuficientes, em sentido amplo, proveniente do Oriente Médio árabe, encontra eco no nacionalismo exacerbado, posto que na qualidade de oprimidos eles tendem a se converterem eles próprios em opressores ou em subopressores, porque a sua própria estrutura de pensamento sempre foi condicionadamente esta, sendo este o seu modelo de humanidade.

O fenômeno provém do fato desta gente, ao se sentir sufocada e excluída pela política internacional, no atual momento de sua experiência existencial, acabar por adotar, do seu modo, uma atitude igualmente opressora e agressiva por meio de ataques suicidas completamente imprevisíveis.

A definição de terrorismo aceita internacionalmente do aclamado Black’s Law Dictionary (<http://thelawdictionary.org/>), em uma tradução livre, é “O uso da violência para intimidar ou causar pânico, especialmente como um meio de afetar uma conduta política”.

O Dicionário Compacto do Direito, de Sérgio Sérulo da Cunha (2009) também definiu o terrorismo como sendo a “criminalidade política, violenta e indiscriminada, para intimidar e causar insegurança”.

Portanto, o terrorismo possui clara característica de modalidade política, isto é, para fins políticos, visando intimidar, preferencialmente de forma espetacular, para chamar bastante a atenção da mídia, uma determinada conduta política, através da insegurança, buscando modificar radicalmente a política.

Os fins do terrorismo são mais “coletivos”. Suas finalidades ideológicas e políticas procuram impactar fortemente, chamando a atenção do mundo para a sua determinada causa, que considera a unicamente justa. A mensagem que pretendem passar à comunidade internacional é de inconformismo com o *status quo* político e/ou religioso, com a nítida pretensão “revolucionária” de modificação ou de derubada da ordem vigente.

Assim sendo, os atos terroristas são sempre levados a cabo de forma violenta contra populações civis, desinteressadas militarmente. A marca registrada destes atos é a imprevisibilidade com o fito de causar pânico e insegurança nas populações indefesas.

O exemplo já clássico da atualidade é o ataque às Torres Gêmeas de Nova York, ocorrido em 11 de setembro de 2001, cujo efeito notável foi revelar para a maioria das populações na comunidade internacional da existência do chamado “fundamentalismo islâmico”, que prega a interpretação literal do Alcorão, não admitindo qualquer modernidade.

Logo, os fundamentos corânicos do islamismo não preveem a separação entre Estado e religião, isto é, o laicismo de Estado ou Estado laico não clérigo, que desde o iluminismo do século XVIII o Ocidente passou a adotar, como verdadeira fonte do Estado contemporâneo. O Brasil é Estado laico desde a primeira Constituição Republicana de 1891, uma vez que na sua pioneira Constituição Imperial de 1824 ainda havia essa mistura.

Assim, o fundamentalismo islâmico renasceu pregando a interpretação literal do Alcorão, em que a nação se constituiria numa só comunidade dos fiéis, religiosa e politicamente organizada, incitando a lutar contra aqueles que não acreditam em Alá e que não adotam a religião da verdade, a qual, segundo os fundamentalistas, é o Islã. Criaram, assim, a denominada “jihad islâmica”, um nome genérico dado às forças agressoras de elite das organizações terroristas islamitas para divulgar mensagens e assumir a autoria de suas operações.

O líder de uma comunidade islâmica é denominado “califa”, sendo aceito como chefe supremo tanto religioso como político, e até mesmo ele também deve se submeter completamente ao Corão, formando-se assim o “califado”, significando o Estado unificado de todos os islâmicos, objetivo final dos islamitas.

Os propósitos da rede terrorista Al Qaeda buscaram de forma “espetacular” chamar a atenção da comunidade internacional para os “desmandos” da política externa norte-americana, que causam ressentimentos, especialmente ao apoiarem Israel, o isolado Estado “estrangeiro” no Oriente Médio.

Não havia – como, em regra, não há – finalidade lucrativa nos ataques terroristas, mas sim intimidatória com o forte propósito político de interferir em determinada forma de condução política, através do pânico. As ações são intencionadas para produzir um espetáculo aterrorizante com a máxima possibilidade de destruição, levadas a cabo pelos conclamados novos “guerreiros da fé”.

O Estado Islâmico (EI) é idêntico. Utilizando principalmente a internet, divulga suas ações e dissemina sua ideologia, numa estupenda estrutura de marketing, recrutando simpatizantes ao redor do globo, infelizmente com enorme sucesso, sempre com apelo de conclamação aos novos “guerreiros da fé”.

As ações terroristas do EI baseiam-se num indissociável tripé: atingir civis indefesos e inocentes; deixar um legado de gigantesco pavor repugnante e paranoico; e traumatizar os sobreviventes e a comunidade internacional.

O CONCEITO DE SEGURANÇA COLETIVA

Os Estados, isto é, países, elementarmente organizados por meio de uma Constituição, considerando uma população vivendo num território comum, sob um governo soberano e administrador, ante a comunidade internacional, cooperam-se mutuamente de diversas formas, seja através de alianças e coalizões, seja através do estabelecimento de medidas de confiabilidade recíprocas, normalmente por meio de um tratado internacional, que nada mais é, *prima facie*, que um contrato firmado entre nações.

Portanto, o conceito de segurança coletiva surgiu historicamente com a criação da Liga das Nações ao término da I Guerra Mundial, e vem sendo aprimorado desde então baseando-se na premissa de mecanismos internacionais que conjugam compromissos de Estados no sentido de evitar ou prevenir a agressão de um Estado contra o outro por intermédio de boicotes, pressões econômicas e até de intervenções militares, no sentido de garantir a paz.

Contudo, a necessidade de ampliação de temas afetos à segurança coletiva é facilmente perceptível na atualidade.

É crescente o grau de complexidade no que se refere ao quesito segurança coletiva, que vai muito além de simplesmente a paz entre Estados. Há inúmeras ameaças outrora pouco reconhecidas, por exemplo, a degradação ambiental, o

tráfico internacional de entorpecentes, de armas e de pessoas, epidemias fatais, movimento de refugiados e de terrorismo.

MOTIVAÇÕES SOCIOECONÔMICAS E DE POLÍTICA EXTERNA

O mundo islâmico vem sofrendo com a estagnação econômica há gerações, muito especialmente desde a queda e esfacelamento do califado Otomano, em 1924, quando tradicionais rotas comerciais foram inteiramente modificadas e antigos Estados divididos com o surgimento de outros, numa nova geopolítica interrompendo um círculo econômico virtuoso e secular.

Estudos mostram que, com a exceção do petróleo, a produção de toda a região do grande Oriente Médio, com cerca de 400 milhões de habitantes, equivaleria às exportações da Suíça. Some-se a isso determinados atos de política externa norte-americana como as intervenções no Afeganistão e no Iraque, além dos apoios político, financeiro e militar a Israel, o isolado Estado judeu no Oriente Médio, predominantemente árabe e muçulmano, ajudaram a sedimentar o sentimento antiocidental.

QUEM SÃO OS LOBOS SOLITÁRIOS TERRORISTAS

Considera-se hoje em dia a existência simultânea de três formas de atuação terrorista. Uma, que depende de uma estrutura central existente, localizada na fronteira entre o Paquistão e o Afeganistão, ou seja, um comando inicial organizado militar e economicamente.

Outra, organizada numa espécie de franquia, que age por meio de grupos afiliados em torno de várias facções radicais. Sua presença está marcada em vários países do arco islâmico, tanto no Mali como no Iémen, na Somália ou nas Filipinas.

Por derradeiro, há uma terceira forma que não depende de nenhum comando central, nenhuma rede ou liderança organizacional. Age inteiramente motivada pela dimensão ideológica e opera isolada e, sobretudo, imprevisivelmente. São apenas indivíduos ou, no jargão de combate ao terrorismo, “células-fantasma”, sem relação aparente com algum comando central ou com grupos afiliados. Agem sós e por conta própria, em nome do islamismo radical no mundo.

É por esta terceira via que opera essencialmente em países ocidentais, que surgem os denominados “lobos solitários”.

Com ações armadas realizadas por “lobos solitários”, que vivem e estão inseridos em diversos países e que são inspirados ou motivados pelo radicalismo islâmico, as ações são arquitetadas de forma compartilhada ideologicamente por meio do uso de tecnologias de comunicação, principalmente da internet, como meio de divulgação, de troca de informações e de marketing, o uso das redes sociais como forma de radicalização e disparo para uma ação de massacre de forma solitária. Este extremismo serve-se da tecnologia e é capaz de produzir terroristas que podem atacar a qualquer momento, em qualquer lugar.

Por meio desta terceira forma emergem o que os especialistas chamam de “lobos solitários”, indivíduos, ou “células-fantasma”, como também são chamados, os quais, em nome de uma ideologia radical e transnacional, disparam ações violentas contra concidadãos, geralmente civis inocentes.

As autoridades de combate ao terrorismo atribuem os atentados ligados ao Estado Islâmico nos EUA e na Europa até hoje aos “lobos solitários”, que se inspiram no grupo terrorista, mas não são diretamente comandados por ele.

Os ataques sobremodo repugnantes, como aquele que aconteceu na boate Pulse, cujo público frequentador é predominantemente de orientação gay, na cidade de Orlando, nos EUA, onde um lobo solitário metralhou dezenas de pessoas, assim como outro utilizando-se de um caminhão, que atropelou outras dezenas em Nice, um badalado balneário no sul da França, enquanto apreciavam as comemorações da queda da Bastilha, data nacional histórica daquele país, ou ainda a forma como ocorreu o ataque em um mercado natalino a céu aberto em Berlim, na Alemanha, causaram tamanha revolta internacional que a mídia passou a classificar os lobos solitários de “ratos solitários”.

São ações armadas caracterizadas pelo isolamento operacional, isto é, solitárias. Tais ações normalmente não estão relacionadas a qualquer tipo de comando central, antes, pelo contrário, são terroristas que agem sós, inspirados na ideologia radical divulgada “world-wide” (mundo afora) pela internet, meio pelo qual são cooptados e recrutados, retirando dela estímulo e orientação, funcionando como verdadeira guia doutrinária e modelo genérico de comportamento, pela disseminação propagandística da causa radical que consideram ser uma verdade única.

ESPÉCIES DE LOBOS SOLITÁRIOS

Alguns especialistas agrupam três possíveis tipos de “lobos solitários”: aqueles que atuam em grupo operacionalmente e no planejamento com um mínimo de organização; os que agem individualmente, mas que têm um determinado nível de ligação a facilitadores e mobilizadores; e, por fim, os que atuam individualmente e de uma forma totalmente isolada, sem qualquer tipo de ligação a possíveis facilitadores.

Estes últimos são os imprevisíveis! E por isso é praticamente impossível serem detectados com antecedência, razão pela qual há o desafio de autoridades mundo afora por mais vigilância ser empregada na prevenção, já que os lobos solitários dificilmente se revelam, estão em suas casas, inseridos socialmente, ainda que desajustadamente.

A IMPREVISIBILIDADE DE AÇÕES ESPETACULARES

Este singelo trabalho se dedica em particular ao tipo de terrorista suicida – o lobo solitário. O imprevisível. Aquele cuja ação, após perpetrada, causa surpresa naqueles que o conheciam, pois jamais poderiam supor que a pessoa com quem conviviam pudesse ser capaz de uma ação violenta e radical e, principalmente “espetacular”. Sim, porque a intenção é chamar a atenção da mídia internacional para o fato e para a sua causa, se não, não haveria sentido em suas ações.

Portanto o que diferencia os terroristas “lobos solitários”? Nenhum manteve contato físico com comandos superiores. Agem espontaneamente, sem obedecer a qualquer liderança. São pequenos grupos compostos por membros que compartilham a mesma visão de mundo e são autodidatas, ou seja, aprendizes solitários nas suas ações isoladas levadas a cabo por conta própria, mas sempre em nome da causa.

Estão inseridos culturalmente na sociedade anfitriã que atacam. Por isso mesmo, são difíceis de serem monitorados pelas forças de segurança.

Entretanto, a ligação informal de lobos solitários com o alto comando da organização terrorista internacional também pode ser traduzida numa certa inépcia operacional, em face da falta de treinamento e de apoios logístico e financeiro.

É cediço que somente uma estrutura baseada numa cadeia de comando organizada poderia levar a concluir ataques em larga escala. Todavia, basta um atentando, ainda que pouco sofisticado, mas bem-sucedido, para capturar a mídia, atraindo assim a atenção da comunidade internacional, num claro símbolo de sucesso estratégico e de enorme alcance de marketing.

Estudiosos do tema, atualmente, já não consideram mais como foco principal de organizações internacionais terroristas um ataque de larga escala semelhante ao que passou à história como o “11 de setembro”, ou seja, uma ação espetacular envolvendo um grande planejamento com muitas pessoas.

Hoje em dia, bastam algumas ações isoladas violentamente expressivas em diferentes países importantes para que haja alcance de seus propósitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a capacidade para grandes atentados seja reduzida por causa da intensa vigilância de organismos internacionais, a possibilidade de vários atentados em pequena escala está cada vez mais presente.

A Europa unificada e com uma invejável infraestrutura de transportes, proporcionando enorme facilidade logística e de trânsito de pessoas entre os seus Estados, todos prósperos e com enorme potencial turístico em larga escala, representa um alvo constante de ataques cuja marca registrada é a imprevisibilidade. Por mais que se vigie é praticamente impossível a prevenção total.

É o que tem acontecido ultimamente, não apenas na Europa, mas mundo afora, infelizmente com enorme sucesso para a causa terrorista radical, a qual, através do pânico tem obtido a atenção pública internacional ante a absoluta imprevisibilidade das ações dos agora famosos “lobos solitários” cujas repulsivas ações têm recebido uma nova nomenclatura: “ratos solitários”. 

REFERÊNCIAS

- Aurélio O Dicionário da Língua Portuguesa. Positivo. Rio de Janeiro: 2011.
- Black's Law Dictionary. Ed Thomson West. St. Paul, MN, USA, 2006.
- BOBBIO, Matteucci & Pasquino. Dicionário de Política. V. 2, Editora UnB – Brasília/DF: 1983.
- BODANSKY, Yossef. Bin Laden. *O homem que declarou guerra à América*. Ediouro Publicações. Rio de Janeiro: 2001.
- CRETILLA NETO, José. *Terrorismo Internacional – inimigo sem rosto, combatente sem pátria*. São Paulo: Millennium, 2008.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Dicionário Compacto do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva. São Paulo: 2014.
- GODINHO, Thiago José Zanini. *Elementos de Direito Internacional Público e Privado*. Atlas, 2010.
- HERZ, Mônica e Hoffman, Andrea Ribeiro. *Organizações Internacionais História e Práticas*. Elsevier, 2004.
- KARNAL, Leandro. *Oriente Médio*. Scipione, São Paulo: 1994.
- MAGNOLI, Demétrio. *Relações Internacionais Teoria e História*. Saraiva. São Paulo: 2015.
- MORAES, Marcos Antonio de, e Franco, Paulo Sérgio Silva. *Geopolítica Uma Visão Atual*. Átomo, 2014.
- SANTOS, Edison Santana dos. *Piratária e Terrorismo*. Site Portogente. 2009.



ARQUIVO PESSOAL

EDISON SANTANA DOS SANTOS é advogado. Mestre em Educação Jurídica pela Universidade Católica de Santos. Professor de Direito Tributário da Escola Superior de Advocacia de Santos (SP). Professor Convidado da Pós-Graduação de Direito Tributário das Universidades Presbiteriana Mackenzie, Unisantos e UNIP e na Pós-Graduação de Direito Marítimo e Portuário da Unisantos. Coordenador acadêmico e professor da Faculdade de Direito da ESAMC/Santos.

Parlamento, representação e participação popular

■ POR JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO



Neste breve ensaio, argumentamos que, vista sob certo ângulo, a história da democracia se confunde com a história do Parlamento. Sob outro ângulo, no entanto, a democracia não se esgota no Parlamento ou na chamada “democracia representativa”, espécie de democracia da qual o Parlamento é a instituição central. A crescente pluralização das sociedades modernas está a exigir novas formas de organização social e política, nas quais se privilegiem a participação e a deliberação popular. Em tais sociedades, como a brasileira, para que se mantenha como o principal fórum institucional de discussão e formulação de políticas públicas, o Parlamento precisa se requalificar abrindo-se à representação de mulheres, negros, indígenas e outras minorias sociais, além de tornar-se mais permeável à participação e ao controle da população em geral.

A ideia moderna de democracia é fruto da experiência de povos europeus ocidentais, desenvolvida simultânea e associadamente com a evolução do Parlamento moderno. A experiência do Reino Unido, potência europeia ocidental, de deter a hegemonia mundial até o fim da Segunda Grande Guerra, talvez tenha sido a mais determinante na articulação do discurso da modernidade, na qual democracia e Parlamento figuram em relação indissociável.

Pode-se distinguir três momentos específicos na história político-constitucional moderna do Reino Unido: o primeiro, em que prevaleceu o discurso segundo o qual o poder soberano residia no rei; o segundo, em que prevaleceu a narrativa de acordo com a qual o poder soberano residia no Parlamento; e o terceiro, atual, em que prevalece o discurso em conformidade com o qual o poder soberano reside no povo.

“Para que sobreviva como fórum institucional privilegiado, o Parlamento terá de se reinventar. Reconhecendo que não mais detém – e talvez nunca tenha detido – o monopólio da política institucional, o Parlamento terá de tornar-se mais representativo, transparente, responsivo e permeável à sociedade civil e aos que vêm sendo mantidos fora dela, criando meios institucionais efetivos de participação política.”

As Ilhas Britânicas foram expostas ao entrechoque de duas culturas políticas distintas: a anglo-saxônica dos primeiros séculos e a que, com a invasão dos normandos no século XI, importou os costumes e as instituições da sociedade feudal. As circunstâncias que condicionaram o estabelecimento dos povos germânicos na Inglaterra aparentemente favoreceram, no período anglo-saxão, certa limitação do poder do rei pela autoridade de seus conselhos.

Os mais importantes integrantes da aristocracia e do clero, periodicamente convocados pelo rei para opinar sobre as questões de Estado, formavam uma espécie de assembleia, já relativamente bem delineada nos séculos IX e X, denominada *Witenagemot* ou “Conselho dos Sábios”. Consultivo a princípio, o Conselho teria paulatinamente adquirido poderes extraordinários, como o de eleger e depor os monarcas anglo-saxões (PINTO, 2003).

Despóticos, os reis normandos desde o início tentaram governar em qualquer dependência do Conselho. Desde Guilherme I até João Sem Terra, os conselheiros da Coroa raramente foram convocados.

A despeito desses revezes, o discurso da democracia seguiu ganhando poder de convencimento e conquistando as mentes e os corações. Em 1215, apoiados por uma classe média liderada pela burguesia e grandemente enriquecida pelo desenvolvimento da agricultura e do comércio, nobres e clérigos assumiram o controle de Londres e impuseram ao rei João um conjunto de limitações do poder monárquico conhecido como “Magna Carta”. Em 1225, em troca do financiamento de suas incursões militares na Sicília, o rei Henrique III, filho de João, fez novas concessões ao povo, as quais passaram a integrar a Magna Carta (PINTO, 2003).

Em 1264, o conde de Leicester, Simon de Montfort, aprisionou o rei Henrique III. No ano seguinte, convocou um Parlamento que ficou famoso na história britânica por ter sido o primeiro de que participaram representantes dos condados e dos habitantes das cidades. No reinado de Eduardo III (1327-1377), bisneto de Henrique III, o Parlamento inglês se tornou bicameral. Até então, todos se reuniam na mesma sala: nobres e clérigos ocupavam as fileiras da frente e os “comuns” – os que não tinham título de nobreza nem pertenciam ao clero – enfileiravam-se na retaguarda. Foi durante o parlamento convocado, em 1343, que, pela primeira vez, nobres e clérigos se reuniram numa sala, formando a Câmara dos Lordes, e os comuns em outra, constituindo a Câmara dos Comuns (PINTO, 2003).

Foi também no reinado de Eduardo III que o Parlamento passou a adquirir atribuições legislativas. Até então seus membros só se dirigiam ao rei por meio de “petições”, que somente se convertiam em leis se a autoridade real as aprovasse. Dali em diante, os parlamentares passaram a defender o direito de converter tais petições em autênticas proposições, às quais o próprio Parlamento se encarregava de dar forma definitiva e de submeter ao rei como projetos dos próprios parlamentares (PINTO, 2003).

No reinado de Henrique VIII (1509-1547), da dinastia dos Tudors, grandes reformas na legislação, na Constituição, na vida social e na religião ocorreram na Inglaterra, inclusive sua unificação com o País de Gales, e todas elas por meio de atos do Parlamento.

Em 1628, já durante a dinastia dos Stuarts, o Parlamento redigiu uma *Petition of Rights*, protestando contra os abusos do rei e reafirmando os direitos e liberdades dos bretões, a qual Carlos I foi obrigado a assinar em troca de recursos financeiros. Em 1649, com a ajuda do exército e sob o comando de Oliver Cromwell, o Parlamento depôs o rei, condenou-o à morte e o executou em Londres (PINTO, 2003).

Morto Cromwell, a Inglaterra e o País de Gales beiravam o caos quando a ala conservadora do exército se revoltou contra a ditadura militar que se havia instalado, restabeleceu a Câmara dos Lordes e restaurou a monarquia, em 1660, na pessoa do católico Carlos II, filho do rei deposto. Durante o Parlamento eleito no ano seguinte, editou-se a lei do *habeas corpus*, que consolidou as liberdades britânicas já garantidas na Magna Carta e na *Petition of Rights* (PINTO, 2003).

O absolutismo do também católico Jaime II, sucessor de Carlos II, levou à Revolução de 1688. O Parlamento, então, ofereceu o trono ao príncipe holandês e protestante Guilherme de Orange, diante de cujo exército Jaime II não pôde resistir, exilando-se na França. No ano seguinte, o novo Parlamento editou o *Bill of Rights*, ampliando significativamente os direitos dos bretões (PINTO, 2003).

Nessa época, o Estado unitário multinacional da Grã-Bretanha surgia como um conceito político. O monarca no Parlamento, uma lei comum regendo a Inglaterra e o País de Gales e um protestantismo compartilhado reforçavam a autoridade de Westminster. Sob o Ato da União de 1707, o Parlamento unicameral escocês foi abolido e a Grã-Bretanha passou a abranger a Inglaterra, o País de Gales e a Escócia. Assim, sob o Parlamento de Westminster (com bandeira única, moeda comum e livre comércio), a concepção política da Grã-Bretanha foi reafirmada, realização posteriormente selada com a derrota das revoltas jacobinas de 1715 e 1745.

Foi a narrativa da autoridade do monarca no Parlamento – *rex in parlamento* – que definiu o Estado unitário multinacional da Grã-Bretanha ou do Reino Unido em que ela se tornou, em 1801, com a adesão da Irlanda. A ideia de um monarca regendo por meio do Parlamento era chamada de “governo misto” pelos analistas do século XVIII. Baseavam-se em antiga concepção constitucional, de origem aristotélica, que combinava monarquia, oligarquia e democracia. No Parlamento, os “estamentos do reino” – rei, lordes e comuns – foram reunidos. Agindo uns sobre os outros em Westminster, eles impediriam a usurpação do poder por qualquer dos estamentos e assegurariam o equilíbrio constitucional.

Os acontecimentos sísmicos do início do século XIX levaram o Reino Unido a muito perto de experimentar os mesmos levantes revolucionários que sacudiram a Europa continental. A resposta dada pelo Parlamento foi o Ato Reformador de 1832, que substituiu o *governo misto* pelo *governo parlamentar*, caracterizado este último, entre outras coisas, pela crescente ascendência dos comuns sobre os lordes, pelo surgimento de múltiplos partidos parlamentares e pela construção da opinião pública como fator importante no debate público.

Desde então, os primeiros-ministros passaram a recorrer ao Parlamento como fonte de sua autoridade executiva e, embora os poderes da Câmara dos Lordes não tenham sido formalmente limitados pelo Ato Reformador de 1832, os eventos de 1830-32 redefiniram seu papel como casa revisora das proposições encaminhadas pela Câmara dos Comuns. Além disso, o Parlamento se tornou cada vez mais

partidário. A partir de 1827, a Câmara dos Comuns passou a abrigar uma multiplicidade de agremiações partidárias: *ultra-tories*, *tories*, *whigs*, reformadores *whigs*, reformadores avançados e, depois de 1829, radicais irlandeses. A opinião pública, entidade amorfa que os *whigs* associaram à classe média, ganhava crescente importância nos debates públicos.

Na verdade, o *governo parlamentar* nada mais era do que um meio idealizado pelos *whigs* – mais tarde chamados de “liberais” – para conter a iminente colisão entre a elite *tory* – mais adiante denominados de “conservadores” – e a massa de indivíduos cada vez mais insatisfeita, e o caos político-constitucional que daí decorreria. Ao afirmar a autoridade de uma responsável e responsiva elite governamental no Parlamento, os *whigs* esperavam remediar os vícios de uma oligarquia estreita e acalmar os ânimos de uma população descontente.

No governo parlamentar, era em Westminster que o governo era escolhido e era à Westminster que o governo respondia. A soberania do Parlamento fundia os diferentes poderes do Estado e era no interior de Westminster que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário tinham assento, com a realeza e o eleitorado efetivamente subordinados à soberania parlamentar.

Mas o governo parlamentar *whig* ou liberal não era inquestionável. Era contestada tanto por conservadores quanto por radicais.

Por meio de petições ao Parlamento, reuniões de massa e grandes manifestações de rua, os radicais reivindicavam reformas ainda mais amplas e profundas, tais como sufrágio universal, eleições periódicas e amplo acesso à informação. As noções liberais de representação política e soberania parlamentar como distintas da vontade do povo eram veementemente rejeitadas.

Para os radicais, a soberania residia não no Parlamento, mas no povo. Os parlamentares radicais se apresentavam como “delegados” do povo, diretamente responsáveis a seus constituintes. Sua autoridade, insistiam os parlamentares radicais, era derivada do povo e não do Parlamento.

A partir de 1868, à medida que o discurso radical alcançava hegemonia, o poder soberano começava a mover-se do Parlamento para o eleitorado organizado por partidos políticos e o julgamento de denúncias sobre fraudes e abusos eleitorais deslocava-se de comissões da Câmara dos Comuns para cortes eleitorais das respectivas circunscrições eleitorais presididas por um juiz.

Na verdade, o que se articulava era uma nova retórica por meio da qual se passou a manipular o eleitorado. Nos termos dessa nova narrativa, a autoridade do Estado emergiria da sociedade como um organismo que era maior do que a soma de suas partes.

Paralelamente, do outro lado do Canal da Mancha, na Europa continental, um outro discurso de Estado vinha sendo articulado em reação à monarquia absoluta. Nessa outra narrativa, soberano e súditos eram substituídos por Estado e cidadãos. O propósito do Estado, argumentava-se, era salvaguardar os “direitos naturais” dos cidadãos. Isso exigiria uma separação dos poderes constituídos, uma distinção formal entre Legislativo, Executivo e Judiciário como meio de coibir o despotismo. Essa separação dos poderes deveria ser codificada numa Constituição escrita. O discurso de cidadãos detentores de “direitos naturais”, a separação dos poderes e a necessidade de uma Constituição escrita proveram a inspiração ideológica da Revolução Americana (1776) e da Revolução Francesa (1789).

Para um dos ideólogos da Revolução Francesa, Jean-Jacques Rousseau, a representação política seria gerada pela passagem da “vontade de todos” os que

constituíam a sociedade para a “vontade geral”, ou seja, daqueles pré-selecionados por todos, mas que não respondiam a ninguém. Não era à toa que Carl Schmitt dizia que representar era tornar presente um ausente, em outras palavras, ninguém (PINTO *et al*, 2016).

A Revolução Francesa tornou “universal” o discurso então prevalecente nas Ilhas Britânicas e no continente europeu ocidental de acordo com o qual o poder soberano residia no povo.

A narrativa da soberania popular, se teoricamente era inclusiva, na prática resultou na exclusão de muita gente. De fato, a história da política dos séculos XIX e XX pode resumir-se na história do debate em torno da linha que divide incluídos e excluídos. Esse debate, contudo, sempre se deu dentro do arcabouço de uma cultura política universal e universalizante que proclamava a inclusão de todos como definição da boa sociedade.

Na primeira metade do século XIX, o cenário ideológico na Europa continental restringia-se basicamente ao conflito entre conservadores e liberais. Não havia qualquer grupo forte que esposasse uma ideologia mais radical. Aqueles com inclinações mais radicais costumavam associar-se a movimentos liberais ou criavam pequenos espaços de dissidência. Foi a Revolução Mundial de 1848 que ampliou o espectro ideológico de dois para três adversários: conservadores à direita, liberais ao centro e radicais à esquerda (PINTO *et al*, 2016).

O período de 1848 até a Primeira Guerra Mundial foi marcado pela consolidação do discurso liberal na Europa ocidental e no resto do mundo sob seu domínio. Essa narrativa consistia de três elementos principais: gradual extensão do sufrágio e expansão do acesso à educação; expansão do papel do Estado na proteção da atividade laboral, da saúde e do salário dos trabalhadores; transformação da cidadania de Estado em “nação”. Ou seja, a transformação em política pública do *slogan* da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade” (PINTO *et al*, 2016).

O triunfo do discurso liberal na definição da cultura política no século XIX e na maior parte do século XX foi possibilitado pelo desenvolvimento dos fundamentos legais do Estado liberal e da democracia representativa. Por mais paradoxal que pareça, foi igualmente viabilizado pelo surgimento e pela crescente importância dos movimentos antissistêmicos, cujas atividades, em seu conjunto, serviram para reforçar o sistema (PINTO *et al*, 2016).

As tentativas por parte de diferentes grupos de se incluírem como cidadãos se tornaram o foco central dos movimentos antissistêmicos. Em meados do século XIX, surgiam os primeiros sindicatos e partidos trabalhistas e socialistas, primeiro nos grandes centros de produção industrial e, em seguida, no resto do mundo. Durante a maior parte do século XIX e boa parte do século XX, essas organizações foram hostilizadas tanto pelas máquinas estatais como pelas empresas. Esses primeiros movimentos sociais definiam, pois, sua luta como sendo travada entre trabalhadores e capitalistas. Na prática, os trabalhadores tendiam a se definir como homens adultos pertencentes ao grupo étnico dominante em determinado país. Aqueles “excluídos” dessa classificação tiveram de se organizar em categorias de grupo de *status* (mulheres, de um lado; minorias raciais, religiosas, linguísticas e étnicas, de outro).

Por muito tempo, esses diversos grupos oprimidos discutiram se era mais importante mudarem a si mesmos – opção cultural – ou as instituições que os oprimiam – opção política. No início do século XX, não somente a opção política

tinha vencido, mas também uma agenda de ação havia sido definida: primeiro obter o poder no Estado, depois transformar o mundo.

Mas a resposta dos europeus ocidentais aos problemas da própria existência social e o discurso liberal por eles articulado entraram em crise a partir do final da década de 1960 e do início da década de 1970, não por acaso na mesma ocasião em que a economia mundial capitalista e o sistema interestatal (internacional) controlados pelos Estados Unidos e seus aliados do Atlântico Norte também entravam em colapso.

A Revolução Mundial de 1968 foi o marco inicial da crise. Representava o fim do longo período de supremacia liberal, deslocando, assim, a cultura que sustentava as instituições políticas do mundo controlado pelo Ocidente. O deslocamento dessa cultura política mundial e o conseqüente abalo das instituições políticas que nela se sustentavam, por sua vez, desequilibraram os fundamentos da economia mundial capitalista, expondo-a à força dos choques políticos e culturais, aos quais ela sempre esteve sujeita, mas dos quais sempre esteve protegida.

Desde 1945, a economia mundial vinha experimentando a maior expansão da história moderna. Ao mesmo tempo, os movimentos antissistêmicos tiveram extraordinário êxito em realizar seu objetivo imediato: chegar ao poder nas estruturas do Estado. Partidos comunistas governavam a vasta área setentrional da Europa central ao Sudeste asiático. No mundo pan-europeu (Europa Ocidental, América do Norte e Austrália), partidos socialdemocratas ou equivalentes periodicamente assumiam o governo. Movimentos de libertação nacional chegavam ao poder no resto da Ásia e na maior parte da África. No Brasil e no resto da América Latina, movimentos nacionalistas e populistas ganhavam controle. Eram tempos de grande otimismo.

Contudo, por trás de toda a euforia crescia uma grande desilusão com os movimentos populares instalados no poder. O segundo passo da fórmula dos dois passos – mudar o mundo – parecia estar cada vez mais longe de ser realizado. A despeito do crescimento da economia mundial, o abismo entre as potências centrais e o resto do mundo tornava-se maior do que nunca. E, apesar da chegada ao poder dos movimentos antissistêmicos, o grande élan participativo do período de mobilização parecia ter morrido. Novos estratos privilegiados surgiam. Pessoas comuns eram desencorajadas a fazer demandas ao governo que supostamente as representavam. Antigos militantes abandonavam o movimento.

A Revolução Mundial de 1968 foi, pois, o resultado da combinação do antigo ódio contra a economia capitalista e do desapontamento com a capacidade dos movimentos antissistêmicos de transformar o mundo. Ela continha dois temas que se repetiam pelo mundo afora: um era a rejeição do poder hegemônico dos Estados Unidos combinada com a queixa de que a então União Soviética, supostamente antagônica, era conivente com a ordem mundial que os anglo-americanos tinham estabelecido; o outro era a reclamação de que os movimentos antissistêmicos tradicionais – a “velha esquerda” – uma vez instalados no poder, não cumpriam suas promessas.

Embora não tivessem sido capazes de conduzir seus líderes ao poder, os revolucionários de 1968 legitimaram e fortaleceram a desilusão em relação aos velhos movimentos antissistêmicos e às estruturas estatais que esses movimentos vinham paradoxalmente consolidando. Essa mudança de sentimento, por conseguinte, longe de reforçar o *status quo*, na realidade abalou os fundamentos político e cultural do capitalismo mundial.

Os oprimidos deixavam de acreditar que a história estava a seu lado. Não mais se dispunham a suportar necessidades presentes em nome de uma suposta prosperidade futura, a se contentar com pequenas concessões na esperança de que elas se reverteriam numa vida melhor para seus filhos e netos. Ou seja, iniciou-se um processo de destituição de antigas e de constituição novas subjetividades. Os sistemas econômico e político mundiais, liderados pelas potências do Atlântico Norte, perdiam seu principal mecanismo estabilizador: o otimismo do oprimido.

Com a perda do poder de convencimento do discurso liberal (de centro), direita e esquerda iniciaram um processo de radicalização. Uma coalizão de direita tentou conter o aumento dos custos de produção, reduzindo os níveis salariais, reexternalizando os custos de matérias-primas e reduzindo a tributação destinada a financiar o Estado de Bem-Estar Social. A retórica do desenvolvimentismo foi substituída pela da globalização, que apregoava a abertura de todas as fronteiras ao livre fluxo de bens e capital – mas não de pessoas. Na realidade, o grande objetivo era reverter os ganhos obtidos pelos estratos mais baixos durante o último período de expansão da economia.

Margaret Thatcher e Ronald Reagan assumiram a liderança desse projeto, que, como teoria, ficou conhecido como “neoliberalismo” e, como política, como “Consenso de Washington”. O Fórum Econômico Mundial de Davos tornava-se o *locus* da promoção da teoria, e o Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização Mundial do Comércio – OMC tornavam-se os principais executores da política. Thatcher chegou a cunhar o slogan “*There is no alternative*” ou TINA. E, para assegurar que de fato não haveria alternativa, o FMI, apoiado pelo Tesouro dos Estados Unidos, impunha uma estrita aderência ao programa neoliberal a todo e qualquer país com dificuldade financeiro-orçamentária que batesse à sua porta.

O prolongamento da estagnação econômica tem tornado extremamente difícil a resistência às pressões por “ajustes estruturais” e pela abertura de fronteiras por parte dos governos da velha esquerda, especialmente no Sul e na antiga zona soviética. Certo sucesso na contenção dos custos de produção tem sido alcançado, ainda que bem abaixo do esperado por seus promotores e do necessário para pôr fim ao contínuo encolhimento dos lucros da atividade produtiva, os quais têm levado cada vez mais capitalistas a especular no mercado financeiro, aventura que tem resultado em grandes lucros para poucos, mas deixa a economia mundial ainda mais volatilizada e sujeita a oscilações da moeda e do emprego.

Os ataques de 11 de setembro de 2001, deram novo impulso ao movimento de radicalização da direita. Um programa baseado em afirmações unilaterais de força militar por parte dos Estados Unidos tem sido executado em combinação com uma tentativa de enfraquecer muitas das estruturas geopolíticas definidas depois de 1945, como a Organização das Nações Unidas – ONU. Tais esforços de reorientação ou de retomada do controle do Ocidente sobre o resto do mundo, entretanto, só têm agravado ainda mais a instabilidade do sistema.

Noutra ponta, observa-se a emergência de uma nova esquerda, que coloca em segundo plano as pretensões eleitorais e inicia o chamado “movimento de movimentos”, identificado especialmente com o Fórum Social Mundial, criado em Porto Alegre, em 2001. O “Fórum de Porto Alegre”, como ficou conhecido, não é uma organização, mas um espaço de convergência de militantes de diferentes tipos e persuasões. Em certo sentido, a nova esquerda representa o reconhecimento de que tanto a agenda cultural deve receber a mesma prioridade que a agenda política quanto os chamados “esquecidos” – mulheres, minorias raciais, religiosas,

linguísticas e étnicas –, assim como pacifistas e ecologistas devem gozar do mesmo protagonismo que os membros dos movimentos antissistêmicos tradicionais.

Mais recentemente, a antiga objeção às condições de funcionamento dos sistemas econômico e político mundiais – intensificada pelo rentismo prevalecente na economia nos últimos tempos – e o desapontamento com a velha esquerda no poder – agravado por sua incapacidade de resistir às pressões por “ajustes estruturais” – levaram milhões de pessoas a ocuparem, desde dezembro de 2010, ruas e praças de diferentes regiões do mundo. Com uma diversidade de bandeiras e caracterizados por especificidades históricas e conjunturais, os movimentos eclodiram na Tunísia, passando pelo Egito e alcançando outros países no Norte da África e no Oriente Médio.

Em maio de 2011, os indignados ocuparam as praças centrais de Madri e Barcelona. Os acampamentos espanhóis, inspirados nas revoltas da Tunísia e do Egito, levavam adiante suas lutas de uma maneira inovadora. Contra o governo socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, os espanhóis exigiam “Democracia real, ya”, recusando a representação dos partidos políticos, ao mesmo tempo que protestavam contra a corrupção dos bancos, o desemprego, a falta de serviços sociais, a insuficiência de moradias e a injustiça dos despejos. Antes mesmo do desmonte dos acampamentos de Madri, em junho do mesmo ano os gregos tomavam o bastão e ocupavam a principal praça de Atenas para protestar contra as medidas de austeridade. Não muito depois, era a vez de Israel, do Reino Unido e dos Estados Unidos, onde o movimento se notabilizou como *Occupy Wall Street*, dali se espalhando por todo o mundo.

A partir de junho de 2013, milhões de brasileiros saíram às ruas das principais cidades do país. Embora singulares e orientados a condições locais específicas, demonstraram interfaces, diálogos e influências mútuas.

Os egípcios trilharam o caminho dos tunisianos, chegando a adotar os mesmos *slogans*, mas os ocupantes da *Puerta del Sol* também se viam tendo a mesma experiência que os da Praça Tahrir. Por sua vez, a atenção em Atenas e em Tel Aviv estava voltada para as experiências de Madri e Cairo. Os ocupantes de Wall Street tinham em vista o conjunto de movimentos e manifestações, estabelecendo, por exemplo, a correspondência entre a luta contra a tirania política e a luta contra a tirania financeira.

O mesmo se pode dizer dos milhões de brasileiros que saíram às ruas. Não obstante os alvos iniciais dos protestos que tomaram o Brasil terem sido o aumento das tarifas dos transportes públicos e a violência policial, ao fim e ao cabo tais manifestações expuseram indignações semelhantes às das multidões que meses antes se aglomeraram em diferentes regiões do planeta.

Todos esses movimentos claramente compartilham uma série de características, entre as quais destaca-se a estratégia de acampamento e de ocupação. Outra característica comum é a horizontalidade da organização sem lideranças imediatamente assumidas e identificáveis, cujas decisões são anunciadas como resultado de práticas democráticas em que todos participam. Muitos desses movimentos compartilham a luta pelo comunal, em contraposição às injustiças do neoliberalismo e, em última análise, à propriedade privada. Mas isso não os torna socialistas. Na realidade, temos visto muito poucos movimentos autodefinidos como socialistas tradicionais saindo às ruas na atualidade. Em sua luta pelo comunal, os movimentos contestam a propriedade privada, mas, ao mesmo tempo opõem-se ao controle da propriedade pública pelo Estado.

Assim, os vários movimentos emergentes no último período não somente guardam relação de conexão com os demais movimentos deflagrados quase que simultaneamente em diferentes regiões do planeta, como também apresentam algumas relações de continuidade com os movimentos deflagrados desde a Revolução Mundial de 1968. A grande maioria, cada qual a seu modo, tem demonstrado intolerância com os crescentes privilégios de pequenas minorias traduzidos em promessas nunca realizadas de prosperidade econômica e participação política.

Impropriamente designados de “nova esquerda”, os novos movimentos sociais interconectados globalmente representam um esforço de superação radical dos sistemas econômico e político mundiais controlados pelas potências do Atlântico Norte e de suas principais instituições: capital, Estado e nação. Representam, portanto, rupturas com o liberalismo e com os tradicionais movimentos antissistêmicos que os apoiaram em suas versões originais e modificadas.

Argumentamos acima que os novos movimentos sociais globais, assim como todos os que os antecederam, desde a Revolução Mundial de 1968, passando pelas várias revoltas contra as medidas de austeridade impostas pelo Banco Mundial e pelo FMI – no Peru, em 1976, no Egito, em 1977, na Venezuela, em 1989 e na Argentina, em 2001 – compartilhavam, entre outras coisas, a luta pelo comunal, ou seja, a contestação tanto da propriedade privada como do controle pelo Estado da propriedade pública. Querem substituir o objetivo do crescimento econômico pelo objetivo da decomodificação máxima – aquilo que os movimentos indígenas americanos chamam de “*buen vivir*”. Isso significa não somente resistir à crescente pulsão de comodificação dos últimos trinta anos – da educação, da saúde, do corpo, da água, do ar –, mas também a decomodificação das produções agrícola e industrial.

Porém, mais do que isso, os novos movimentos sociais globais têm questionado as estruturas da representação política e os regimes de governança liberal. O audacioso salto dado pela teoria e pela prática da democracia representativa – da “vontade de todos” para a “vontade geral – finalmente se revelou fatal, e até mesmo as novas formas de governança, estendidas como uma rede de proteção ao acrobata em queda livre, revelaram-se excessivamente desgastadas e frágeis.

Diante do exposto, para que sobreviva como fórum institucional privilegiado, o Parlamento terá de se reinventar. Reconhecendo que não mais detém – e talvez nunca tenha detido – o monopólio da política institucional, o Parlamento terá de tornar-se mais representativo, transparente, responsivo e permeável à sociedade civil e aos que vêm sendo mantidos fora dela, criando meios institucionais efetivos de participação política, além de passar a conviver de maneira mais cooperativa do que competitiva com outras instâncias de discussão e formulação de políticas públicas, tais como conselhos e conferências, assim como outras que venham e devam ser instituídas. 

REFERÊNCIAS

PINTO, Julio R. S. (2003). Condenados à democracia. *Prática Jurídica*, Ano II, n. 18, p. 40-45.

PINTO, Julio R. S.; GUIMARÃES, Débora M.; BARROS, Flávia L. (2016). A crise da democracia representativa. *E-Legis*, n. 19, p. 39-48.



ARQUIVO PESSOAL

JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO é advogado, doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília, pesquisador da Universidade de Oxford (2011- 2012) e da Universidade de Duke (2014-2015), e professor do Mestrado Profissional em Poder Legislativo da Câmara dos Deputados.

Incidência de PIS/Cofins na revenda de veículos automotores usados

■ POR RAFAEL SANTIAGO ARAUJO



“Há sólidos argumentos e respaldo jurisprudencial para que empresas que tenham como atividade empresarial declarada em seus atos constitutivos a compra e venda de veículos automotores acionem o Poder Judiciário visando afastar o recolhimento do PIS e da COFINS sobre o valor total obtido na revenda de veículo automotor usado, bem como o reconhecimento do direito de compensar/restituir o que foi pago a maior, indevidamente, nos últimos cinco anos.”

As pessoas jurídicas que tenham como atividade empresarial declarada em seus atos constitutivos a compra e venda de veículos automotores poderão equiparar, para fins tributários, como operação de consignação, as operações de venda de veículos usados adquiridos para revenda, bem assim dos recebidos como parte do preço da venda de veículos novos ou usados, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.716/1998.

Assim, não obstante a revenda de veículos se tratar de operação de natureza mercantil, para fins fiscais, nos termos do aludido artigo a referida operação é equiparada à consignação e, por consequência, não comporta a incidência das contribuições ao PIS/COFINS.

Todavia, no entendimento do Fisco Federal, os recursos financeiros que ingressam no caixa da empresa em decorrência da revenda de veículos recebidos como parte do preço da venda de veículos novos ou usados devem ser tributados pelo PIS e pela COFINS, pois teria ocorrido o fato gerador de tais contribuições, enquadrando-se os referidos recursos no conceito de receita bruta.

Em outras palavras, o Fisco ignora o disposto no art. 5º da Lei nº 9.716/1998, entendendo que a hipótese de não incidência das contribuições sociais para o PIS e a COFINS na operação equiparada à consignação viola o conceito de receita bruta/faturamento (base de cálculo do PIS/COFINS) disposto no art. 2º, da Lei Complementar nº 70/1991.

Com efeito, conforme entendimento já manifesto pelas Cortes Superiores, inclusive em recente julgamento promovido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 (exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS), nem todo ingresso no caixa da empresa deve ser considerado faturamento/receita para fins de apuração do PIS e da COFINS.

Dessa forma, conforme entendimento consolidado, em homenagem ao princípio da capacidade contributiva, para efeitos de tributação pelo PIS e pela COFINS, deve-se levar em conta tão somente ingressos que representem fato-signo presuntivo de riqueza.

Para melhor compreensão do tema, vale a conjectura da sistemática preconizada pelo Fisco e, após a visualização de como deve ocorrer, segundo o art. 5º da Lei nº 9.716/1998, ressalvando-se que o entendimento do Fisco reflete o que ocorria anteriormente à vigência da legislação ora invocada.

Pela sistemática defendida pela Receita Federal, uma empresa que ao vender um veículo automotor novo ou usado por R\$ 100 mil e receber um usado por R\$ 50 mil teria que recolher aos cofres públicos o PIS e a COFINS sobre o valor do veículo usado dado como parte do pagamento e, novamente, quando revender o veículo usado recebido como parte do pagamento, caracterizando nítida bitributação (*bis in idem*) sabidamente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Veja-se a tabela demonstrativa.

SISTEMÁTICA DA RECEITA FEDERAL				
Operação de venda de veículo novo ou usado				
Valor do veículo na concessionária	Veículo dado como parte do pagamento	Restante do pagamento em dinheiro	Base de Cálculo do PIS/COFINS	PIS/COFINS devido/pago
R\$ 100.000,00	R\$ 50.000,00	R\$ 50.000,00	R\$ 100.000,00	R\$ 3.650,00

Operação de revenda de veículo usado				
Veículo dado como parte do pagamento	Valor do veículo atribuído pela concessionária para revenda	Lucro da concessionária na revenda	Base de cálculo do PIS/COFINS	PIS/COFINS devido/pago (3,65%)
R\$ 50.000,00	R\$ 60.000,00	R\$ 10.000,00	R\$ 60.000,00	R\$ 2.190,00
SISTEMÁTICA DE ACORDO COM O ART. 5º DA LEI Nº 9.716/98 NA REVENDA				
Operação de venda de veículo novo ou usado				
Veículo dado como parte do pagamento	Valor do veículo atribuído pela concessionária para fins de revenda	Lucro da concessionária na revenda	Base de cálculo do PIS/COFINS	PIS/COFINS devido (3,65%)
R\$ 50.000,00	R\$ 60.000,00	R\$ 10.000,00	R\$ 10.000,00	R\$ 365,00
PIS/COFINS PAGO A MAIOR (R\$ 2.190,00 - R\$ 365,00) = R\$ 1.825,00				

Veja-se que no exemplo simplório da tabela a sistemática aplicada pela Receita Federal na operação de revenda do veículo usado apura R\$ 2.190,00, isto é, R\$ 1.825,00 a mais de PIS/COFINS em razão da tributação em duplicidade sobre o valor de R\$ 50 mil.

Por outro lado, no que diz respeito à aplicação da sistemática de apuração veiculada pelo art. 5º da Lei nº 9.716/1998, considerando como fato gerador (receita bruta/faturamento) tão somente o fato-signo presuntivo de riqueza (lucro) o valor de R\$ 10 mil (valor de revenda do veículo – o seu custo de aquisição = lucro), tem-se como valor devido de PIS/COFINS o montante de R\$ 365,00.

No que atine às alíquotas aplicadas para as contribuições sociais objeto do presente artigo (0,65% para o PIS e 3,00% para a COFINS), cumpre esclarecer que, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), em razão do disposto no art. 8º, inciso VII, item “c”, da Lei nº 10.637/2002, e no art. 10, inciso VII, item “c”, da Lei nº 10.833/2003, a operação em estudo será regida pelo regime cumulativo, motivo de aplicação das referidas alíquotas.

Por fim, vale consignar que existem significativas decisões proferidas pelos Tribunais pátrios, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, em acolhimento à aplicação do art. 5º da Lei nº 9.716/1998, sob o entendimento de que, na revenda de veículo usado o PIS e a COFINS devem incidir tão somente sobre o fato-signo presuntivo de riqueza, representado pelo lucro (receita – custo de aquisição), sob pena de ofensa ao princípio da capacidade contributiva e indevida promoção à bitributação.

Portanto, diante do quadro ora exposto, conclui-se que há sólidos argumentos e respaldo jurisprudencial para que empresas que tenham como atividade empresarial declarada em seus atos constitutivos a compra e venda de veículos automotores acionem o Poder Judiciário visando afastar o recolhimento do PIS e da COFINS sobre o valor total obtido na revenda de veículo automotor usado, bem como o reconhecimento do direito de compensar/restituir o que foi pago a maior, indevidamente, nos últimos cinco anos. 



RAFAEL SANTIAGO ARAUJO é advogado tributarista no escritório Correa Porto Advogados; Bacharel em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul; cursando Master of Laws (LL.M.) em Direito Tributário pelo INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa; membro efetivo da Comissão Especial do Contencioso Administrativo Tributário da OAB/SP (2017/2018) e da Comissão do Jovem Advogado da 104ª Subseção da OAB/SP.

Por um calendário processual na recuperação judicial de empresas

■ POR MARIA CELESTE MORAIS GUIMARÃES E JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

“Parece, inegável a importância da fixação do calendário processual no processo de recuperação judicial, tanto no caso da OI, como de outras recuperações de empresas de grande porte, para as quais prazos rígidos não atenderiam ao justo processo legal, tampouco prazos elásticos à celeridade, princípios basilares, como vimos, do processo civil brasileiro.”

Está em curso no Ministério da Fazenda, sob a coordenação de uma equipe de juristas, uma proposta de alteração da Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas, a Lei nº 11.101/2005. Apesar de contar com pouco mais de 10 anos de vigência, a LRE, como é conhecida, precisa mesmo ser alterada em vários pontos, até porque com a edição do Novo Código de Processo Civil muitas dúvidas surgiram na sua aplicação em contraposição à norma geral processual.

O CPC de 2015 instituiu o justo processo legal, que inclui a tutela jurisdicional diferenciada para adequação ao Direito material, e a celeridade, como suas características essenciais.

O procedimento não pode ser rígido dadas as peculiaridades da empresa em recuperação, a impor atos processuais próprios e, se necessário, sob a inversão de trâmites, assim como os prazos não podem ter o curso geral.

Em tema de prazos, pode haver a redução, ampliação ou adoção de termos iniciais ou finais diversos, até porque o processo eletrônico não pode influenciar sua contagem, em se tratando de procedimento especial.

Daí a necessidade do calendário processual, objeto do negócio jurídico processual autorizado pela aplicação subsidiária do CPC de 2015 à Lei nº 11.101/2005. Por outro lado, o CPC amplia a substituição processual, *ex vi* do seu art. 18, à autorização amplamente constante do ordenamento jurídico e não só de lei.

A atuação subsidiária do administrador judicial, na ausência de constituição do comitê de credores, leva a tal resultado. É que as responsabilidades do administrador

judicial não se compadecem com a inércia dos credores, nem poderia restar o administrador judicial, por assim dizer, refém dos credores. Além disso, verificando-se a falta de empenho do comitê de credores, a quem compete fiscalizar o procedimento, tem de ser suprida com audiência de cooperação, *ad instar* do que dispõe o art. 357, § 3º, do CPC de 2015, em que o juiz, salvo acordo, superará a insuficiência da negociação e fixará o calendário, admitida a celebração sob a legitimação extraordinária do administrador judicial.

Para que surja a obrigação, por parte do administrador judicial, de negociar, propor ou reclamar a imposição de calendário processual é preciso que, por inércia, ou por preclusão, não atue em tal sentido o comitê.

Assim, se não houver comitê de credores, ou se havendo, o comitê não for proativo, impõe-se, por responsabilidade e sujeição do administrador à sanção, a obrigação de pedir a providência jurisdicional imprescindível à exequibilidade do plano, consoante o art. 4º do CPC de 2015 – do direito das partes à solução integral do mérito incluída a atividade satisfativa.

No momento, portanto, em que se cogita, na proposta de reforma da LRE, de estabelecer responsabilidades para o administrador por descumprimento de prazos no processo de recuperação, deve ser reconhecido o direito de dissentir, ou não ficar inerte, em face da deliberação do comitê de credores do devedor, partes no processo.

Como não cabe ao administrador participar de tal deliberação, a princípio, cumpre-lhe organizar o processo de modo a tornar superáveis os obstáculos ao curso dos prazos. Caso não haja comitê constituído ou caso este não concorde com o devedor em recuperação – única forma de ultrapassar os obstáculos processuais ante a limitação do prazo geral do processo – investir-se-á o administrador judicial em substituto processual dos credores, para promover o cumprimento do calendário, mediante a homologação judicial de sua proposta de acordo com o devedor.

Tal situação não é estranha ou nova no ordenamento jurídico do país, em especial, no Direito Societário, em se tratando da ação de responsabilidade civil dos administradores nas sociedades anônimas, como se vê dos arts. 159 e seus parágrafos 3º e 4º, da Lei nº 6.404/1976.

A intenção do legislador, ao assim dispor na lei societária, é a mesma que ora se propõe para a Lei nº 11.101/2005, ou seja, o atendimento aos fins sociais – que não podem ficar subjugados às formalidades processuais e à inércia dos credores.

Parece, por tudo, inegável a importância da fixação do calendário processual no processo de recuperação judicial, tanto no caso da OI, como de outras recuperações de empresas de grande porte, para as quais prazos rígidos não atenderiam ao justo processo legal, tampouco prazos elásticos à celeridade, princípios basilares, como vimos, do processo civil brasileiro.

A sugestão, portanto, é a de se prever na lei a legitimidade do administrador judicial para propor no processo de recuperação judicial a fixação de calendário processual, na ausência do comitê de credores, ou se constituído este ficar inerte quanto à fixação do calendário processual.

Ante a proposta do administrador judicial, o juiz designará audiência, intimando o comitê de credores, caso constituído, e o devedor em recuperação, para celebração de negócio jurídico processual. 

MARIA CELESTE MORAIS GUIMARÃES é professora de Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos.

JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA é professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG.

A aliada da contratação jurídica

■ POR DANIELE DI MARCO SERAFIM

“Com a crise no Brasil, podemos verificar um grande número de profissionais bons que estão desempregados e em busca de uma recolocação no mercado de trabalho. Utilizar uma consultoria especializada faz com que os processos sejam mais efetivos e assertivos, traz inúmeros benefícios e resguarda a imagem do escritório, garantindo um processo mais ético e moral.”

O maior desafio de todos os escritórios jurídicos está na busca de profissionais compatíveis ao perfil desejado e que realmente possam preencher a vaga de maneira correta. Muitas são as dificuldades encontradas nesta busca, por exemplo, experiências técnicas, aspectos comportamentais, distância entre a moradia e o local de trabalho, pretensão salarial, disponibilidade para viagens, disponibilidade de horário, entre outras.



Uma grande aliada dos escritórios jurídicos atualmente vem sendo a consultoria de recrutamento e seleção especializada, ou seja, empresa com uma equipe experiente na busca de profissionais no mercado de trabalho. Muitos são os benefícios obtidos na utilização desse serviço.

REDUÇÃO DE TEMPO

Quando divulgamos uma oportunidade, seja através de fontes exclusivas, sites especializados ou redes sociais, recebemos um número extremamente elevado de currículos. Para que possamos selecionar candidatos compatíveis com o perfil solicitado, temos que fazer a triagem de todos os CVs enviados, entrevistar os candidatos e aplicar testes diversos até chegar em um grupo seletivo e apto para o cargo. Isso demanda uma carga tremenda de tempo que, na vida do escritório, poderia ser investido em outras tarefas.

QUALIDADE DO PROFISSIONAL

Como a equipe trabalha com foco exclusivo em recrutamento de profissionais, a probabilidade de encontrar o candidato ideal é maior do que ao fazer um processo seletivo amador, feito por profissionais que não estão na área de recursos humanos.

FACILIDADE NA REPOSIÇÃO DO PROFISSIONAL

Se, eventualmente, o candidato não for adequado, toda consultoria que esteja trabalhando profissionalmente dá um prazo para a reposição do candidato, independente se aconteceu o desligamento por opção do empregador ou do empregado. Ou seja, se a adaptação não ocorrer da forma imaginada inicialmente, o processo será refeito.

Além disso, é importante ficar atento a duas dicas importantes para não errar na contratação de um profissional:

1. **Busque referências profissionais:** como sabemos que muitos candidatos exageram (ou até mentem) na hora de falar sobre si e suas experiências em outras empresas, é importante verificar os contatos anteriores e ligar para saber se todo aquele discurso compactua com a realidade. Empresas que não adotam essa prática cada vez mais comum, podem comprar “gato por lebre”. Com a busca das referências podemos avaliar o passado do candidato, a sua conduta anterior, o relacionamento em equipe, a ética profissional, o estilo de trabalho, a coerência em informações passadas e a real razão pela qual ele saiu do emprego anterior.

2. **Testes técnicos e psicológicos adequados:** é muito importante que os testes sejam selecionados de forma coerente, focando-se no objetivo final de entendimento técnico ou humano do entrevistado. Um teste mal formulado ou mal aplicado pode estragar o processo seletivo.

Com a crise no Brasil, podemos verificar um grande número de profissionais bons que estão desempregados e em busca de uma recolocação no mercado de trabalho. Utilizar uma consultoria especializada faz com que os processos sejam mais efetivos e assertivos, traz inúmeros benefícios e resguarda a imagem do escritório, garantindo um processo mais ético e moral. 



DANIELE DI MARCO SERAFIM é psicóloga e analista de recrutamento da Inrise Recrutamento Jurídico, Pós-graduada em Psicologia Organizacional pela Universidade Paulista - UNIP.



Incompetência absoluta

■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

Se fosse feita uma enquete sobre as principais causas do caos político-social que o Brasil vem atravessando nos últimos anos, sem sombra de dúvida a corrupção estaria no topo da lista com grande margem de vantagem sobre as demais. É indubitável a extrema influência da imprensa sobre a opinião pública na formação e sedimentação do senso comum. O que não aparece no *Fantástico* é pura especulação, e o que se divulga se torna fantástico o modo como todos acreditam. Todavia, analisando os últimos anos em que vem sendo travada uma intensa resistência contra as falcatruas institucionalizadas no país, pode-se concluir que há um mal ainda maior: a incompetência.

Naturalmente, o sucesso ou o malogro de determinados projetos levantam dúvidas sobre as virtudes dos bem-sucedidos e o despreparo dos que amargam a derrota. Ao final de qualquer disputa é comum haver confusão entre o que deve ser entendido como mérito do vencedor ou notória ineficiência de seu oponente. Tal dilema pode se tornar tão complexo ao ponto encontrarmos dificuldades no momento da distinção entre vencedores e vencidos. Nesse contexto, a política nacional para o enfrentamento da criminalidade está inserida, que nos faz refletir com mais propriedade a respeito de outros fatos que marcaram a história do Brasil.

A própria construção do Império Brasileiro serve como exemplo da constante confusão entre as concepções de sucesso e fracasso. Depois de ter as suas riquezas naturais completamente saqueadas, a Coroa Portuguesa nos transferiu todas as dívidas contraídas com os vizinhos ingleses, além de deixar para o primogênito da nova América um herdeiro de sangue azul que iria ditar o destino da massa de súditos expropriados e despossuídos. Não obstante a magnitude da tragédia, aprendemos na escola termos sido vitoriosos e que devemos comemorar a libertação supostamente anunciada às margens do Ipiranga. Na disputa entre colônia e metrópole, enquanto a primeira se endividava para a eternidade, a segunda perdia suas conquistas ultramarinas. Vitória britânica em detrimento da incompetência luso-brasileira.

“Não pode ser visto como competente o ato de revelar o que todos já sabiam. Pior do que isso, só mesmo sendo o único a não saber. Seria o caso de incompetência absoluta. Entretanto, quando estamos diante de tantos fatos a serem apurados, mas somente alguns deles são criteriosamente selecionados em busca de holofotes, a incompetência não é absoluta, é organizada.”

Durante a República Velha, as oligarquias de São Paulo e Minas Gerais impunham a “política do café com leite” para se perpetuarem no poder à revelia das demais unidades da federação. O voto do cabresto garantia o revezamento na presidência da república pelas próximas décadas. Com o advento do *Crack* da Bolsa de Nova York, que marcou o colapso do sistema capitalista, as elites dissidentes viram que não haveria mais condições de sustentar uma economia baseada no café, totalmente subsidiada pelos cofres públicos. E assim, rompeu-se o escandaloso acordo político. O novo plano consistia em deixar os paulistas à margem das medidas de recuperação econômica em prol do restante do país. Como efeito, eclodiu em São Paulo a chamada Revolução Constitucionalista, movimento separatista que

acusava Getúlio Vargas de ter desrespeitado à ordem constitucional vigente. Os revoltosos foram esmagados pelo governo sem muito esforço. Astúcia de Vargas, dizem alguns historiadores, despreparo e ingenuidade dos constitucionalistas, dizem outros. É realmente difícil glorificar uma batalha em que o país inteiro, com apoio da grande imprensa, se volta contra meia dúzia de homens armados com bacamartes equiparados ao usados na Guerra de Secessão, ocorrida nos Estados Unidos na segunda metade do século XIX. Todavia, vale lembrar que, após o armistício, o governo concedeu vultosa anistia e aguardou o prenúncio da recuperação econômica mundial para convocar uma assembleia nacional constituinte, que conduziria Vargas ao comando do país com o apoio de São Paulo. Isso porque, na ocasião, o governo voltaria a ter condições de continuar comprando o café paulista apenas para queimá-lo, evitando, assim, as sucessivas e desastrosas crises de superprodução. Nesse episódio, a incompetência só pode ser atribuída a quem não percebeu a artimanha das classes dominantes diante do complexo jogo político. Como diz o famoso provérbio chinês: “quando dois elefantes brigam, quem sai perdendo é a grama”.

Fato curioso é que, na mesma época, espalhou-se o banditismo pela caatinga, tornando mitológicas as figuras de Lampião e Corisco. O fenômeno social despertou certa desconfiança em relação à eficiência dos soldados nordestinos, chamados de macacos pelos cangaceiros. Chegaram ao ponto de acreditar que o miserável Virgulino Ferreira, filho de posseiros assassinados por latifundiários, era capaz de se transformar em toco de árvore para escapar das emboscadas. Crendices à parte, é pertinente questionar se de fato havia uma genuína habilidade militar naquele homem que mal sabia falar, muito menos escrever, ou se os volantes da região sequer conseguiriam encontrar as suas próprias botas. Somente quando revelado o interesse do governo em afrouxar a política de segurança pública, a fim de instituir a segurança privada dos grandes proprietários de terra, bem como os ataques à Coluna Prestes, é que pudemos entender que a incompetência era tanto da “cambada” quanto dos “macacos”. Sagazes mesmos eram os donos de terra. Aliás, pouca diferença haveria se, em vez de Lampião, tratássemos aqui dos episódios que envolveram Antônio Conselheiro, em Canudos.

Seguindo a linha do tempo, não haveria como deixar de mencionar o período que ficou conhecido como Anos de Chumbo, em razão da decretação do AI-5 pela “linha dura” do militarismo. Formaram diversas frentes de resistência ao governo com as mais variadas siglas, sendo que algumas delas chegaram às vias de fato, aventurando-se à luta armada. Em contrapartida, as forças de conservação contra-atacaram com o aperfeiçoamento do modelo repressivo, tão disseminado pela América Latina e o sudeste asiático em meio à Guerra Fria. Há quem fundamente o sucesso dos governos militares na competência dos seus comandantes, que teriam realizado com maestria as técnicas de infiltração, identificação, prisão, delação e combate aos movimentos que pretendiam proliferar a guerrilha por todo território nacional. Deram a mesma resposta que Dean Rusk (Secretário de Estado nos governos de John F. Kennedy e Lyndon B. Johnson) havia dado a Che Guevara, quando disse que o mundo precisava de muitos Vietnãs. Com a frieza que lhe era peculiar, o referido “homem forte” dos Estados Unidos retrucou: “E nós esmagaremos todos!”.

Respaldados pelo regime democrático consagrado pela atual Constituição, que pôs fim à censura, podemos agora questionar se a aniquilação dos revoltosos se deve, realmente, aos serviços de inteligência militar. Os chamados “guerrilheiros” da época eram, em sua maioria, estudantes de extrema ingenuidade política e ignorância econômica, desprovidos de carisma ideológico e experiência em qualquer tipo de combate, exceto no que tange ao arremesso de bolas de gude contra a polícia montada. A notícia oficial sobre o suposto suicídio do jornalista Wladimir Herzog no interior do DOI-CODI, realizado por enforcamento com as suas próprias meias (versão já desmentida pela Poder Judiciário) e a explosão precipitada de uma bomba durante a realização de um show no Riocentro (fato que até hoje não foi totalmente esclarecido), sem contar outros episódios que ainda fazem sangrar a história do Brasil, nos permitem refletir com mais clareza a respeito do significado de competência, e se foi preciso utilizá-la para o triunfo governamental.

Não obstante a incompetência mútua, por uma questão de justiça não há como negar que alguns intelectuais conseguiram se destacar pela excelência de suas obras, a exemplo de Chico Buarque de Hollanda e Vinícius de Moraes. Contudo, não demorou muito para o governo perceber que, se nem os censores tinham competência para a compreensão de suas letras, muito menos o povo brasileiro, que já se encontrava em um longo processo de degeneração cultural, responsável pela criação dos ídolos da juventude atual. Nesse ponto, devemos admitir que o projeto de dominação foi muito bem-sucedido. Agora, temos que “beber dessa bebida amarga, tragar a dor e engolir a labuta”.

Se o dilema do prefixo contido na palavra “incompetência” tivesse de ser esmiuçada à luz da historiografia brasileira, somente escrevendo um tratado poderíamos tentar abranger tantos eventos ilustrativos. A série de casos pitorescos envolvendo a política se equipara ao que vem ocorrendo em outros setores, como os da economia, da administração pública, e principalmente da Justiça.

São inesquecíveis as observações do ex-secretário de Segurança Pública e ex-deputado Hélio Luz sobre o crime organizado no país, em um documentário intitulado *Retrato de Uma Guerra Particular*. Segundo ele, a sorte do Brasil está no fato de o crime ser desorganizado, porque se não o fosse não haveria como detê-lo. Na entrevista, cita, inclusive, a prisão de um dos mais temidos traficantes da época, executada enquanto o procurado malfeitor se encontrava hospedado em um hotel cinco estrelas. Seguindo essa linha de raciocínio, podemos acrescentar que a sorte da sociedade ao enfrentar o crime desorganizado é a mesma que este último teve em razão de a incompetência estatal ser extremamente organizada.

Em um primeiro momento, a expressão “incompetência organizada” pode soar muito estranho, mas quando representada por determinados acontecimentos faz bastante sentido. Se o contribuinte, por exemplo, deixar de declarar um valor ao Fisco, ainda que insignificante para os cofres públicos, o sistema informatizado da Receita Federal é capaz de cruzar informações e detectar a omissão no respectivo documento, dando início ao procedimento administrativo fiscal. Trata-se de um requinte tecnológico equiparado aos avançados equipamentos usados pela NASA. Todavia, esse mesmo Estado, que consegue contar

quantas moedas o cidadão tem em seu bolso, até a presente data não conseguiu esclarecer o desaparecimento de duas vigas de 40 metros e 20 toneladas na Avenida Perimetral, situada no Rio de Janeiro, durante as obras realizadas em 2013. Na ocasião, o então prefeito Eduardo Paes comentou o ocorrido: “Incrível!”. Em um país onde a estátua de Michael Jackson, exposta no Morro Dona Marta, é decorada com um fuzil, o espanto não se justifica. Logo, pode-se concluir que o Estado se dá ao luxo de ser incompetente quando lhe convém. Pura seletividade.

Alguns vêm dizendo que a atuação de determinados órgãos estatais como a Polícia Federal, o Ministério Público e o Judiciário no sentido de levar para a cadeia os corruptos do colarinho branco que infectam o país por dentro e por fora da administração pública marca o início de uma nova era. Defendem a ideia de que somente pessoas de extrema austeridade e competência podem alavancar as mudanças necessárias para que o país consiga emergir do gigantesco mar de lama. Mais uma vez, o ponto central em análise compreende a dúvida se o que vem ocorrendo no Brasil nos últimos anos, no que diz respeito à investigação realizada no alto escalão da sociedade, seria ou não decorrência de uma composição qualificada de diversos setores do funcionalismo público.

Quando passamos a frequentar qualquer casa legislativa, incluindo o Congresso Nacional, não demora muito para tomarmos ciência dos inúmeros ilícitos civis, administrativos e penais que ali foram e vem sendo cometidos. Desde a mais humilde faxineira até o mais bem pago chefe de gabinete, todos sabem de quase tudo que ocorre ali dentro, e os comentários não são proferidos em sussurros por detrás das pilastras, mas sim nos corredores, cantinas, banheiros, em qualquer lugar, sem o menor pudor. Casos de assessores que entregam os seus salários, no todo ou em parte, aos parlamentares; funcionários fantasmas que sequer comparecem para assinar o ponto; familiares de um parlamentar no gabinete de outro a fim de escamotear o nepotismo; recebimento de propina para aprovação de projetos de lei, entre outras aberrações que Dias Gomes se esqueceu de atribuir ao famoso personagem Odorico Paraguaçu. Porém, em um domingo qualquer, a imprensa divulga a chocante imoralidade e a classifica como “notícia bomba”, ou seja, tudo aquilo que até as plantas de ornamentação há muito tempo sabiam, menos as autoridades competentes. Competentes? Dirão que uma operação extremamente sigilosa havia sido deflagrada para investigar as suspeitas de fraudes, quando para isso bastaria pedir um sucinto relatório ao dono da banca de jornal situada em frente ao prédio.

Não pode ser visto como competente o ato de revelar o que todos já sabiam. Pior do que isso, só mesmo sendo o único a não saber. Seria o caso de incompetência absoluta. Entretanto, quando estamos diante de tantos fatos a serem apurados, mas somente alguns deles são criteriosamente selecionados em busca de holofotes, a incompetência não é absoluta, é organizada. 



ARQUIVO PESSOAL

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é advogado da AMARAL GURGEL Advogados, autor da Editora Impetus, professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.



Valor das condenações por dano moral e o desrespeito ao Poder Judiciário: ineficácia das sentenças, reiteração de atos e constante violação aos direitos humanos dos consumidores

■ POR CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO E DIEGO DE LIMA SONI

Verifica-se que as ações reparatorias têm aumentado significativamente em decorrência da constante violação dos direitos dos consumidores, o que aponta ao fato de que os valores estabelecidos nas indenizações, pelo Poder Judiciário, não têm cumprido com sua função inibitória.

Salienta-se que o valor em tais casos deve ser fixado tanto de acordo com a gravidade do fato como da situação financeira e/ou econômica das partes, a fim de que não se torne o ressarcimento inexpressivo ou que resulte em enriquecimento ilícito para o ofendido, observando-se, em especial, a função inibitória que deverá representar a sanção pecuniária para o agente ofensor.

A indenização a título de danos morais não pode ser fixada em valor baixo ou ínfimo, pois as condenações – sentenças judiciais – precisam desestimular a prática reiterada de condutas que violam os direitos humanos da personalidade do consumidor, principalmente pelas empresas de grande porte, como as operadoras de telefone e companhias aéreas, que agem corriqueiramente com descaso e desrespeito frontal às decisões anteriores do Poder Judiciário, bem como em relação aos seus usuários-consumidores.

“As indenizações devem ser estabelecidas em patamar mais elevado com vistas a garantir a função reparadora e principalmente inibitória das condutas que afrontam corriqueiramente a autoridade da magistratura e a dignidade e os direitos humanos dos consumidores.”

Realizando-se uma analogia com o Direito Penal, as sanções criminais aplicadas corriqueiramente apenas com o fito de aprisionar, despreocupadas ou sem objetivo prático com a não reincidência do indivíduo, em desatenção aos postulados da Justiça restaurativa e aos direitos humanos das vítimas (reparação e indenização com os prejuízos do crime), esvazia-se de sentido por si só, acabando por incentivar a reincidência delituosa.

Diante disso, na esfera criminal a pena resta sem finalidade alguma, apenas enclausurando os agentes. Assim também acontece como as condenações cíveis sem caráter inibitório. Deste modo, é preciso que o Poder Judiciário demonstre mais e maior rigor quanto a sua autoridade sentenciante, no tocante ao valor dos prejuízos analisados e quantificados.

Outra analogia que se permite fazer, entre a questão da reiteração de ato tanto no Juízo cível como no criminal é a do grande número de liberdades provisórias concedidas constantemente a mesma pessoa, após reincidir delitivamente, fator que incentivador da prática de crimes sem qualquer receio.

Ao ser concedido o benefício da liberdade provisória com ou sem fiança, em substituição a prisão, a principal proibição legal-judicial é o compromisso do não cometimento de nova infração penal (arts. 324, 327 e 328 do CPP). Assim, *mutatis mutandis*, na Justiça cível, a mesma empresa que reitera conduta causando dano moral a diversas pessoas (consumidores) não está sequer temendo e nem respeitando decisão anterior do Poder Judiciário.

Verifica-se que na fixação do valor deve ser considerada especialmente a capacidade econômica do agente causador do dano, as condições sociais dos autores, a natureza e a intensidade da dor e limitações provenientes do ato ilícito praticado, por exemplo, cobrança indevida, inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, extravio de bagagem, cancelamento de voo, perda de dia de viagem, etc.

Em que pese a impossibilidade de tarifação/tabelamento do dano moral, tem-se observado uma fixação constante de R\$ 5 mil a R\$ 8 mil para danos de variadas espécies, deixando-se de avaliar com concretude as peculiaridades de cada caso.

Registre-se que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou os parâmetros de tarifação para o dano moral, positivados na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967). Neste sentido, foi editada a Súmula nº 281 do Superior Tribunal de Justiça dispondo que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

A atual Carta Magna prevê regra que protege amplamente os direitos subjetivos (art. 5º, inc. X), sendo inviável, portanto, o estabelecimento de patamares de indenização, já que o valor fixado deve estar de acordo com a violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem. Sobre o tema, vejamos o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. LEI DE IMPRENSA. LIMITE DA INDENIZAÇÃO. PROVA DO DANO. PREQUESTIONAMENTO. 1. O DANO MORAL E O EFEITO NÃO PATRIMONIAL DA LESÃO DE DIREITO, RECEBENDO DA CF/1988, NA PERSPECTIVA DO RELATOR, UM TRATAMENTO PROPRIO QUE AFASTA A REPARAÇÃO DOS ESTREITOS LIMITES DA LEI ESPECIAL QUE REGULA A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE INFORMAÇÃO. DE FATO, NÃO TERIA SENTIDO PRETENDER QUE A REGRA CONSTITUCIONAL QUE PROTEGE AMPLAMENTE OS DIREITOS SUBJETIVOS PRIVADOS NASCESSE LIMITADA PELA LEI ESPECIAL ANTERIOR OU, PIOR AINDA, QUE A REGRA CONSTITUCIONAL AUTORIZASSE UM TRATAMENTO DISCRIMINATORIO. [...] (STJ/REsp 52.842/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/1997, DJ 27/10/1997, p. 54786) (grifo nosso).

Por sua vez, na contramão deste entendimento, foi aprovada a Lei nº 13.467/2017, denominada “reforma trabalhista”, na qual em seu artigo 223-G, embora preveja critérios razoáveis para fixação da indenização por dano moral (natureza do bem jurídico tutelado, intensidade do sofrimento ou humilhação, possibilidade de superação física ou psicológica, reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, etc.), estabelece no seu parágrafo 1º, inconstitucionalmente, limites de indenização com base no último salário contratual do ofendido, de acordo com o grau da ofensa (leve, média, grave ou gravíssima).

Neste ponto, além da tarifação do dano extrapatrimonial na esfera trabalhista ser inconstitucional por estabelecer limites de valor, trata o trabalhador de maneira diferenciada, violando o princípio constitucional da não discriminação – art. 5º da CF –, uma vez que concede indenização por dano moral diferente para aquele que auferir remuneração superior, ainda que tenha o mesmo direito humano de personalidade violado.

A “lex fundamentalis” veda ainda a vinculação do salário para qualquer fim (art. 7º, inc. IV) e, conquanto possa se dizer que a Lei nº 13.467/2017 disponha que a indenização deve ser fixada com base no “último salário contratual do ofendido” e não com espeque no salário mínimo, os pisos salariais das categorias profissionais, em regra, são estabelecidos partindo do salário mínimo vigente. O Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

Dano moral. Fixação de indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação Constitucional. Art. 7º, IV, da Carta Magna. - O Plenário desta Corte, ao julgar, em 01.10.97, a ADIN 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição que é vedada a vinculação ao salário-mínimo para qualquer fim, “quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado”. No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários-mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário-mínimo a que essa indenização está vinculado atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional. - Outros precedentes desta Corte quanto à vedação da vinculação em causa. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF/RE 225488, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 11/04/2000, DJ 16-06-2000 PP-00039 EMENT VOL-01995-03 PP-00551).

O dano deverá ser medido com justiça e equidade por sua extensão, ante as perdas e prejuízos, pela especificidade da culpa e, extraordinariamente, o *quantum* da indenização ou do ressarcimento será reduzido, se houver concorrência de culpa entre a conduta do autor e da vítima, nos termos dos artigos 944 e 945 do Código Civil.

A fixação do valor indenizatório, por exclusivo critério de pura e correta justiça, segue a linha do princípio da equidade, moldado no direito e no dever de cada cidadão de respeitar as normas, as leis e a Constituição Federal, além do dever de responsabilidade pelos atos da vida em sociedade, tendo em vista que toda ofensa a terceiros deve ser reparada (art. 5º, inc. V, da CF) – a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem.

Logo, para se chegar ao *quantum* indenizatório, de acordo com o Direito Civil pátrio, é preciso levar em consideração os seguintes critérios:

1. as circunstâncias fáticas (conduta do causador do dano – conhecimento do permitido e do proibido – exigibilidade de conduta diversa ou dever de cuidado);

2. a concorrência do ofendido (vítima) para o resultado danoso;

3. reiteração do ato (continuidade da ilicitude), com displicência ou falta de respeito a(s) decisão(es) judicial(is) anterior(es), enfrentando e desconsiderando o emanado na jurisprudência, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, fazendo “pouco caso” da violação jurídica, da função ministerial e do relevante trabalho jurisdicional estatal;

4. a condição econômica das partes litigantes.

Assim sendo, não se pode comparar *quantum* do valor indenizatório expressivo (significativo) com a “indústria da indenização” e muito menos ser a indenização capaz de induzir, instigar ou incentivar terceiros a ingressar com ações judiciais com a pretensão de receber igual valor indenizatório.

Também não se confunde enriquecimento ilícito com reparação ou sanção civil indenizatória expressiva, se ela for justa e necessária em relação aos fatos, com a conduta e com o poder aquisitivo do ofensor.

É preciso fazer com que condutas lesivas (dano civil) sejam freadas pela Justiça, o que somente se dará com uma decisão indenizatória verdadeiramente exemplar, capaz de intimidar economicamente o ofensor que reitere nos atos.

Do contrário, o Ministério Público, como instituição incumbida da tutela dos direitos e interesses individuais e sociais indisponíveis da cidadania (art. 127 CF), e o Poder Judiciário continuarão trabalhando sem a resolução definitiva/efetiva dos feitos, tendo em vista a verificação e a repetição de casos essencialmente idênticos, isto é, estarão “enxugando gelo” ou “tentando apagar fogo com gasolina”, sem inibir o autor do dano de continuar agindo ilicitamente.

Condutas danosas reiteradas necessitam de sanção indenizatória expressiva (conforme a condição econômica do autor e do réu). A desobediência reiterada de conduta semelhante ofende gravemente o trabalho relevante da autoridade judicial e a prestação jurisdicional.

Também é certo que não se baliza o *quantum* da indenização, conforme já dito, pelo salário-mínimo vigente (art. 7º, inc. IV, CF) e muito menos sobre o valor do teto remuneratório constitucional do servidor público (art. 37, inc. XI, CF), mas com base preferencialmente na situação econômica do ofensor e no seu caráter inibitório.

Condutas ilícitas repetitivas são diariamente praticadas por empresas de alto suporte econômico, a exemplo das companhias de telefonia, de planos de saúde, de transportes de passageiros, razão pela qual necessitam de um freio urgente por parte da Justiça, para fazer valer efetivamente o caráter reparatório da sanção civil, a fim mostrar de uma vez por todas que existe lei na República Federativa do

Brasil e um Poder Judiciário presente na defesa dos direitos humanos da cidadania (cidadãos/consumidores).

Não se trata de punição excessiva, mas de reparação à altura do comportamento desobediente do ofensor. A indenização é uma espécie de sanção privada em benefício da vítima, não para seu enriquecimento sem justa causa, mas para sua efetiva dignidade com a necessária reparação material e/ou moral.

Acerca dos direitos da personalidade, prevê o artigo 12 do Código Civil que:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU/1966 – Promulgação pelo Governo da República Federativa do Brasil em 1992 – Caráter Supralegal das Normas Internalizadas) estabelece no artigo 17 que:

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

Nos mesmos termos, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (OEA/1969 – Promulgação pelo Governo da República Federativa do Brasil em 1992 – Caráter Supralegal das Normas Internalizadas) determina que:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Reiteramos que as indenizações devem ser estabelecidas em patamar mais elevado com vistas a garantir a função reparadora e principalmente inibitória das condutas que afrontam corriqueiramente a autoridade da magistratura e a dignidade e os direitos humanos dos consumidores, repelindo a reincidência danosa que culmina no acionamento constante do Judiciário (esfera cível) e a sobrecarga de feitos nas instâncias jurisdicionais; a fim de cumprir com o previsto no Direito pátrio e nos instrumentos de Direitos Humanos aderidos pela República Federativa do Brasil. 

ARQUIVO PESSOAL



CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO é expert em Direitos Humanos (consultor internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Professor pesquisador e de Pós-Graduação. Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Condecorado com Menção Honrosa na V edição do Prêmio Inovare (2008). Cidadão Benemérito do Paraná (Lei nº 15.721/2007). Autor de inúmeros trabalhos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

ARQUIVO PESSOAL



DIEGO DE LIMA SONI é advogado licenciado. Assessor jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça. Pós-Graduado.

Maurício Dantas Góes e Góes



ARQUIVO PESSOAL

O direito à manutenção da rede credenciada em respeito aos beneficiários dos planos de saúde

Em recente caso no qual tivemos a oportunidade de atuar, determinado plano de saúde procedeu alteração significativa da rede credenciada à disposição dos seus beneficiários, reduzindo não só a quantidade como a qualidade das clínicas e hospitais disponíveis para os usuários, inclusive para aqueles que estavam no curso dos seus tratamentos.

Esta atitude é ilegal. O plano de saúde até pode promover alteração da sua rede credenciada, mas dentro de limites regulatórias que não prejudiquem o consumidor.

O direito à saúde, insculpido no artigo 196 da Constituição Federal, há de ser cumprido tanto pelo Estado, que deve garantir políticas sociais e econômicas e gerir o SUS (Sistema Único de Saúde), como pelos entes privados (planos de saúde, hospitais, etc.), na condição de membros do sistema de saúde complementar, atividade privada, mas regulada e controlada pelo Estado e com nítido viés social e de interesse público.

O possuidor de plano privado de saúde, em qualquer de suas modalidades (individual, empresarial ou coletivo por adesão), é um consumidor e, conforme os artigos 6º, III, e 46 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) possuem direito à informação, inclusive em respeito ao princípio da transparência.

É no direito à informação do beneficiário e no dever de transparência imposto ao plano de saúde que encontramos o primeiro limite à possibilidade de alteração da rede credenciada, pois esta alteração, ou intenção de alteração, deve ser comunicada formalmente a cada um dos beneficiários, inclusive com a indicação dos hospitais, médicos e clínicas que pretende excluir ou incluir, com o mínimo de 30 dias de antecedência. Essa informação deve ser dirigida aos consumidores e à ANS (Agência Nacional de Saúde) para que, respectivamente, possam contestar as mudanças e verificar a equivalência dos estabelecimentos, a partir de parâmetros definidos nas suas regulamentações.

É importante lembrar que aos consumidores nem sempre é possível mudar de operadora de plano de saúde, como se faz hoje com as operadoras de telefonia, já que o plano de saúde possui diversas variáveis como carência de coberturas, questões relacionadas a doenças preexistentes, tratamentos médicos em curso, valores menores de planos mais antigos, dificuldade de conseguir associação para beneficiários mais idosos, etc. Daí a maior importância na manutenção da qualidade do plano de saúde que o beneficiário possui.

Cabe também gizar que compete a ANS indeferir as mudanças de rede credenciada quando descumpridos os parâmetros regulamentares e houver redução de qualidade ou quantidade da rede credenciada. Infelizmente, nem sempre a ANS protege adequadamente os consumidores de planos de saúde.

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) acata e reconhece a tese aqui trazida, como se percebe no precedente encontrado no REsp 1144840/SP, julgado pela 3ª Turma e relatado pela ministra Nancy Andriighi (acórdão publicado no DJe de 11/04/2012), cabendo destacar o seguinte trecho da ementa: “Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais”.

Outra limitação à mudança da rede credenciada é encontrada no artigo 17 da Lei nº 9.656/1998, segundo o qual a inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos planos de saúde implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo de toda a vigência dos contratos, sendo que a substituição só é admitida por outro prestador equivalente.

É importante relatar, pelo adequado tratamento do tema, a decisão de tutela provisória proferida nos autos do processo nº 0109540-72.2017.8.05.0001, em que tivemos a oportunidade de atuar, da lavra da magistrada Marcia Denise Mineiro Sampaio Mascarenhas, que reconheceu, em cognição sumária, a necessidade de manutenção de rede credenciada até o julgamento final do processo.

No caso referido, as alterações da rede credenciada promovidas pelo plano de saúde reduziram significativamente a quantidade e a qualidade, pelo menos em termos de reputação, dos credenciados do plano de saúde, numa nítida intenção de manter uma rede credenciada mais barata para o plano de saúde, excluindo clínicas e hospitais de referência. Porém, é bom ressaltar, mantendo o mesmo valor de prestação de plano.

É preciso que haja respeito à saúde do consumidor. 



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

Tel. (61)

3225-6419

www.zkeditora.com.br

 zakarewicz
editora