

conceito jurídico

ano II | abril de 2018 | nº 16



Claudete Inês Pelicoli

Aplicação prática dos institutos
da prorrogação, compensação
e banco de horas

Pág. 8

www.zkeditora.com/conceito



zakarewicz
editora

A prisão em segunda instância e a crise institucional



DESTAQUE

Joaquim Falcão

Lutas fratricidas, delações
e acordos de leniência



ENFOQUE

Sandra Franco

Saúde brasileira: menos
leitos, menos esperança



PORTAL JURÍDICO

Regis Fernandes de Oliveira

O princípio da
segurança jurídica

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo 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: Equipe ZK Editora

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Homepage

www.zkeditora.com/conceito

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

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

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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



zakarewicz
editora



Alessandra Gotti

Um retrato da judicialização da educação básica brasileira

A agenda do Judiciário tem sido intensamente pautada por temas educacionais. Essa é a conclusão do estudo que desenvolvi em 2016 para a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), com o propósito de investigar o perfil da judicialização da educação básica em virtude da crescente litigância em torno da idade para a matrícula das crianças na Educação Infantil e no Ensino Fun-

damental – de 4 e 6 anos, respectivamente, completados até 31 de março do ano vigente – estabelecidas pelas Resoluções nº 1/2010 e nº 6/2010 do CNE/CEB.

Para pôr fim à batalha judicial em torno dessas Resoluções, que chegaram a ser suspensas em doze Estados por ações do Ministério Público Federal, o estudo alertou para a importância do protagonismo do CNE junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), sensibilizando a corte a julgar (em maio) a Ação Direta de Constitucionalidade nº 17 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 292, que determinam a validade das diretrizes do órgão federal.

O trabalho revelou um Judiciário intensamente mobilizado pela tutela de interesses particulares, com um perfil de litigância predominantemente individual. A tutela coletiva ainda se restringe ao acesso à educação e deparam-se com obstáculos processuais. A atuação pautada por parâmetros de qualidade e, em especial, que questione os eventuais retrocessos e estagnações na educação brasileira é extremamente tímida.

Tema predominante no Judiciário, sem um diálogo interinstitucional permanente para estimular o planejamento e metas progressivas para a criação de vagas, com a participação qualificada da sociedade civil organizada, a judicialização do acesso a creches crescente é uma realidade inafastável, já que apenas cerca de 30% das crianças de até três anos frequentam essa etapa educacional.

Dado o potencial impacto de decisões judiciais no processo de aprendizagem e na rotina da rede escolar, é essencial a criação de canais de diálogo entre o Sistema de Justiça e o campo educacional, garantindo-se um *locus* para discussão das questões afetas à educação e apoio técnico para subsidiar os magistrados, como já ocorre no caso da saúde, que conta, desde 2010, com o Fórum Nacional da Saúde no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Essas e tantas outras reflexões desenvolvidas a partir do retrato da judicialização da educação básica no Brasil motivaram a produção da obra Reflexões sobre Justiça e Educação. O livro traz propostas concretas para a garantia do direito à educação, tais como o aperfeiçoamento da governança no controle e monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação (PNE), com a criação de comitês no âmbito das secretarias municipais e estaduais de Educação; a revisão da taxonomia dos assuntos educacionais na tabela do CNJ para que os dados do Judiciário possam ser usados para fins regulatórios e de planejamento do gestor público; e a criação de Promotorias de Justiça Regionais e Especializadas em Direito à Educação.

Se saírem do plano das ideias, essas propostas certamente contribuirão para o avanço em ritmo mais acelerado rumo a educação de qualidade para todos. 



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

Tel. (61)

3225-6419

www.zkeditora.com/pratica

 zakarewicz
editora

SUMÁRIO

8

ENTREVISTA

Aplicação prática dos institutos da prorrogação, compensação e banco de horas

Claudete Inês Pelicoli

3

COM A PALAVRA

Um retrato da judicialização da educação básica brasileira

Alessandra Gotti

17

PROPOSTAS E PROJETOS

Como agem as empresas em relação à privacidade de dados pessoais

Gisele Truzzi

12

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

“Farinha pouca, meu pirão primeiro”: eis a conclusão do STF sobre a prerrogativa de função

Rômulo de Andrade Moreira

22

PAINEL ECONÔMICO

A recuperação está aí. A sustentabilidade, não!

José Roberto Mendonça de Barros

20

DIREITO E BIOÉTICA

Laís Souza e as células-tronco

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

28

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

Tsunami nos serviços jurídicos

José Paulo Graciotti

24

PAINEL DO LEITOR

O que é ser pré-candidato?

Fernanda Caprio

32

CAPA

Crise institucional

Amadeu Garrido de Paula

30

DESTAQUE

Lutas fratricidas, delações e acordos de leniência

Joaquim Falcão

36

CAPA

Juristocracia ou Democracia: o julgamento do HC do Lula pelo STF

Ruiz Ritter

34

CAPA

Brasil: vamos olhar para a frente?

Enio de Biasi

39

A prisão após a segunda instância sob a ótica dos capítulos de sentença

CAPA

Fabricio Rebelo

43

Congresso Nacional não pode emendar a Constituição para admitir a prisão em segunda instância

CAPA

Carlos Eduardo Rios do Amaral

46

Prisão em segunda instância: a divisão de votos expõe rachaduras no STF

CAPA

Euro Bento Maciel Filho

49

Tributação de *streaming* gera “novo” conflito de competências

CONJUNTURA

Luiz Furtado Junior, Ana Midori e Amanda Costa

52

Os efeitos do novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR) no e-commerce

IN VOGA

Patrícia Peck Pinheiro

54

Saúde brasileira: menos leitos, menos esperança

ENFOQUE

Sandra Franco

56

Convenção da apostila Trâmites de legalização de documentos oriundos do exterior

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Luís Rodolfo Cruz e Creuz e Daniela Wagner

62

Misoginia pela internet e atribuição da Polícia Federal pela Lei nº 13.642/18

TENDÊNCIAS

Eduardo Luiz Santos Cabette

66

A neutralidade da rede e o direito digital no Brasil

CONTEXTO

Guilherme Pessoa Franco de Camargoarina Thiemi

73

O princípio da segurança jurídica

PORTAL JURÍDICO

Regis Fernandes de Oliveira

80

Inconstitucionalidade do imposto de renda sobre considerado ganho de capital na transferência de bens imóveis por *causa mortis* ou doação em adiantamento da herança

VISÃO JURÍDICA

Leonardo Dias da Cunha

85

Inteligência do art. 173 § 4º da Constituição Federal

Hipótese de dominação de mercado e eliminação da concorrência no setor de transporte de valores, se instituições financeiras nele atuarem – Parecer

DOCTRINA

Ives Gandra da Silva Martins e Rogério Vidal Gandra Martins

107

Motorista não pode ser multado por se recusar a fazer o bafômetro

PONTO DE VISTA

Flávio Filizzola D’Urso



POR CLAUDETE INÊS PELICOLI

divulgação

Aplicação prática dos institutos da prorrogação, compensação e banco de horas

Nesta edição, a advogada Claudete Inês Pelicioli, especialista em Direito Tributário, em Psicologia da Empresa e em Direito do Trabalho, fala sobre a diferença entre os institutos da Prorrogação, Compensação e Banco de Horas e explica a essência de cada um de forma rápida, clara e objetiva, de modo a tornar viável a aplicação dos institutos aos contratos de trabalho, de acordo com as modificações da Lei nº 13.467/2017 na CLT.

CONCEITO JURÍDICO – *O que a Sr^a. pode nos falar sobre o instituto da prorrogação de horas e como ela pode ser paga?*

CLAUDETE INÊS PELICOLI – A prorrogação de horas, nada mais é do que o elastecimento da jornada de trabalho, limitado a duas horas diárias, mediante

acordo individual, convenção ou acordo coletivo de trabalho. O instituto da PRORROGAÇÃO DE HORAS está previsto no art. 59 *caput*¹ da CLT, o referido artigo traz que a duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas. A prorrogação de horas na jornada de trabalho pode ser paga, como horas extras, com adicional mínimo de 50%, ou compensada.

CONCEITO JURÍDICO – *E sobre o instituto da compensação de horários?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – A compensação de horários é a possibilidade de compensar o elastecimento da jornada em um dia com a diminuição da jornada em outro dia, o que deve ser feito dentro do mês. O instituto da compensação de horários está previsto no art. 59, § 6^o da CLT e, da mesma forma que a prorrogação, a compensação deve ter sido acordada com o empregado por meio de contrato individual ou estar prevista em convenção ou acordo coletivo.

CONCEITO JURÍDICO – *Se houve prorrogação, como o empregador deve pagar?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – Se houve prorrogação de jornada e não houve compensação dentro do mês, o empregador pode optar por pagar as horas excedentes como horas extras, com o adicional correspondente ou pode incluir as horas excedentes no banco de horas.

CONCEITO JURÍDICO – *E com relação ao do banco de horas, o que a Sr^a pode nos explicar?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – O BANCO DE HORAS nada mais é do que o registro das horas acumuladas, decorrentes da prorrogação de jornada e que serão compensadas na forma de folga compensatória. O instituto está previsto no art. 59, §§ 2^o e 5^o³ da CLT e deve ser utilizado no prazo máximo de um ano, se estiver autorizado por acordo ou convenção coletiva e no prazo máximo de seis meses, se for só por acordo individual de trabalho, também limitado a duas horas elastecidas por dia.

CONCEITO JURÍDICO – *Todos os empregados estão obrigados à prorrogação de jornada?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – Não. Existem as exceções como os aprendizes (art. 432⁴ CLT), os empregados contratados em regime de tempo parcial (art. 58-A⁵ CLT) e para atividades insalubres (salvo se autorizados expressamente pelas autoridades competentes).

CONCEITO JURÍDICO – *Qual é a documentação necessária para validar a prorrogação, compensação e banco de horas?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – Para os empregados antigos, com contratos antes da reforma trabalhista (11/11/2017) que não tem previsão dos institutos no contrato de trabalho para a prorrogação, compensação e banco de horas, podem ser pactuadas mediante Termo de Acordo de Prorrogação, Compensação e Banco de Horas. Para os empregados novos, a empresa pode elaborar o contrato de trabalho ou de experiência já contendo cláusula prevendo a Prorrogação, Compensação e Banco de Horas.

CONCEITO JURÍDICO – *A compensação de horas deve ser feita dentro do mesmo mês, e como fica o empregado que cumpre horário elástico no último dia do mês?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – A compensação pode ser feita da mesma forma e dentro do mês, de forma antecipada, também podendo lançar o excesso no banco de horas para ser gozado junto com outras horas como folga compensatória ou, então, paga como hora extra.

CONCEITO JURÍDICO – *O que acontece se o empregado faz mais que duas horas elásticas da jornada por dia?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – Apesar de não ser permitido legalmente e estar sujeito à fiscalização e multa do Ministério do Trabalho, se tal fato ocorrer, as horas suplementares devem ser pagas como horas extras.

CONCEITO JURÍDICO – *Como é feita a compensação do trabalho em domingos e feriados, já que a lei garante pagamento em dobro nestes dias?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – O nosso entendimento é de que o trabalho em feriados e domingos possa ser compensado com folga em outro dia da semana, não necessitando nem ser remunerado e nem ser gozado em dobro. Para o labor aos domingos a empresa precisa de autorização prévia da autoridade competente, conforme artigo 68^o da CLT, lembrando que o empregado deve gozar de pelo menos um domingo por mês.

CONCEITO JURÍDICO – *A prorrogação da jornada é permitida no Regime de trabalho 12 x 36?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – Com a reforma trabalhista foi incluído o artigo 59-A e parágrafo único⁷ na CLT, admitindo a prorrogação para o regime 12 x 36, ainda, indenização para o intervalo intrajornada e compensação da hora noturna prorrogada.

CONCEITO JURÍDICO – *Com a alteração da CLT as empresas foram favorecidas com os institutos da prorrogação, compensação e banco de horas?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – Sim. Com a alteração da CLT as empresas foram favorecidas, abrindo maior possibilidade para a prática dos regimes de prorrogação, compensação e banco de horas, podendo compensar o excesso de jornada de um dia com diminuição no outro ou com folgas compensatórias, diminuindo os custos com a folha de pagamento e até eliminando as horas extras.

CONCEITO JURÍDICO – *E como os institutos podem ser aplicados e validados?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – Para que os institutos possam ser aplicados e tenham validade, devem estar previstos nos contratos individuais⁸ de trabalho, com previsão expressa para os institutos de prorrogação, compensação e banco de horas, ou estarem previstos em acordo ou convenção coletivas de trabalho. É de bom tom que o empregado seja pré-avisado ou que a empresa organize-se

elaborando escalas de trabalho, para que haja um planejamento prévio, considerando-se, também, a conveniência para o empregado.

CONCEITO JURÍDICO – *Em sua opinião, o empregado deve dar a sua concordância ou não com relação aos institutos?*

CLAUDETE INÊS PELICIOLI – O empregado satisfeito produz mais e colabora melhor com o desenvolvimento e crescimento da empresa, portanto, mesmo que a lei permita a prorrogação, a compensação e o banco de horas, tal permissivo legal, a nosso ver, deve ter a concordância do empregado, favorecendo-o no que for possível, evitando a desconfiança de que está sendo explorado e mantendo a harmonia no ambiente de trabalho. 

NOTAS

- 1 Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho
- 2 § 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.
- 3 § 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.
§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.
- 4 Art. 432. A duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada.
- 5 Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.
- 6 Art. 68. O trabalho em domingo, seja total ou parcial, na forma do art. 67, será sempre subordinado à permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho.
Parágrafo único – A permissão será concedida a título permanente nas atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devem ser exercidas aos domingos, cabendo ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, expedir instruções em que sejam especificadas tais atividades. Nos demais casos, ela será dada sob forma transitória, com discriminação do período autorizado, o qual, de cada vez, não excederá de 60 (sessenta) dias.
- 7 Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.
Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.
- 8 Sugere-se que os contratos sejam elaborados por advogado especialista na área trabalhista.

“Farinha pouca, meu pirão primeiro”: eis a conclusão do STF sobre a prerrogativa de função

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Finalmente chegou ao final – em grande estilo, aliás! - o julgamento da Ação Penal nº 937 em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Apenas para relembrar, no dia 16 de fevereiro de 2017 o Ministro Luís Roberto Barroso encaminhou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento da referida ação penal, por meio da qual um ex-Deputado Federal, que havia renunciado ao mandato para assumir a Prefeitura de um Município do Estado do Rio de Janeiro, responde pela prática do crime de “compra de votos”.

Naquela oportunidade, o Ministro pretendia discutir a questão de foro por prerrogativa de função. No respectivo despacho, o relator afirmou que o suposto delito teria sido cometido em 2008, quando o réu disputou a Prefeitura. Eleito Prefeito, o caso começou a ser julgado no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, onde a denúncia foi recebida em 2013. Com o encerramento do mandato à frente da chefia do Executivo local, o caso foi encaminhado para a primeira instância da Justiça Eleitoral. Em 2015, como era o primeiro suplente de Deputado Federal de seu partido, ele passou a exercer o mandato diante do afastamento dos Deputados Federais eleitos, o que levou à remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Em setembro de 2016, o réu foi efetivado em virtude da perda de mandato do titular, mas após sua eleição novamente para a Prefeitura, também no ano passado, ele renunciou ao mandato de parlamentar (em janeiro de 2017), quando o processo já estava liberado para ser julgado pela Primeira Turma.

Segundo afirmou o relator, à época, “as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça”, salientando que “o sistema é feito para não funcionar” e o caso revelava “a disfuncionalidade prática



“Continuam tendo foro por prerrogativa de função milhares e milhares de ocupantes de cargos e funções públicas, inclusive os Magistrados e os membros do Ministério Público. A propósito, de acordo com um estudo da Consultoria Legislativa do Senado, mais de 54 mil pessoas têm direito a algum tipo de foro privilegiado no Brasil, garantido pela Constituição Federal ou por Constituições estaduais.”

do regime de foro”, razão pela qual acreditava “ser necessário repensar a questão quanto à prerrogativa.” Para o Ministro Barroso, havia “problemas associados à morosidade, à impunidade e à impropriedade de uma Suprema Corte ocupar-se como primeira instância de centenas de processos criminais.”

Ao encaminhar o julgamento do tema para o Plenário, por meio de questão de ordem, o relator sugeriu a análise da possibilidade de conferir interpretação

restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo.

No dia 31 de maio foi iniciado o julgamento. Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, afirmou que “o foro deve se aplicar apenas a crimes cometidos durante o exercício do cargo, e deve ser relacionado à função desempenhada.” Outro entendimento adotado pelo Ministro foi de que a competência se torna definitiva após o final da instrução. A partir desse momento, a competência para julgar o caso não será mais afetada por eventual mudança no cargo ocupado pelo agente público.

O voto baseou-se no entendimento de que a atuação criminal originária ampla do Supremo Tribunal Federal “tornou-se contraproducente em razão do grande volume de processos e da pouca vocação da sua estrutura para atuar na área. O resultado leva à demora nos julgamentos, à prescrição e cria um obstáculo à atuação do Supremo como corte constitucional.” Para ele, “os procedimentos que regem o funcionamento do Tribunal são mais complexos do que os utilizados pela primeira instância, o que pode levar à demora nos julgamentos e à prescrição das penas”, ressaltando “que o objetivo do foro é proteger o cargo e garantir a autonomia de seu exercício, portanto, não fazia sentido atribuir a proteção prevista constitucionalmente ao indivíduo que o ocupa. Assim, devem-se excluir dos atos amparados pela regra aqueles sem relação com o cargo.”

No dia seguinte, 1º de junho, o julgamento foi retomado, mas um pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes suspendeu a sessão, tendo antecipado os votos o Ministro Marco Aurélio e as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, todos acompanhando o relator.

No dia 23 de novembro foi reaberto o julgamento com o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes que divergiu parcialmente do relator, pois “o foro deve valer para crimes praticados no exercício do cargo, mas alcançando todas as infrações penais comuns, independentemente de se relacionaram ou não com as funções do mandato.” Ele acompanhou o relator na parte que fixava o foro no Supremo Tribunal Federal apenas para os crimes praticados no exercício do cargo, após a diplomação, valendo até o final do mandato ou da instrução processual.

O Ministro Dias Toffoli, então, pediu vista. Nada obstante, adiantaram seus votos os Ministros Edson Fachin, Celso de Mello e Luiz Fux, todos também acompanhando integralmente o voto do relator.

O julgamento foi reiniciado na sessão do dia 02 de maio deste ano de 2018, quando votaram os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. Até àquele momento, portanto, dez Ministros haviam proferido votos na matéria: sete no sentido de que o foro se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas, e três assentando que o foro deve valer para crimes praticados no exercício do cargo, mas alcançando todas as infrações penais comuns, independentemente de se relacionaram ou não com as funções públicas.

Nesta sessão – do dia 02 de maio de 2018 -, o Ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes, ressaltando que “restringir o foro por

prerrogativa de função a crimes praticados no exercício do cargo e em razão dele colide com a norma constitucional. A Constituição Federal não faz distinção entre crimes anteriores ao mandato e os praticados durante seu exercício. Enquanto o parlamentar estiver no mandato, segundo ele, a Constituição Federal diz que cabe ao Supremo Tribunal Federal seu julgamento. Uma vez que nem o constituinte originário nem o reformador, que aprovou a EC 35/2001, optaram por restringir o foro por prerrogativa de função, não caberia ao STF, guardião da Carta, fazer essa interpretação restritiva.” Nada obstante, levando-se em consideração a maioria já formada no julgamento pela restrição proposta pelo relator, o Ministro posicionou-se no sentido de acompanhar a tese levantada pelo Ministro Alexandre de Moraes, evitando-se “dúvidas e questionamentos, ao atrair para o Supremo Tribunal Federal crimes de qualquer natureza cometidos após a diplomação. Segundo ele, o critério da natureza do crime, se ligado ou não ao mandato, dá margem a diversas dúvidas.” Quanto ao termo final da prorrogação da competência, ele entendeu “que após encerrada a fase de produção de provas – conforme art. 10 da Lei nº 8.038/1990 – com a intimação das partes para apresentação de alegações finais, eventual renúncia ou cessação do mandato não mais será capaz de alterar a competência do Supremo para julgar o caso.”

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de ter posição contrária à restrição do alcance do foro, também aderiu à divergência parcial aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de excluir da regra do foro por prerrogativa de função a apuração de crimes praticados antes da diplomação do parlamentar. Segundo ele, “a solução protege o parlamentar de ação judicial de natureza temerária que possa afetar o pleno exercício do mandato”, afirmando que, relativamente ao marco final para a manutenção da competência do Supremo Tribunal Federal, ele se pronunciaria “ao final do julgamento, levando em consideração as posições apresentadas no Plenário, visando estabelecer o momento de forma mais precisa e com segurança.”

Em razão do horário, a sessão mais uma vez não foi concluída, faltando o voto do Ministro Gilmar Mendes. Finalmente, no dia 03 de maio de 2018, o Supremo Tribunal Federal chegou ao final do julgamento.

Logo no início da sessão, o Ministro Dias Toffoli apresentou um reajuste no voto proferido na sessão do dia anterior, dando maior extensão à matéria e fixando também a competência de foro para os demais cargos, exclusivamente para crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão.

Assim, segundo ele, “a decisão do Supremo atingiria um número muito expressivo de casos relativos a Prefeitos que são julgados, por força da Constituição, perante os Tribunais de Justiça, tanto quanto a crimes cometidos após a diplomação quanto a crimes cometidos antes da diplomação”, obrigando todos “os que respondem a processos perante os Tribunais de Justiça por crimes anteriores à diplomação, tivessem seus processos remetidos, de imediato, à primeira instância.”

Propôs, ademais, que se reconhecesse “a inconstitucionalidade de todas as normas previstas em constituições estaduais, bem como na Lei Orgânica do Distrito Federal, que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas

expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria”, pois “só a União pode legislar sobre matéria penal e processual penal. Nestes casos, os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontram.” Este entendimento foi encampado pelo Ministro Gilmar Mendes, último a votar.

Ao final, proclamado o resultado, temos as seguintes conclusões a respeito da matéria:

Primeira: o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Segunda: após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais (prazo estabelecido no art. 11 da Lei nº 8.034/90), a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. Ocorrerá, portanto, uma *perpetuatio jurisdictionis*.

Terceira: este entendimento aplicar-se-á a todos os processos pendentes no Supremo Tribunal Federal, por se tratar de uma regra fixadora da competência: esqueçam o Princípio do Juiz Natural.

Quarta: a decisão não abrange toda e qualquer ação penal originária cujo réu tenha prerrogativa de foro, mas, tão somente, os parlamentares federais: Deputados Federais e Senadores da República. Assim, Prefeitos, Governadores, Deputados Estaduais, Magistrados, membros do Ministério Público, Ministros de Estado e das Cortes Superiores, inclusive da Suprema Corte, os Comandantes das Forças Armadas, etc., continuarão a ter tal prerrogativa (inclusive na fase investigatória criminal), ainda que tenham praticado crimes anteriormente ao exercício do cargo ou da função pública, e ainda que tais delitos não estejam relacionados às respectivas funções, ferindo, obviamente, o princípio da isonomia. Aliás, em relação aos Deputados Estaduais, há dispositivo constitucional expresso no sentido que a eles se aplicam as regras constitucionais “sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.” (art. 27, § 1º).

Portanto, continuam tendo foro por prerrogativa de função milhares e milhares de ocupantes de cargos e funções públicas, inclusive os Magistrados e os membros do Ministério Público. A propósito, de acordo com um estudo da Consultoria Legislativa do Senado, mais de 54 mil pessoas têm direito a algum tipo de foro privilegiado no Brasil, garantido pela Constituição Federal ou por Constituições estaduais.

Porém, a decisão do Supremo Tribunal Federal atingiu apenas 513 Deputados Federais e 81 Senadores da República, significando que abrangeu um pouco mais de 1% (um por cento) dos servidores públicos com prerrogativa de foro.

Como diz o povo, “farinha pouca, meu pirão primeiro...” Viva o Brasil! 



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.

Como agem as empresas em relação à privacidade de dados pessoais

■ POR GISELE TRUZZI



“Se for aprovado o Projeto de Lei nº 5279, de 2016, as empresas terão maiores obrigações a cumprir no Brasil, para atender dispositivos específicos que tratam da coleta obrigatória de consentimento prévio, expresso e específico do usuário, atrelado à finalidade à qual aquele dado se destina.”

Será que sabemos exatamente quais dados essas empresas estão acessando? O que estão fazendo com nossas informações? Todos nós atualmente temos ideia da infinidade de informações que as redes sociais e os sites de busca obtêm de nossos acessos, baseados em nossos cliques e nas informações que preenchemos em nossos perfis. É evidente que há um cruzamento de informações entre Facebook, Instagram, WhatsApp, Google, e quaisquer outros sites que acessamos habitualmente. Quem nunca fez uma pesquisa no Google por um determinado produto e depois não se deparou com o anúncio da mesma mercadoria no Facebook? Pois bem.

Será que sabemos exatamente quais dados essas empresas estão acessando? O que estão fazendo com nossas informações? Será mesmo necessária a coleta de informações tão específicas? Há limites para isso? E as empresas, como fazem essa coleta e tratamento de dados? Será que essas atividades estão dentro da lei? Como uma empresa pode se precaver de problemas jurídicos relacionados à privacidade de seus usuários?

Do ponto de vista do usuário, há pouca transparência na relação com as empresas, no que se refere à coleta e ao tratamento de dados. Basicamente, toda a atividade de coleta, armazenamento e tratamento de dados deverá ser descrita nos termos de uso e política de privacidade do site, rede social ou aplicativo. Tais documentos são essenciais a qualquer plataforma online, e deverão contar com a anuência prévia do usuário para uso do serviço.

No Brasil, não há legislação específica sobre privacidade e proteção de dados pessoais. Temos disposições na Constituição Federal e Código Civil, e nada além disso. Alguns países da América Latina possuem legislação específica sobre privacidade. Nos EUA não há legislação federal uniforme, o cenário americano é descentralizado. A autonomia dos estados convive com ordenamentos federais e autorregulações.

Na Europa há boa legislação sobre o mesmo tema. Inclusive em 27 de maio deste ano, entrará em vigor uma nova lei que afetará toda a comunidade europeia: GDPR – *General Data Privacy Regulation*, que será a alteração legislativa mais importante sobre privacidade já ocorrida nos últimos 20 anos no continente europeu.

Entre as mudanças a serem inseridas pela nova lei, está o consentimento expresso e específico: para cada atividade relacionada à captura, armazenamento e tratamento de dados, as empresas europeias deverão ter o consentimento prévio, expresso e específico do usuário. Isso significa ter que possuir tal consentimento para cada etapa do processo de captura, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados. Sendo assim, deverá automaticamente existir transparência muito maior no tratamento dos dados pelas empresas europeias, bem como uma maior burocratização na tomada desses consentimentos, sob pena de qualquer etapa do procedimento ser invalidada se a autorização do usuário não foi respectiva.

E o que as empresas brasileiras ou que operam no Brasil tem a ver com isso?

Se são empresas brasileiras cujas atividades visam atingir residentes no continente europeu, ou se são empresas que operam também na Europa, por exemplo, deverão adequar-se também à essa nova legislação do Velho Continente.

E no Brasil, há algo parecido?

Por enquanto, não. O Marco Civil da Internet, em seu art. 3º, incisos II e III, garante a privacidade e a proteção dos dados pessoais, e no art. 7º, incisos VIII e IX, determina somente que deverá haver consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, e que tais dados deverão ser coletados, utilizados, armazenados e tratados conforme sua finalidade. Ou seja: requerer quaisquer dados dos usuários que não sejam intrínsecos àquela finalidade específica pode violar tal dispositivo (exemplo: solicitar orientação sexual do usuário no seu cadastramento em um site de e-commerce).

Contudo, se for aprovado o Projeto de Lei nº 5279, de 2016, as empresas terão maiores obrigações a cumprir no Brasil, para atender dispositivos específicos que tratam da coleta obrigatória de consentimento prévio, expresso e específico do usuário, atrelado à finalidade à qual aquele dado se destina.

Este PL, se aprovado, será aplicável a qualquer operação de tratamento automatizado de dados, independentemente do país de origem do usuário ou da origem do banco de dados, desde que a operação ocorra em território nacional, ou que os dados coletados estejam no Brasil ou que a pessoa esteja em nosso país.

O projeto também define o que são dados pessoais, dados sensíveis e dados anonimizados, algo inédito em nossa legislação, e estipula princípios que deverão nortear toda operação de coleta, armazenamento e tratamento de dados. Também cria a figura do *Privacy Officer*, responsável pela atividade vinculada à privacidade e proteção de dados em uma empresa e determina a obrigação de comunicação à imprensa e usuários sobre casos de vazamento de informações, o que deverá impactar setores vinculados ao gerenciamento de riscos e *Compliance*.

Esse novo dispositivo legal, se aprovado em nosso país, impactará diretamente as empresas brasileiras e as estrangeiras que operam em nosso país, que deverão reestruturar-se para atender às obrigações legais.

Nota-se que a preocupação com a privacidade dos usuários de internet vem crescendo na atualidade, haja vista casos em que a captura, tratamento e manipulação de dados à revelia dos usuários, e com desvio de finalidade têm tomado espaço na mídia. Como exemplos, podemos citar dois casos recentes. :

O primeiro é referente à Decolar.com, que foi alvo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ), acusada de diferenciar preços de passagens e hospedagens com base na localização de seus consumidores. Segundo o MP, foi constatada a existência de preços de passagens aéreas e de hospedagens diferentes conforme o IP de localização do usuário, em total afronta ao Código de Defesa do Consumidor. Tal prática é conhecida como geo-pricing: discriminação (abusiva) de consumidores com base em dados de localização.

O segundo é o caso envolvendo a rede social Facebook, que no último dia 20 se viu no meio de um escândalo de violação de dados pessoais, devido ao uso desmesurado de dados pessoais de seus usuários por intermédio de um aplicativo de análise de dados comportamentais.

Portanto, por mais que nosso País ainda não possua legislação específica sobre privacidade e proteção de dados pessoais, isso não significa que tudo é permitido. Temos dispositivos legais básicos que impedem práticas abusivas, tais como Constituição Federal, Código Civil, Marco Civil da internet e Código de Defesa do Consumidor.

É importante que as empresas estejam cientes do ordenamento jurídico atual e do que está por vir, bem como adotem melhores práticas de Segurança da Informação, para que não sejam surpreendidas negativamente.

E quanto ao usuário, é imprescindível que este tenha cautela com seus dados e questione se as empresas de fato estão cumprindo com a legislação, e não hesite em cessar seu relacionamento com determinada empresa, ao menor sinal de violação de privacidade ou infração legislativa.

Afinal de contas, parafraseando Edward Snowden, “alegar que você não liga para privacidade porque não tem nada a esconder é como alegar que não liga para a liberdade de expressão porque não tem nada a dizer”. 



Laís Souza e as células-tronco

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“É interessante notar que a ciência não se vê liberada para agir de acordo com sua conveniência e sim deve traçar a evolução de suas pesquisas visando sempre o seu destinatário final, que é o ser humano.”

A ex-ginasta e esquiadora Laís Souza, após sofrer um gravíssimo acidente quando treinava para as Olimpíadas de Inverno, que seriam realizadas em Sochi, Rússia, no ano de 2014, experimentou lesão medular completa, deixando-a tetraplégica.

Submeteu-se a um tratamento pioneiro no Miami Project to Cure Paralysis (Projeto Miami para curar paralisia), centro de referência mundial no tratamento e pesquisa de paralisia, assistida pelo médico Barth Green, o mesmo que acompanhou o ator Christopher Reeve, após conseguir permissão da Food and Drug Administration (FDA), agência governamental de controle de alimentos e medicamentos dos Estados Unidos, fez uso de células-tronco em terapia de lesão medular.

As células utilizadas foram extraídas da sua medula óssea e, atualmente, conforme noticiário divulgado, foi constatado um significativo progresso de recuperação, graças também à sua extremada dedicação nas sessões de fisioterapia.

As pesquisas com células-tronco, paulatinamente, vêm ganhando espaços e apontando para uma medicina regenerativa, justamente porque as células gozam de um prestígio inigualável no corpo humano, pois conseguem se transformar em diferentes tipos de tecidos com possibilidade de regeneração de traumas e outras doenças.

No caso específico da atleta trata-se, na realidade, de um auto-transplante, uma vez que o procedimento consiste em retirar as células da sua medula e alojá-las no local pretendido. Atende, desta forma, rigorosamente aos ditames do princípio da beneficência, que é um dos pilares da Bioética, que apregoa o *primum non nocere* e o *malum non facere*, compreendendo aqui a realização de condutas e procedimentos para produzir benefícios de saúde para a pessoa, utilizando-se de meios compatíveis e adequados com a ética médica.

“A terapia celular, conforme Oliveira Júnior, linha de pesquisa que ganhou credibilidade em razão de seus resultados satisfatórios, faz parte da medicina considerada de ponta. As pesquisas realizadas nesta área são tantas, com benefícios incontáveis, que ganharam aprovação popular. O material humano coletado, sem qualquer restrição legal, pode ser aplicado no autotransplante ou no alotransplante. A manipulação com o material humano coletado é de alta responsabilidade, já que lida com componente estrutural e funcional dos seres vivos. Não se trata de uma invasão à privacidade do cidadão, do seu ego e sim da sua essência molecular, do fato gerador do próprio ser humano. É a extração do material biológico que será implantado no próprio paciente ou em outro, com o objetivo de se alojar no órgão ou tecido e ali aprender sua nova função, visto que se trata de célula virgem, sem qualquer experiência operacional. A grandeza do ato, em poder o ser humano realizar esta captação e sequencial transferência, vem a ser um demonstrativo da infinita sabedoria do Criador. O homem, quando nasce, vem coberto de ricas células-tronco distribuídas pela placenta. Igual porção vem alojada no cordão umbilical, possibilitando seu congelamento para utilização posterior. Mas, para aperfeiçoar ainda mais o ser humano, o Criador alojou as células virgens, verdadeiros soldados de reserva, como um autêntico estepe, na medula óssea, disponíveis a qualquer tempo.”¹

A utilização das células-tronco no Brasil ainda se encontra em estágio embrionário e não faz parte do protocolo rotineiro da medicina. Assim, todo procedimento é considerado pesquisa experimental, com exceção, é claro, do transplante de medula óssea, observando ainda a necessidade da aprovação do Sistema Cep/Conep para iniciar os estudos.

É oportuno, também, fazer menção à Resolução nº 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde, que estabelece as diretrizes protetivas do participante de pesquisa envolvendo seres humanos, compreendendo: a) os aspectos éticos da pesquisa; b) do processo de consentimento livre e esclarecido; c) dos riscos e benefícios envolvendo os seres humanos; d) do sistema Cep/Conep e suas atribuições e competências para análise ética dos protocolos e a emissão de pareceres devidamente motivados e da responsabilidade do pesquisador responsável.

Com tantos dispositivos protetivos, é interessante notar que a ciência não se vê liberada para agir de acordo com sua conveniência e sim deve traçar a evolução de suas pesquisas visando sempre o seu destinatário final, que é o ser humano. As soluções que conflitam com o sentimento ético e moral do homem serão descartadas. É a prevalência do bom senso, ditado pelo interesse da maioria. O homem passa a ser o epicentro das atenções do próprio homem e não mais sua cobaia ou seu lobo. Não se caminhará cegamente para transformar o corpo do homem em linha de montagem e sim de buscar os mecanismos valiosos para lhe dar sustentação de saúde, bem-estar, equilíbrio e felicidade.

Nesta linha de pensamento, toda sorte e sucesso para Laís Souza, merecedora que é pela sua força, dedicação e persistência. 

NOTA

- 1 Oliveira Júnior, Eudes Quintino. In Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-84842009005000040>.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.



A recuperação está aí. A sustentabilidade, não!

■ POR JOSÉ ROBERTO MENDONÇA DE BARROS

“O ajuste das finanças públicas é cada vez mais indispensável, e a consolidação da retomada do crescimento depende integralmente disso.”

Em nosso País vivemos uma contradição: em 2018, o rumo da economia é cada vez mais claro, na exata medida em que o rumo da política é cada vez mais incerto. Isso não quer dizer que exista um descolamento das duas partes, mas, sim, que elas se encontrarão mais adiante e só aí saberemos se a retomada atual será transformada em sustentada ou se viveremos, mais uma vez, um “voou da galinha”.

Voltemos à economia. Estamos cada vez mais seguros de que o crescimento será bem robusto. Os dados disponíveis mostram que o último trimestre deve ter apresentado um crescimento positivo e, nesse caso, o mais provável é que a expansão do PIB tenha sido de 1,1% ou mais em 2017. No ano em curso, nossa projeção é de 3,5%.

Todos os setores deverão crescer, inclusive construção e indústria. Do lado da demanda, o consumo das famílias seguirá se ampliando, cada vez mais embalado pela recuperação do emprego e pela queda das taxas de juro. Ao mesmo tempo, e como o último trimestre do

ano passado já mostrou, veremos um crescimento relevante na formação de capital (7,7%).

No item investimentos, notamos três diferentes linhas de expansão: de um lado, a construção residencial está começando a andar; de outro, observamos uma boa demanda por reposição de máquinas e equipamentos, explicável pela ausência de atualização nos últimos cinco anos. O natural desgaste e a retomada do crescimento em muitos segmentos da economia estão por trás desse movimento. É interessante observar que isso está ocorrendo por causa do aumento das horas trabalhadas (como segundo turno), sem que estejamos vendo um aumento significativo de fábricas novas. Finalmente, e como já mencionado em artigos anteriores, há uma expansão mais robusta de investimentos na área de petróleo e em certos segmentos de energia elétrica, como a transmissão em alta tensão, a eólica, a solar, etc.

Ao lado do crescimento mais robusto, a nossa percepção é que a inflação também caminha para um resultado melhor do que os 4% projetados na virada do ano. Temos a convicção de que ela poderá ficar numa faixa entre 3,5% e 4%. O próprio resultado do IPCA de janeiro (0,29%) já foi um indicador dessa possibilidade. Existem três razões que devem ser consideradas. A primeira tem a ver com os preços agrícolas: embora seja verdade que não veremos outra rodada de queda nas cotações, a safra em curso mais os estoques de passagem sugerem que não haverá pressões altistas no custo da alimentação. Por outro lado, os preços internacionais do petróleo ficaram um bocadinho de tempo na faixa dos US\$ 70 para o tipo Brent. Nossa percepção é que, ao longo deste ano, a oferta de petróleo vai aumentar e nos parece mais provável que as cotações recuem para a faixa dos US\$ 60, o que implicaria uma redução relevante dos preços de derivados no mercado interno. Finalmente, as chuvas de verão correram dentro da normalidade, o que deverá conduzir os preços da energia elétrica para níveis normais.

Os mecanismos de realimentação da inflação seguem bastante enfraquecidos. Basta pensar nos contratos reajustados por um IGP-M negativo e no INPC de 2,1% em 2017, relevante para o salário mínimo e nos dissídios.

Apesar de todas as melhoras mencionadas, ainda temos muita capacidade ociosa e uma taxa de desemprego ainda elevada. Nessas condições, não é fora de propósito que a Selic seja reduzida a 6,5%. Chamo a atenção para o fato de que, nessas circunstâncias, o PIB nominal deverá ser maior do que a Selic, algo que não ocorre há muito tempo.

A parte ruim do cenário é que a reforma da Previdência não foi votada, ficando todo o peso para o próximo presidente. O ajuste das finanças públicas é cada vez mais indispensável, e a consolidação da retomada do crescimento depende integralmente disso. Entretanto, e diferentemente do que muitos acreditavam em agosto/setembro passados, não houve nenhuma explosão no curto prazo. A boa gestão fiscal realizada pela equipe econômica e a melhor arrecadação resultante da retomada proporcionaram um resultado em 2017 melhor do que o esperado.

Por essa razão, a Instituição Fiscal Independente reviu a evolução da relação dívida/PIB: o pior momento se daria em 2024, chegando a 86,5% e declinando a partir de então. Fernando Montero e Sergio Valle têm projeções até um pouco mais suaves. 



JOSÉ ROBERTO MENDONÇA DE BARROS é Economista e sócio da MB Associados.

O que é ser pré-candidato?

■ POR FERNANDA CAPRIO

“As ponderações e ideias aqui expostas não garantem que não existirão representações perante a justiça eleitoral para discutir sua exposição na pré-campanha. Tudo depende de como, quando, onde, em que contexto e com que motivação (direta ou indireta) suas ações forem expostas.”

O período de propaganda eleitoral tem início em 16/08 e somente a partir desta data é permitido pedir votos, utilizar números de campanha, fazer materiais gráficos (santinhos, adesivos, etc), organizar carreatas, passeatas, comícios, veicular propaganda eleitoral na internet, fazer anúncios em jornais e revistas.

Mas desde já é possível anunciar pré-candidatura e realizar algumas ações permitidas pela lei eleitoral, com muito critério e respeito à lei.

Desde que não haja pedido de voto, nem menção a número de candidatura, nem uso de artifícios diretos ou subliminares de campanha antecipada, é possível abrir o debate democrático e mostrar posicionamento político-econômico-social.

Mas veja, pré-campanha não é campanha eleitoral. Pré-campanha é debate democrático.

Pelo teor da legislação eleitoral (artigo 36-A, da Lei nº 9.504/97 e art. 3º, da Resolução TSE 23.551/2018), é permitido:

Para Pré-candidatos:

- Menção à pretensa candidatura;
- Exaltação de qualidades pessoais em público, exposição de ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver, em meios de comunicação e/ou redes sociais;
- Divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive na internet (sites, blogs, redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas);

PRÉ-CANDIDATO

DICA #1

- Pedido de apoio político (desde que não haja pedido de voto, nem direto, nem subliminar);
- Participação de filiados ou pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com exposição de plataformas e projetos políticos, desde que respeitada a isonomia entre os diversos partidos;
- Divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos (desde que não seja feito pedido de voto);
- Profissionais de comunicação não podem realizar atos de pré-campanha no exercício da profissão.

Para Partidos:

- Realização de prévias partidárias em ambiente fechado, com distribuição de material informativo somente internamente para divulgar nomes dos filiados que participarão das prévias, podendo realizar debates entre eles (proibida a veiculação ao vivo);
- Realização de reuniões partidárias em ambiente fechado para tratar da organização da campanha eleitoral (proibida veiculação ao vivo);
- Realização de reuniões de iniciativa do partido, da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação, em ambiente fechado, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias (proibida a veiculação ao vivo);
- Em suma, as reuniões partidárias sempre devem ocorrer em ambiente fechado, podem receber cobertura de meios de comunicação, desde que não ocorra veiculação ao vivo e desde que o teor de discursos divulgados posteriormente não extrapole os limites das regras da pré-campanha (pedido de voto, menção a número, etc).

NA VAQUINHA ELEITORAL

Na divulgação da arrecadação por financiamento coletivo (vaquinha eleitoral), não é permitido (Resolução TSE 23.551/2018, § 2º, do art. 3º):

- Pedido de apoio político;
- Divulgação de pré-candidatura, de ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver.

A lei deixa bem claro alguns pontos vedados, que valem a pena ser destacados:

- Não confundir pedido de apoio, com pedido de voto: em nenhuma hipótese a lei permite pedido de voto, menção a número, confecção de materiais gráficos impressos ou virtuais (panfletos, folders, adesivos, banners, etc);
- Em eventos, encontros e reuniões partidárias, é vedada a cobertura ao vivo e a veiculação posterior deve evitar divulgação de trechos com pedido de voto ou exposição que possa denotar propaganda eleitoral.
- Os profissionais de comunicação (jornalistas, comentaristas, radialistas, artistas, apresentadores, etc) estão proibidos de se utilizarem do veículo de trabalho (TV, rádio, jornais, revistas) para anunciar sua própria pré-candidatura;
- A partir de 30/06, os profissionais de comunicação não podem mais apresentar, participar ou comentar os programas aos quais estavam profissionalmente vinculados;
- A partir de 06/08 emissoras não podem mais veicular programas com nome ou alusão a nome de pré-candidato.
- Será considerada propaganda eleitoral antecipada (passível de penalidades) a convocação, por parte de detentores de cargos públicos, de redes de radio-difusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições.

Pré-candidatura é manifestação de ideias, projetos, opiniões mediante textos, entrevistas e até vídeos, mas de forma cuidadosa.

Assim, é permitido que pré-candidatos, em veículos de comunicação e redes sociais, de forma gratuita, manifestem seu pensamento político-econômico-social, opinem sobre questões relevantes da política municipal, estadual, nacional ou até mundial, e elaborem um posicionamento em torno disso. Mas não é permitido afirmar que é candidato, indicar número de campanha, fazer trocadilhos com número de telefone (no intuito de fazer referência a futuro número de campanha); pedir voto direta ou indiretamente; criar slogans ou usar “#” que induzam campanha eleitoral ou pedido de voto, como por exemplo, “#agoraéfulano”, “#fulano2018”, “#fulanoVemAí”, etc.

É permitido afirmar que pretende ser candidato, ou afirmar que é pré-candidato. Mas não é permitido montar banners eletrônicos (que seriam santinhos eletrônicos), fotos, anúncios contendo imagem do candidato e dizeres como “fulano, pré-candidato”, ou “fulano, rumo às eleições 2018”, etc.

É permitido criar um blog e através dele publicar artigos, opiniões, e postar os links no Facebook, criar um canal no Youtube, gravar vídeos manifestando o pensamento sobre questões relevantes de política, economia, saúde, educação, apresentando ideias, projetos, críticas respeitadas e construtivas, mas não é permitido fazer pré-campanha através de meios restritos ao período de campanha, como santinhos, adesivos, placas, bandeiras, carreatas, caminhadas, passeatas, carros de som, jingles, comícios, bandeiras, etc.

É permitido ao filiado e ao pré-candidato participar de reuniões partidárias e divulgar a participação nos perfis de redes sociais por meio de textos e fotos. Mas não é permitido transformar reuniões partidárias (ou prévias) em comícios camuflados, convidando eleitores e realizando apresentação em série de pré-candidatos. Também não é permitido transformar festas particulares, visitas a amigos, reuniões particulares ou empresariais, etc, em comício camuflado.

É permitido debater nos aplicativos de mensagens instantâneas, mas não é permitido pedir votos, nem individualmente, nem criando grupos para isso.

Valem algumas dicas:

- Não diga que é candidato. Diga que pretende ser candidato;
- Não crie banners eletrônicos de pré-candidatura para postagem na internet;
- Não peça votos;
- Em suas manifestações na internet, não faça menção a futuro número;
- Não confeccione e não distribua material gráfico de qualquer natureza;
- Se for fazer vídeos, prepare o texto antes, poucas linhas; não improvise se estiver inseguro, treine antes e grave um vídeo que passe sua mensagem de forma clara e rápida; grave vídeos curtos, mas que mostrem seu posicionamento sobre temas atuais;
- Escreva artigos, pequenos textos que demonstrem seu posicionamento, eventuais ideias para problemas pontuais que vão de encontro ao interesse das pessoas;
- Nas redes sociais, adote uma conduta única; de nada adianta postar trabalho comunitário, participação em reuniões, posicionamento político, e depois postar um vídeo ou banner de mau gosto; mantenha uma conduta linear, tenha uma postura séria, cuide bem de sua imagem;
- Não repasse correntes; não crie polêmicas desnecessárias com posicionamentos radicais sobre temas que ferem a liberdade individual das pessoas, como religião, orientação sexual, etc;
- Não se crie, nem divulgue *fake news*;
- Quer saber de que assunto pode falar? Que bandeiras defender? Informe-se. Interesse-se. Leia jornais diariamente. Os jornais estão na palma de sua mão, na tela do seu celular, gratuitamente, basta baixar aplicativos e os terá 24 horas à sua disposição. Leia, saiba o que está acontecendo, entenda as situações políticas, acompanhe os índices econômicos e sociais, e com isso, rapidamente estará apto a falar e escrever sobre estes temas de forma coerente;
- Sempre consulte as fontes. Não fale de coisas que não tenha certeza. Não repasse informações exageradas, tendenciosas e que podem estar publicadas em sites não confiáveis. Não apresente índices sem consulta às fontes confiáveis.

Observe atentamente as regras para a exposição de sua pré-candidatura, não descumpra a lei.

As ponderações e ideias aqui expostas não garantem que não existirão representações perante a justiça eleitoral para discutir sua exposição na pré-campanha. Tudo depende de como, quando, onde, em que contexto e com que motivação (direta ou indireta) suas ações forem expostas. Também depende de como eventual denúncia será redigida e/ou documentada, de como sua defesa será redigida e/ou documentada, e de como o juiz eleitoral irá avaliar fatos, provas e legislação.

Para não errar, tenha sempre em mente que pré-campanha não é campanha eleitoral. Pré-campanha é debate democrático. 



FERNANDA CAPRIO é advogada eleitoralista. Membro da ABRADep (Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político). Mestranda em Políticas Públicas pela UNESP/Franca-SP. Pós-graduada Direito e Processo Eleitoral pela Claretiano (2012). MBA-FGV em Gestão Estratégica de Marketing (2006). MBA-FGV em Gestão Empresarial (2004). Pós-graduada em Direito das Obrigações pela UNESP/FAPERP-SJRP-SP (1998). Graduada em Direito pela UNIRP/SJRP-SP (1996).

Tsunami nos Serviços Jurídicos

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

“A grande motivação é sempre econômica e este caso não foge à regra. O grande tsunami que está chegando aos prestadores de serviços jurídicos (“aka” Escritórios de Advocacia) é o desafio de se reinventar e tentar sair da posição de zona de conforto que estiveram durante as últimas décadas.”

Há uma forte apreensão no mercado jurídico sobre as mudanças que estão por acontecer causadas pelas novas tecnologias, robôs, inteligência artificial, etc. Existe uma certa “hype” ou “frisson”, mas não há de se negar que os avanços tecnológicos em todas as áreas são assombrosos e tenho a total convicção que estamos nos aproximando a um ponto de singularidade.

O que temos realmente é um tsunami com seu epicentro ocorrido na crise mundial de 2008, que gerou uma reação em cadeia na economia global, quando as empresas em crise se voltaram para otimizar seus custos, sua governança e houve (e ainda está havendo) o boom da aplicação de regras rígidas de *compliance*, gerando modificações importantes e que tudo isso começa a afetar os serviços jurídicos.

Primeiramente a mudança gradativa das funções dos “General Counsels”, passando de gestores de carteiras jurídicas para participantes ativos nas decisões estratégicas da empresa e com o aumento brutal de *accountability* sobre os aspectos financeiros dessas carteiras.

Segundo, por conta das regras rígidas de *compliance*, a migração da responsabilidade na contratação de serviços jurídicos terceirizados para os setores de “procurement” ou simplesmente setor de compras das empresas.

Terceiro, a constatação de que o ticket médio para os serviços executados internamente nos departamentos jurídicos é cerca de um terço dos valores cobrados por escritórios externos, gerando uma onda de internalização, inversa àquela ocorrida na década de 90, quando quase todos os serviços jurídicos de empresas foram terceirizados.



A grande motivação é sempre econômica e este caso não foge à regra. O grande tsunami que está chegando aos prestadores de serviços jurídicos (“aka” Escritórios de Advocacia) é o desafio de se reinventar e tentar sair da posição de zona de conforto que estiveram durante as últimas décadas.

O grande desafio é a mudança do “mindset” para entender que o mercado passou de “sellerspricing” para “buyerspricing” e que esse mesmo mercado espera que todos os seus fornecedores sejam empresas que ofereçam serviços ágeis, inovadores e mais baratos e nesse ponto entra a tecnologia, porém “somente a tecnologia não garante a inovação. Precisa haver um pensamento estratégico inovador para que a tecnologia possa ajudar a implementá-lo”:

- estar totalmente voltada para as necessidades de seus consumidores (lembrando sempre que escritórios devem começar a tratar seus clientes com o conceito mais amplo de consumidores).

- estar totalmente atenta à competição e sempre tentar estar uma passo à frente.

- mudar a gestão para “data centric”, deixando o amadorismo e achismo de lado.

- tentar ser inovadora, sem deixar de se preocupar paralelamente a sempre melhorar e otimizar seus procedimentos e práticas internas.

- apresentar um serviço que realmente agregue valor ao cliente.

Tudo isso com utilização intensa de todas as tecnologias disponíveis no mercado! 



JOSÉ PAULO GRACIOTTI é consultor, autor do livro “Governança Estratégica para escritórios de Advocacia”, sócio da GRACIOTTI Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators. Há mais de 28 anos implanta e gerencia escritórios de advocacia.

Joaquim Falcão



Lutas fratricidas, delações e acordos de leniência

Muitos pensam que o objetivo das investigações e das ações judiciais contra a corrupção é apenas restaurar a moralidade da administração pública. Punir e prender culpados. Recuperar o dinheiro do Tesouro. É isso mesmo. Mas existem outros objetivos também. Um deles é moralizar os negócios privados, e assim estimular para que os investimentos empresariais tenham mais segurança jurídica e possam competir com mais decência.

Este objetivo é muito bem explicado em um dos mais importantes livros sobre nosso atual processo civilizatório: *A Democracia na América*, de Alexis de Tocqueville. Enorme pensador francês que viajou por todo os Estados Unidos para entender o sucesso e as dificuldades norte-americanas. Isto foi em 1835. Tocqueville faz, então, observação decisiva em determinada passagem.

Quando uma empresa americana vem a falir, ou seja, vem a morrer, por qualquer motivo, o importante para o interesse público é logo enterrá-la e ressuscitá-la. O importante é que o capital paralisado pela falência não fique improdutivo e volte logo a circular. Aprenda a lição, contabilize as perdas e corra outra vez para novos riscos. Dar continuidade à produção de progresso e de riqueza. Esta é a essência do espírito empreendedor construtivo.

A ousadia do risco é o motor da economia, dentro das regras, boa-fé e da ética do jogo. Foi justamente pela percepção de que os processos de falência no Brasil não acabavam jamais, o que prejudicava o interesse público, que mudamos a lei. Temos agora também a lei de recuperação judicial. Muito mais rápida ao responsabilizar empresas em dificuldades, distribuir penalidades entre os que correram o risco e fracassaram. E possibilitar à empresa respirar de novo.

Delações premiadas e acordos de leniência são novos institutos jurídicos do mesmo tipo “recuperação de empresas”. Sem serem da via empresarial judicial. Pela via administrativa e penal. Visam responsabilizar, punir e controlar comportamentos públicos e privados, passados e futuros, evitando a improbidade administrativa, a corrupção, com a rapidez de que um país com capital de investimento escasso necessita.

Aqui reside o problema.

Esta volta ao mercado é muito complexa. As leis são vagas, ainda por serem aperfeiçoadas. Jurisprudência e experiência suficientes não temos. Pior. Os ilícitos cometidos ofendem vários setores da administração pública. Envolvem competências múltiplas de diversos órgãos do estado – AGU, CGU, TCU, MP, Polícia Federal e vários outros – têm chefias múltiplas, colegiados, presidências, relatores, entre os quais é difícil encontrar consensos. Com quem negociar?

Mais ainda. Muita vez, esses órgãos estão subordinados a políticos ou executivos públicos envolvidos em processos de corrupção que não querem avançar delações e acordos. Interesses pessoais em jogo. Não se pode ser negociador e interessado ao mesmo tempo.

A burocracia do Estado, que é de carreira, corre o risco de ser submetida à burocracia do governo, que é a burocracia dos cargos de confiança. Setores dessas burocracias estão ligados a alianças de poder, seja do Executivo, seja do Legislativo, alvo das investigações.

Ocorrem, como bem colocou Raquel Dodge, lutas fratricidas, internas e externas. Paralisantes. Geradoras de instabilidade e insegurança. Acresçam ainda dois outros fatores capazes de afetar o andamento das investigações, delações, acordos e punições.

Primeiro a judicialização dos acordos e delações, o que chama juízes e tribunais para intervir. E rever, crescer, discordar dos acordos feitos pela administração pública. É quase uma armadilha protetatória. Corre-se o risco de um perigoso ativismo judicial que avoca para si a responsável não somente pela formulação de política pública, como de sua própria execução. Não raramente, ultrapassando os limites constitucionais.

Segundo a multiplicidade de órgãos e negociadores públicos e a interferência do judiciário criam um ambiente de instabilidade judicial. Mesmo feita a delação e assinado o acordo, a empresa não tem segurança para voltar ao mercado.

Corre-se o risco de órgãos disputarem, discordarem, atrasarem e paralisarem entre si. A quem interessa esta paralisação? Ou, às vezes, até o contrário. É preciso que haja negociadores do governo que, respeitando as competências diferentes, falem uma voz só, um critério só, em nome de tantos.

A Lava-Jato, ou melhor, a atitude “lavajato” que se espalha por mais de 40 investigações neste país, busca não apenas a moralidade pública, mas um novo ambiente de mercado, com segurança jurídica, eficiência empresarial e competência somatória. E não predatória.

A disputa interna dos órgãos de governo para saber quem é o proprietário das delações e dos acordos de leniência faz mal à democracia. ■

JOAQUIM FALCÃO é Doutor em Educação pela Université de Genève. LL.M. pela Harvard Law School. Bacharel em Direito pela Puc-RJ. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça de junho de 2005 a junho de 2009. Docente dos cursos de Graduação, Mestrado e do Programa de Capacitação em Poder Judiciário.

Crise institucional

■ POR AMADEU GARRIDO DE PAULA

Das mais graves, povoa hoje nossa polis. Dramática, como todas as crises do gênero.

A mais trágica é aquela que atinge a Corte Suprema de um País. Com efeito, tremem, qual no epicentro de um terremoto na escala de oito graus, os pilares fundamentais de uma sociedade organizada, quando a Corte Suprema passa a ser incongruente, irracional.

Isto porque o bom direito é essencial à sobrevivência das nações e suas Cortes Supremas - nosso Supremo Tribunal Federal - são soberanas. E soberania significa o “poder incontestável de dizer em última instância sobre a eficácia do direito”.

Proclama nossa Constituição que somos um Estado Democrático de Direito. Simples são as linguagens, porém ora revelam adequadamente os fatos, ora os encobrem, ora são compostas de expressões ocas.

Seria possível sermos um Estado Democrático, sem ser um Estado de Direito? Obviamente que não. A expressão, inclusive, é pleonástica, porque, sendo democrático, o estado só pode ser regido pelo direito. Mas este, seja técnica, arte ou ciência, é inevitavelmente composto de contradições, lacunas, imprecisões etc.

Esses desafios são mais amiúdes no direito processual, aquele ramo que rege como o direito deve ser entregue aos jurisdicionados pelos juízes.

Os estudos jurídicos - e são um imenso universo intelectual - existem exatamente para que essas contingências obstrutivas da lógica e da boa razão sejam superadas. Não à toa a Constituição fala em “notável saber jurídico” como requisito de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Todos os atuais Ministros do STF têm “notáveis saber jurídico”. Só que essa expressão pouco esclarece. Permanece mais na intuição nossa impressão, acima mencionada.

E o mais importante: essa qualidade, não raro, pode ser materializada por simples exercício do bom senso. Neste, é uma corriqueira entender que as questões subordinantes devem reger as subordinadas. Fazemos isso cotidianamente.

Dito isto, grita a incongruência do procedimento do STF quanto ao último julgamento de um ex-presidente. E não posso entender que prefiro o populista na cadeia já, ao concerto de nossas instituições.

O STF, como guarda da Constituição, age de dois modos:

a) controla abstratamente a eficácia das cláusulas constitucionais e

b) controla subjetivamente, é dizer, nos processos entre pessoas individualizadas que lhe são submetidos.

Na primeira hipótese, diz que uma lei é compatível com a Constituição Federal ou não. Vale para toda a humanidade que se encontra no território de sua jurisdição. Na segunda, a decisão não passa das cercas do processo subjetivo; em outro processo, outra compreensão poderá vingar, embora seja desejável ter-se entendimento único sobre as matérias, porque o homem não compreende como possa não ter conquistado um direito, que foi obtido por seu amigo.

Ora, é evidente que as decisões genéricas, sobre o mesmo assunto, devem anteceder as individuais. É o tal bom senso.

Há duas ações genéricas liberadas para julgamento por seu Relator, Ministro Marco Aurélio, que, por óbvio, deveriam ser pautadas para exame antes do julgamento do habeas corpus impetrado em favor de Lula. Mas veio, primeiro, o julgamento individual. Talvez pela pressa da defesa e pressão social, que não deveriam influir sobre a conduta do STF; ou por simples delírio ou falta de imparcialidade da Ministra Cármen Lúcia, Presidente.

Por isso é que o Ministro Marco Aurélio Mello, amiúde vencido, mas que não pode ser visto como um homem desprovido de senso bom e lógico, classificou-a de “todo poderosa”. Visto que tinha a intenção de suscitar uma questão de ordem, para que as ações abstratas fossem julgadas em primeiro lugar, mas não o fez, em homenagem ritualística à presidência, restou-lhe o lamento: se arrependimento matasse, seria um homem morto.

Quase morta está a instituição suprema de nosso Judiciário. Um Presidente, de qualquer Colegiado, tem como poder maior a autoridade de manipular a pauta. Se isso ocorre a seu gosto e arbítrio, no Legislativo e no Judiciário, no mínimo estamos todos moribundos. **■**



AMADEU GARRIDO DE PAULA é Advogado, sócio do Escritório Garrido de Paula Advogados.



Brasil: vamos olhar para a frente?

■ POR ENIO DE BIASI

“A nação brasileira ficou paralisada, à espera do que parecia ser o “juízo de séculos”. Ora, com todo respeito ao leitor, às favas com o caso específico do ex-presidente. O que está em jogo, aqui e agora, e o mais importante, para o futuro do país, é se vamos manter, como nação, essa idiossincrasia, à margem das mais modernas democracias, ou se vamos atender ao senso comum, às melhores práticas, permitindo o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância.”

A credito ser senso comum, diante das inúmeras manifestações populares, o interesse da sociedade no cumprimento da pena após decisão condenatória em segunda instância. O tema tem quase que monopolizado o noticiário nos últimos tempos.

Entretanto, a previsão do texto constitucional não segue a mesma maré da vontade popular. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por

seu turno, o art. 283 do Código de Processo Penal impede, expressamente, a prisão senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

O assunto é extremamente controverso. Em primeiro lugar porque a previsão, por estar contida no art. 5º da Constituição, portanto, no capítulo que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos, as chamadas “cláusulas pétreas”. Em segundo lugar porque o texto constitucional prevê, no seu art. 60, que emendas à própria Constituição deverão ser propostas: a) por pelo menos 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) pelo Presidente da República; e c) por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, com manifestação de metade, ao menos, dos seus membros.

Convenhamos que não é tarefa simples emendar a Constituição brasileira.

Em terceiro, e último, e o maior obstáculo para uma reforma no texto constitucional, é que as “cláusulas pétreas” não podem ser alteradas. Isso segundo o próprio Senado Federal, ao interpretar o § 4º do art. 60 da CF/88 (<http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>). De acordo com esse dispositivo, não poderão ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendente a abolir, entre outras, os direitos e garantias individuais.

Não há alternativa, portanto, que permita inculpir a vontade popular no texto constitucional? Somente com uma nova Assembleia Nacional Constituinte é que esse dispositivo poderia ser alterado, aproximando a legislação penal brasileira das praticadas nas maiores democracias do mundo?

Devemos reconhecer que o “guardião” da Constituição, o Supremo Tribunal Federal (STF), não tem contribuído muito para sanar as dúvidas e esclarecer definitivamente a questão.

Com a palavra os juristas, em especial os especialistas em Direito Constitucional. Não vemos esse debate nas discussões que se travam em torno do tema. Uma coisa é clara, é fato: a Constituição Federal diz que culpado só após o trânsito em julgado. Pois bem, então que se altere a Constituição! Mas não pode, pois é “cláusula pétrea”. O que fazer? Como fazer?

A nação brasileira ficou paralisada, à espera do que parecia ser o “julgamento do século”. Ora, com todo respeito ao leitor, às favas com o caso específico do ex-presidente. O que está em jogo, aqui e agora, e o mais importante, para o futuro do país, é se vamos manter, como nação, essa idiosincrasia, à margem das mais modernas democracias, ou se vamos atender ao senso comum, às melhores práticas, permitindo o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância.

A pior forma de resolver um problema é fingindo que ele não existe!

Precisamos virar essa página. Precisamos trabalhar. Precisamos escolher nossos representantes (a eleição está a exatos cinco meses). Precisamos tratar dos reais problemas brasileiros. Precisamos olhar para a frente. O ex-presidente é passado e lá deve permanecer. Defendo que se discuta a norma e não o caso. Que enxerguemos a floresta e não a árvore.

Temos tanto a fazer, tantas reformas, em tantas áreas, e tão mais urgentes! O Brasil precisar caminhar, seguir! 



ENIO DE BIASI é diretor da DBC Consultoria.

Juristocracia ou Democracia: o julgamento do HC do Lula pelo STF

■ POR RUIZ RITTER

Quatro de abril de 2018 é um dia a ser lembrado (com pesar) pela comunidade jurídica. Por seis votos a cinco, foi ratificada, no Plenário do Supremo (HC 152.752), a nova jurisprudência da Corte sobre a possibilidade de execução antecipada da pena, leia-se após julgamento em segunda instância, adotada desde 2016 (HC 126.292).

Declaro, desde logo, minha posição: pró CF/88. Se ninguém pode(ria) ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inc. LVII), não há que se falar em execução de pena na pendência de recurso. Simples assim. “Ah, mas era o que a sociedade queria.” A função do STF nunca



foi e nem poderá ser corresponder supostas expectativas sociais, e sim fazer valer a Constituição. É o Legislativo que deve materializar essas demandas por meio de lei, e não o Judiciário de forma arbitrária. “Ah, mas e o Lula?” Essa discussão está para muito além disso, concentrar a questão toda no Lula é assumir que não entendeu nada.

Pois bem, para amadurecer a reflexão, há de se enfrentar alguns pontos de vista adotados para justificar a respectiva decisão.

Há quem entenda, por exemplo, em coro com o ministro Barroso, que não houve violação da presunção de inocência, tendo sido apenas lida nova interpretação à luz do que se denomina “mutação constitucional”. Permito-me discordar. Não sou adepto da teoria da mutação constitucional, é verdade. Afinal, não consigo dormir tranquilo sabendo que está legitimado, em pleno estado democrático de direito, uma modalidade de poder constituinte permanente (denominação dada pelo próprio min. Barroso).¹ A ideia de que as normas constitucionais necessitam uma releitura à luz do estado presente é legítima, sem dúvida, mas encarregar a sua promoção ao STF sem fiscalização de nenhum outro Poder já me remete mais aos Atos Institucionais dos militares do que qualquer outra coisa.

“Que o sistema de justiça criminal, em todas as suas dimensões, não anda bem, não é nenhuma novidade. Agora, apostar na *Juristocracia* como opção legítima e adequada para esses e outros problemas atuais, é, a meu ver, quase um disparate.”

De qualquer forma, ainda que adepto fosse, penso haver necessidade de limites à sua aplicação. Interpretar a norma de um texto é diferente de reescrever o próprio texto. Não há como dizer que a presunção de inocência pode ser superada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, se a Constituição Federal diz exatamente e expressamente o contrário. Houve, sim, portanto, reescrita de um conceito criado antes de o Brasil ser Brasil (trânsito em julgado) por quem não tem legitimidade para fazê-lo. É disso que se trata. O STF não está autorizado, na posição que ocupa no Estado, a negar vigência ao texto constitucional e qualquer reforma que se pretenda no mesmo, deve ocorrer democraticamente no âmbito do Legislativo.

Adiante, também há quem defenda, na linha do ministro Moraes, que essa extensão da presunção de inocência até o trânsito em julgado é uma invenção à brasileira, que não merece crédito e sequer é reproduzida por países sérios, sendo acertado, por essa razão, o julgamento. Ora, desprezando o fato de Portugal, para dar apenas um exemplo, parecer a mim um país sério e que adota essa posição, apenas para me situar, o julgamento está ocorrendo onde? Quer dizer que se nos EUA a lei diz X e no Brasil diz Y sobre o mesmo tema o STF está autorizado a julgar a partir do primeiro parâmetro, revogando o segundo? Achei que estivéssemos no Brasil, país soberano e com ordenamento jurídico próprio, onde ela está prevista

constitucionalmente até esse marco. Se ele é justo ou não (e penso que sim, embora concorde com a necessidade de reforma do sistema recursal) é outra questão. O que não se pode tolerar, é que a Corte responsável pelo resguardo da CF passe, de forma subversiva, a lhe extrair o sentido que bem entende. Isso não é só antidemocrático. Isso é gravíssimo.

Sob outro prisma, há quem advogue que tal defesa da constituição é seletiva e oportunista (pró Lula), tendo em vista não ter sido expressada da mesma forma quando das prisões de Eduardo Cunha e outros.² Pois bem, já enfatizei inicialmente sobre o foco no Lula ser equivocado. Esqueça(m) o Lula. Além de uma prisão ilegal não justificar outra, podendo muito bem ser questionada agora, antes ou depois, as discussões são diferentes. Cunha foi preso cautelarmente, o que está em pleno acordo com a CF. Lula não. Aqui a hipótese é de cumprimento antecipado de pena, e é isso que se está colocando em xeque. Portanto, descabida a comparação.

Por fim, há quem sustente o acerto da decisão da Suprema Corte, sob o argumento de que se houvesse o reconhecimento da literalidade do texto constitucional e a vigência da presunção de inocência até o trânsito em julgado, estar-se-ia compactuando com a impunidade, na medida em que haveria a prescrição de crimes como estupro, homicídio e corrupção. E aqui, novamente, não vejo como o argumento possa se sustentar. Primeiro, porque desconheço um caso concreto de prescrição dos dois primeiros delitos nessas condições (isso ocorre no mínimo em 12 anos, então não me parece factível); segundo, e em relação a corrupção, porque não se pode relativizar uma garantia constitucional dessa dimensão por suposta falta de estrutura do próprio sistema de justiça criminal, leia-se celeridade da prestação jurisdicional. Fosse assim, não se poderia prender mais ninguém, ante as condições do sistema carcerário. É claro que há necessidade de rever o sistema recursal, a começar pela ampliação do STJ que com 2 turmas criminais não dá conta da demanda de um país de dimensões continentais. Mas não se pode confundir uma coisa com a outra.

Enfim, com máximo respeito aos pontos de vista ora enfrentados, permito-me, em breve síntese, divergir de todos e ratificar minha posição (que nada mais é do que uma primeira impressão do recente julgamento), de ampla discordância da decisão tomada no Plenário do Supremo que entrou para a história.

Que o sistema de justiça criminal, em todas as suas dimensões, não anda bem, não é nenhuma novidade. Agora, apostar na *Juristocracia* como opção legítima e adequada para esses e outros problemas atuais, é, a meu ver, quase um disparate. 

NOTAS

- 1 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5 ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 162.
- 2 De minha parte, remeto apenas o leitor para o artigo que publiquei no ConJur em 2016(!) quando o STF deu os primeiros passos na direção dessa tragédia anunciada: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-04/ruiz-ritter-preciso-falar-presuncao-inocencia>.



RUIZ RITTER é advogado, mestre e especialista em Ciências Criminais (PUCRS).

A prisão após a segunda instância sob a ótica dos capítulos de sentença

■ POR FABRÍCIO REBELO



“Pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, não há qualquer incompatibilidade em se reputar o réu definitivamente culpado com o esgotamento da prestação jurisdicional no recurso de apelação, pois é com este que se alcança o trânsito em julgado do juízo de culpa.”

Uma das inovações mais festejadas com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) foi a adoção expressa da Teoria dos Capítulos de Sentença, consagrando o entendimento de que uma decisão de mérito, quando prolatada, pode resolver mais de uma relação jurídica específica, produzindo efeitos próprios para cada uma delas. Ainda que se cuide de um instituto originário do Processo Civil, sua natureza bem pode se amoldar ao Processo Penal, com especial impacto nas discussões sobre a possibilidade de início do cumprimento da pena após a condenação de um réu em segunda instância.

Em contração sintética, os Capítulos de Sentença, magistralmente explicitados na obra de Cândido Rangel Dinamarco (Malheiros), definem as partes de uma decisão judicial que se resolvem em si mesmas, cada uma com consequências distintas das demais, especificamente quanto aos recursos que contra aquela sejam interpostos. Por essa teoria, se o recurso ataca somente parte da decisão, havendo nela resoluções outras que por ele não são impugnadas, estas se tornam imutáveis, transitando em julgado.

O clássico exemplo ilustrativo reside em uma hipotética demanda judicial em que um contratante postula contra o outro, cumulativamente, a resilição de um contrato e o pagamento de uma indenização por ocorrência de dano. Ao apreciar a questão, o juiz julga as duas pretensões procedentes, em face do que o demandado recorre, impugnando a fixação indenizatória, mas nada opondo quanto à ruptura contratual. Nesse caso, pela teoria em foco, a desconstituição do pacto se torna imutável, não mais passível de questionamento, ou seja, a questão é finda, restando discutir, apenas, o outro pedido – sobre a indenização.

A previsão expressa da teoria está incorporada aos arts. 966, § 3º, 1.009, § 3º, e 1.013, §§ 1º e 5º, todos do Código de Processo Civil de 2015, deixando incontestado que uma sentença se estrutura em capítulos, os quais podem ser impugnados autonomamente. Os que não forem, se tornam imutáveis, tanto que admitido seu pronto cumprimento (art. 523).

No Processo Penal, a teoria não encontra previsão expressa, ainda que se possa inferir sua essência quando analisadas as disposições legais sobre as distinções entre os efeitos da coisa julgada para a acusação e para a defesa. Nesse sentido, é claramente firmada a previsão de que, a partir do momento em que o órgão acusatório não interpõe recurso, para ele a sentença se torna imutável, somente podendo ser alterada em benefício do acusado.

As disposições podem ser objetivamente encontradas no Código Penal, quando se regula a prescrição. No aludido diploma, os artigos 110, § 1º, e 112, I, fazem expressa menção à sentença com trânsito em julgado “para a acusação”, ratificando a compreensão de que sua discussão, a partir de então, pode prosseguir apenas por iniciativa da defesa.

Mas não só a isso se resume a importância da compreensão das distinções acerca das partes da sentença que se tornam imutáveis e daquelas que continuam passíveis de debate nas instâncias ordinárias e superiores. O reflexo dessa compreensão também impacta diretamente a possibilidade de início de cumprimento da pena após se firmar a condenação do réu em segunda instância.

A questão se apresentou, recentemente, como a mais repercutida dentre os institutos jurídicos no país, fomentada pela ampla discussão havida no Supremo

Tribunal Federal, derivada da situação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, com condenação ratificada (e até ampliada) pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mas, afinal, existe inconstitucionalidade em determinar o imediato cumprimento da pena após a decisão da segunda instância?

O cerne dessa controvérsia repousa no princípio da presunção de inocência, consagrado como direito fundamental no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que assim exprime:

“Art. 5º

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Da atenta leitura do dispositivo constitucional, prontamente se percebe que há, ali, uma disciplina relativa ao juízo de culpa. Exige-se, para que alguém seja considerado “culpado”, uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, isto é, a coisa julgada relativa à formação da culpa.

A definição de coisa julgada em nosso ordenamento jurídico pode ser encontrada no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/42, que assim prescreve:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Pois bem. Da exegese concatenada dos artigos 5º, LVII, da Constituição Federal, e 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, alcança-se a inicial compreensão de que, no ordenamento jurídico pátrio, alguém somente poderá ser considerado culpado quando a decisão que assim reconhecer não admitir mais recursos.

A partir dessa compreensão, cumpre estabelecer em que consiste, em concreto, o juízo de culpabilidade.

Sob essa matriz de análise, há de se inicialmente registrar que uma sentença penal condenatória se decompõe, essencialmente, em duas partes fundamentais: a primeira, que firma a culpa do réu, e a segunda, em que se estabelecem suas penas e a forma de cumprimento. A culpa, por seu turno, se assenta sob duas vertentes: materialidade e autoria do crime.

A materialidade respeita à constatação de que, de fato, existiu a prática de uma conduta penalmente ilícita, ou seja, a infração a algum dos tipos penais previstos no próprio Código Penal ou em legislação especial, fruto de uma ação culpável do agente e sob circunstâncias que não elidem sua responsabilização. A autoria, por sua vez, implica reconhecer ter sido, efetivamente, o acusado que praticou a ação penalmente recriminada.

Vê-se, portanto, que o juízo de culpabilidade, assentado sobre materialidade e autoria delitivas, compõe a parte da sentença penal condenatória que se resume a

questões de fato, isto é, à análise circunstancial sobre determinada conduta configurar um crime e quem a praticou. O juízo de culpa, assim, bem pode se conceituar como um dos capítulos da sentença penal condenatória. E este capítulo abrange matéria exclusivamente fática.

Estabelecida tal premissa, torna-se facilitada a compreensão do momento em que o juízo de culpa transita em julgado, tornando-se imutável.

Isso porque, pelo sistema recursal adotado no Direito Brasileiro, matérias de fato somente podem ser discutidas até a segunda instância. O juízo de primeiro grau analisa a materialidade e a autoria delitivas, e o tribunal a ele diretamente superior revisa, em recurso, as conclusões ali alcançadas. E isso se encerra com a apelação.

A partir daí, somente questões atinentes à legalidade do processo ou divergências de interpretação da lei – no Recurso Especial – ou temas constitucionais – no Recurso Extraordinário – podem permanecer sob discussão, o que, como visto, não abrange a culpa (materialidade e autoria). Em outros termos, nenhuma matéria fática, como a formação da culpa, é analisada nos recursos que sucedem à apelação, isto é, o Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Destarte, conjugando o conceito de coisa julgada e a teoria dos capítulos de sentença, torna-se patente que o juízo de culpabilidade, compondo capítulo próprio da sentença penal condenatória, se torna imutável com o julgamento do recurso de apelação, último momento de análise da materialidade e da autoria delitivas.

Consequentemente, pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, não há qualquer incompatibilidade em se reputar o réu definitivamente culpado com o esgotamento da prestação jurisdicional no recurso de apelação, pois é com este que se alcança o trânsito em julgado do juízo de culpa.

Sendo, justamente, a imutabilidade deste juízo a exigência constitucional acerca da presunção de inocência, conclui-se que nada obsta a imposição ao réu de que inicie o cumprimento de sua pena após o esgotamento da segunda instância. Afinal, a partir de então, já se opera o específico trânsito em julgado de sua culpa, exatamente ao que alude o texto constitucional.

À guisa de arremate, desse modo, e sob o prisma estritamente constitucional, tem-se que: (a) a sentença penal condenatória abriga, em capítulos distintos, o juízo de culpabilidade e o da aplicação da pena; (b) o capítulo da culpabilidade se assenta em matéria de fato, composta pela materialidade e autoria delitivas; (c) as discussões da culpa, isto é, de fato, se esgotam com o julgamento da apelação, com o encerramento da qual há o seu trânsito em julgado; (d) sendo a presunção constitucional de inocência firmada sobre o juízo de culpa, o réu há de ser considerado culpado após o julgamento da apelação; (e) firmada a culpa, não há impedimento constitucional ao início do cumprimento da pena. 



Congresso Nacional não pode emendar a Constituição para admitir a prisão em segunda instância

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

“Uma vez admitida, aprovada e promulgada proposta de emenda a abolir os direitos e garantias individuais ou qualquer outra cláusula pétrea, na vigência da atual Constituição de 1988, tudo será possível ao Estado brasileiro, desde a derrogação dos Dez Mandamentos entregues ao profeta Moisés até a rediscussão da lei natural da gravitação universal da Terra descoberta pelo físico inglês Isaac Newton.”

Em fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal deu início ao entendimento jurisprudencial de que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofenderia ao princípio constitucional da presunção de inocência (*Habeas Corpus* nº 126292).

Como é de sabença geral, o princípio constitucional da presunção de inocência encontra assento no art. 5º, Inciso LVII, de nossa Constituição Federal, redigido nestes termos:



“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A respeito deste princípio constitucional, com inegável maestria, leciona o mestre Fernando da Costa Tourinho Filho:

“O princípio remonta o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26/08/1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado ‘Iluminismo’, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que ‘a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige’ (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106).

Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne sera pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.” (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei).

Mais tarde, em 10/12/1948, a Assembléia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação.

Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29-30).

Pois bem. Desejando seguir os passos do Supremo Tribunal Federal, o Parlamento brasileiro através de proposta de emenda à Constituição (Pec) intenta promover a alteração na redação do Art. 5º, Inciso LVII, de nossa Constituição Federal, objetivando permitir a prisão em segunda instância, mitigando-se, assim, o alcance dessa garantia fundamental do cidadão.

Noutras palavras, o Congresso Nacional planeja alterar o significado do princípio da presunção de inocência construído pela Assembleia Nacional Constituinte em 1988.

A PEC nº 410 foi assim apresentada na Câmara dos Deputados:

“Art. 1º O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º (...)

LVII – ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação”.

Pois bem. O princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no Art. 5º, Inciso LVII, encontra-se no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo reservado aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Bem conhecedor das turbulências e crises recidivantes próprias da República brasileira, a Assembleia Nacional Constituinte consignou no texto da Carta Maior, em seu art. 60, § 4º, IV:

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

(...)

IV – os direitos e garantias individuais”.

Mais claro que isso, só se o legislador constituinte originário desenhasse ao seu intérprete.

A essas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição de um Estado denominamos de cláusulas pétreas. Nos Estados Unidos são chamadas de “entrenchment clauses” (cláusulas de entrincheiramento).

Destarte, sem rodeios ou apelo a uma retórica cansativa, somente outra Constituição, através de outra Assembleia Nacional Constituinte, poderá alterar o Art. 5º, Inciso LVII. Aliás, o mesmo raciocínio aplica-se a todo o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais deste mesmo art. 5º, assim como as matérias relacionadas à (a) forma federativa de Estado, (b) o voto direto, secreto, universal e periódico e (c) a separação dos Poderes.

O “x” da questão é que o STF ao permitir a prisão em segunda instância, com as devidas e honrosas vênias aos seus Eminentíssimos Ministros, legislou. E mais do que isso, legislou sobre matéria de cláusula pétrea (direitos e garantias individuais). Fez o que o Parlamento do Brasil não pode fazer. Ao STF compete “precipualemente, a guarda da Constituição” (art. 102), jamais a deliberação, a conformação de jurisprudência, abolindo os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

O STF pode muito, quase tudo, mas não pode tudo. A velha Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, hoje chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, traça os limites dos juízes em seus julgamentos:

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Em tema de presunção de inocência não temos omissão legislativa. Nem por parte do Constituinte originário (art. 5º, Inciso LVII), nem por parte do legislador ordinário (CPP: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”).

Uma vez admitida, aprovada e promulgada proposta de emenda a abolir os direitos e garantias individuais ou qualquer outra cláusula pétrea, na vigência da atual Constituição de 1988, tudo será possível ao Estado brasileiro, desde a derrogação dos Dez Mandamentos entregues ao profeta Moisés até a rediscussão da lei natural da gravitação universal da Terra descoberta pelo físico inglês Isaac Newton. 



CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL é Defensor Público no Estado do Espírito Santo



Prisão em segunda instância: a divisão de votos expõe rachaduras no STF

■ POR EURO BENTO MACIEL FILHO

Uma vez finalizado o julgamento do habeas corpus impetrado em favor do ex-presidente Lula, o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento de que é possível a prisão do acusado após o esgotamento das vias ordinárias recursais, ou seja, o acusado condenado em segunda instância pode ser preso para iniciar o cumprimento da pena antes do chamado trânsito em julgado da condenação.

Por mais que o referido entendimento, ao menos sob um primeiro enfoque, seja manifestamente dissonante do Texto Constitucional, a real verdade

é que o Supremo deixou clara a sua posição. Porém, sem dúvida, a votação apertada também deixa transparecer que a Corte está dividida com relação ao assunto, sendo certo que uma futura alteração de entendimento não está descartada.

De tudo o que foi exposto no julgamento, vale dizer, dos votos externados pelos doutos ministros do Supremo, duas ponderações precisam ser feitas.

A primeira diz respeito ao voto proferido pela ministra Rosa Weber, sobretudo no que diz respeito à adoção irrestrita do chamado “princípio da colegialidade”.

Ora, no voto por ela apresentado, ficou claro que o entendimento pessoal da Ministra é totalmente diverso daquele por ela manifestado por ocasião do julgamento do HC. Importante ressaltar que, embora claramente contrária à prisão em segunda instância, seu voto, ao final, mostrou-se favorável à mitigação da presunção de inocência, em homenagem ao tal princípio da colegialidade.

Ficou evidente, portanto, que ela, apesar de ter um pensamento diverso, votou daquela maneira apenas em função da opinião formada pelos demais ministros do Supremo. Isto é, segundo o voto da ministra Rosa Weber, a opinião pessoal do julgador acabou cedendo diante do entendimento do órgão colegiado a que ele pertence.

“Segundo as diversas possibilidades que o Direito apresenta, é razoável admitir que alguém, preso em segunda instância, tenha a sua situação alterada por conta do julgamento de recursos interpostos juntos ao STJ e STF, com a consequente soltura.”

Com o devido respeito, essa posição chega a causar certa perplexidade, na medida em que revela uma aparente renúncia a um predicado que é muito importante à magistratura, qual seja, o da independência das suas decisões.

É bem verdade, que o tal “princípio da colegialidade” tem por escopo garantir e resguardar o entendimento jurisprudencial já firmado por um determinado Tribunal, ou seja, é um princípio muito útil para preservar a jurisprudência de uma Corte de justiça, máxime quando se tratar de temas já sumulados ou pacificados.

Todavia, o assunto debatido no julgamento não representava, e nem representa, o entendimento já firmado pelo STF. Muito pelo contrário!

Afinal, o resultado apertado da votação (seis a cinco) só evidencia que a nossa Suprema Corte ainda está dividida com relação ao assunto. Dentro desse contexto, utilizar-se do princípio da colegialidade, em detrimento pessoal, representa, sob um enfoque inicial, verdadeira traição à independência e à imparcialidade do magistrado.

Ora, se o juiz passa a decidir, sempre e sem qualquer tipo de reserva, segundo as opiniões dos outros magistrados que o circundam, ou, melhor dizendo,

consoante o tal princípio da colegialidade, então será melhor substituímos os magistrados por robôs pré-programados. Sendo assim, como conclusão, entendo que o voto da ministra Rosa Weber foi um verdadeiro acinte a independência jurisdicional.

Ainda comentando o voto da ministra Rosa Weber, chama a atenção o fato de que ela, caso houvesse mantido o seu posicionamento pessoal teria dado ao julgamento um outro resultado, já que ela faria parte da maioria vencedora, que acabaria concedendo o HC ao ex-presidente Lula. Isso porque, como visto, o ministro Gilmar Mendes alterou o voto que proferira em fevereiro de 2016, de tal forma que, se a ministra Rosa Weber mantivesse o seu posicionamento pessoal, ela faria parte da maioria. Logo, houvesse ela mantido o voto que dera em 2016, o princípio da colegialidade seria seguido da mesma maneira.

Outro voto que chamou atenção foi o proferido pelo ministro Barroso. Primeiro porque, o Ministro pareceu dar mais importância aquilo que a sociedade pensa e ou deseja do que à redação expressa do Texto Constitucional. Aparentemente, foi um voto proferido consoante os anseios da sociedade leiga, o que é um rematado equívoco para todo e qualquer magistrado, pois o juiz, imparcial como deve ser, está adstrito ao que diz a lei e, por isso, não pode julgar segundo os desejos e as idiosincrasias de uma sociedade leiga.

Ainda com relação ao voto proferido pelo ministro Barroso, é certo que, em determinado momento, foi feita menção a diversas estatísticas relacionadas aos processos de cunho penal julgados pelas Cortes Superiores (STJ e STF). Consoante os números apresentados, poucos teriam sido os casos nos quais o julgamento pelas Cortes Extraordinárias teriam provocado alterações significativas nas decisões proferidas em segundo grau.

Nesse ponto, é importante mencionar que, de fato, após a decisão de segundo grau, os recursos posteriores não têm, em regra, o condão de provocar profundas alterações no julgamento.

No entanto, em razão das matérias discutidas nos recursos endereçados às nossas Cortes Superiores, é possível que sobrevenha a anulação do processo, ou a alteração do regime prisional/montante das penas ou, quiçá, até mesmo a prescrição do delito.

Sendo assim, dentro desse quadro de ideias, é fácil perceber que, segundo as diversas possibilidades que o Direito apresenta, é razoável admitir que alguém, preso em segunda instância, tenha a sua situação alterada por conta do julgamento de recursos interpostos juntos ao STJ e STF, com a conseqüente soltura. Logo, se assim o é, fica fácil perceber que um único cidadão que venha a ser prejudicado por conta desse novo entendimento já justificaria, por si só, que fosse respeitado o trânsito em julgado.

Eis o equívoco, portanto, de se julgar com base naquilo que os outros pensam ou, então, de se decidir com base em estatísticas.

A lei, e somente a lei, é que deve servir de norte ao magistrado.

Que venha, portanto, o julgamento das ADCs, para que assim o STF retome o devido lugar de guardião da Constituição Federal.



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



Tributação de *streaming* gera “novo” conflito de competências

■ POR LUIZ FURTADO JUNIOR, ANA MIDORI E AMANDA COSTA

“A tributação sobre a tecnologia de streaming será definida pelo Poder Judiciário, de modo que ainda não há como saber se as normas editadas pelos Estados e Municípios serão consideradas ilegais ou inconstitucionais. Assim, o caminho mais seguro para o contribuinte é se resguardar por meio da propositura de ações judiciais a fim de evitar o surgimento de um passivo tributário perante os entes da federação.”

Diante do crescimento exponencial das aplicações da tecnologia *streaming*, estados e municípios têm buscado, cada um ao seu modo e de acordo com sua esfera de competência, regulamentar a incidência de tributos sobre essa forma de uso da Internet com a intenção de aumentar a arrecadação tributária e suprir os repetidos déficits orçamentários. Nesse sentido, foram criados instrumentos normativos com o intuito de viabilizar a cobrança tanto do ICMS quanto do ISS sobre tais operações, criando conflitos de competência e dando início a discussões acerca da legalidade e constitucionalidade da incidência de tais impostos sobre o *streaming*.

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 ao tratar do Sistema Tributário Nacional, previu a repartição de competência tributária, determinando quais tributos poderiam ser instituídos e cobrados pelos seus entes federativos (União, Estados e Municípios). Tal medida impede que os entes federativos instituem

impostos que extrapolem sua órbita de competência evitando, portanto, a usurpação de competência alheia e, conseqüentemente, o “*bis in idem*” em matéria tributária.

Ao final de 2017 foram editadas diversas normas permitindo a incidência de dois impostos de competências distintas sobre as operações de *streaming*, o ICMS e o ISS. No âmbito estadual, o Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”) editou o Convênio ICMS nº 106 de 29 de setembro de 2017, o qual disciplinou a cobrança do ICMS sobre comercialização de transferência de dados via internet, como *softwares*, programas, jogos eletrônicos, aplicativos e arquivos eletrônicos. Por outro lado, o referido Convênio em sua cláusula segunda previu isenção das transferências eletrônicas dos dados anteriores à saída para o consumidor final.

Em relação à legitimidade passiva, o Convênio instituiu como contribuinte do ICMS a pessoa jurídica detentora do site ou plataforma eletrônica por meio do qual são disponibilizados os dados para transferência eletrônica. Neste ponto, vale ressaltar que o Convênio estabelece que o contribuinte deverá obter inscrição estadual em todas as unidades federadas em que realizar operações de saída dos dados, para emissão das respectivas notas fiscais. Ademais, o convênio previu em sua cláusula quinta a possibilidade de os Estados atribuírem a responsabilidade pelo recolhimento do imposto à terceiros, tais como revendas de mercadorias digitais, intermediadores financeiros, adquirentes via e-commerce e etc.

Nesse sentido, tendo em vista que o convênio editado pelo CONFAZ prescinde da legislação estadual para adequabilidade e exigibilidade da exação, os estados vêm editando normas de forma a adaptar a legislação já existente, a fim de viabilizar a tributação por meio do ICMS das operações relativas ao *streaming*. Por exemplo, no caso de São Paulo, foi publicado o Decreto nº 63.099/2017, o qual introduziu alterações no Regulamento de ICMS (RICMS) e que entrou em vigor desde 1º de abril de 2018.

Pois bem, por outro lado, a Lei Complementar nº 157/2017 que altera a Lei Complementar nº 116/2003 (definidora da estrutura básica de tributação do ISS) e incluí na lista anexa de serviços tributáveis pela aludida exação o “item 1.09” que determina a incidência do ISS sobre a “*disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos*”.

Apesar da inclusão do item 1.09 na Lei Complementar nº 116/2003, a cobrança do ISS sobre o *streaming* não é imediata, de modo que cada Município deverá alterar suas leis ordinárias para que o imposto incida sobre tais operações, devendo respeitar o princípio constitucional da anterioridade, previsto no artigo 150, III, *b e c*.

A partir daí alguns municípios passaram a editar normas a fim de regulamentar a cobrança de ISS sobre o *streaming*, como por exemplo a Lei nº 16.757/2017 e a Lei nº 6.263/2017, dos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente.

Diante deste cenário, ainda restam muitas dúvidas a respeito da aplicação destas normas, além do conflito de competência existente entre Estados e Municípios, questões estas que, ao que tudo indica, serão levadas ao saturado e moroso Poder Judiciário.

Em recente decisão, proferida em março de 2018 (processo 1010278-54.2018.8.26.0053), referente a tributação da tecnologia de *streaming* uma associação civil sem fins lucrativos que representa os interesses das empresas do setor de tecnologia da informação e comunicação conseguiu uma liminar para afastar

os efeitos práticos do Decreto nº 63.099/2017 editado com base no convênio ICMS nº106/2017. Resumidamente, foi alegado na ocasião que não se poderia admitir a incidência de ICMS sobre o *software* padronizado por transferência eletrônica através de *download*, bem como por acesso remoto, o chamado *streaming* (referente ao conteúdo acessado), com base em convênio e decreto, pois, isso arpeia a hierarquia normativa das leis e, afronta o disposto no artigo 146 da Constituição Federal, na medida em que apenas a lei complementar pode dispor sobre conflito de competências, em matéria tributária, entre os entes da federação; além de ser a única forma legítima de se regular limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária tais como: base de cálculo, fato gerador, local da incidência, momento de incidência e sujeição passiva da obrigação tributária.

Em contrapartida, a Fazenda Estadual de São Paulo afirma que o Decreto e o Convênio, não inovam no ordenamento jurídico, mas apenas regulamentam uma materialidade preexistente, na medida em que o conceito constitucional de circulação de mercadoria não prescinde de um suporte físico (ADIn 1945) e, portanto, deve ser dado tratamento jurídico idêntico aos *softwares* de prateleira e aos *softwares* obtido através de *download*.

Contudo, a utilização da analogia feita pela Fazenda Estadual, leva-nos a considerar o histórico jurisprudencial a respeito da tributação do *software*, que vem sendo discutido há mais de duas décadas. Em 1998, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 176.626, o Ministro Sepúlveda Pertence, manifestou-se no sentido de que o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador não configuram mercadoria, não havendo incidência de ICMS neste caso. Neste ponto, vale lembrar que o conceito de mercadoria sob a ótica do direito tributário restringe-se ao bem móvel sujeito à mercancia, sendo indispensável que haja a transferência da propriedade para incidência do ICMS. Logo, a incidência ou não do ICMS sobre tais operações está diretamente ligada à interpretação do conceito de mercadoria.

Mais recentemente foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5576 e 5659, as quais buscam afastar a cobrança de ICMS sobre as operações envolvendo programas de computador, porém, ainda aguardam julgamento no Supremo Tribunal Federal. Quanto à possibilidade de incidência do ISS sobre tais programas, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 688.223 reconheceu a repercussão geral do tema, porém este caso ainda aguarda julgamento.

Muito se discute se o *streaming* pode ser considerado uma prestação de serviços uma vez que se trata da disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e textos por meio da internet. Em outras palavras, tal disponibilização configuraria obrigação de dar e não obrigação de fazer, distinção esta imprescindível para determinação da incidência ou não do ISS.

De forma inconclusiva, tudo indica que a tributação sobre a tecnologia de streaming será definida pelo Poder Judiciário, de modo que ainda não há como saber se as normas editadas pelos Estados e Municípios serão consideradas ilegais ou inconstitucionais. Assim, o caminho mais seguro para o contribuinte é se resguardar por meio da propositura de ações judiciais a fim de evitar o surgimento de um passivo tributário perante os entes da federação. **C**



Os efeitos do novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR) no e-commerce

■ POR PATRÍCIA PECK PINHEIRO

“A nova regra chamada GDPR (General Data Protection Regulation), que está valendo desde 2016 e que a partir de 25 de maio de 2018 passa a aplicar multas no valor de 20 milhões de euros, sujeitará todo o e-commerce a um novo paradigma cultural de como as empresas tratam as bases de dados pessoais de seus clientes.”

Toda empresa que possui um site na internet e realiza negócios em um âmbito de fronteiras digitais internacionais em algum momento está sujeito a enfrentar questões de regulamentações de outros países além do país de origem da sua matriz.

Sendo assim, quando a pauta envolve novas leis sobre privacidade e proteção de dados, este aspecto torna-se ainda mais relevante para as empresas de e-commerce, visto que suas operações possuem uma relação de dependência direta com o fluxo de dados pessoais de seus usuários, e estes podem acessar suas plataformas a partir de qualquer localidade e podem ser de qualquer nacionalidade.

Para exemplificar, uma pessoa que vá utilizar um site de passagem aérea, de reserva de hotel, de reserva de restaurante, de compra de seguro viagem, de compra

de produtos em uma loja de eletrônicos, pode ser um europeu que quer comprar produtos ou serviços de empresas brasileiras, e, portanto, irá atrair a aplicação do novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais para essas empresas.

A nova regra chamada GDPR (General Data Protection Regulation), que está valendo desde 2016 e que a partir de 25 de maio de 2018 passa a aplicar multas no valor de 20 milhões de euros, sujeitará todo o e-commerce a um novo paradigma cultural de como as empresas tratam as bases de dados pessoais de seus clientes.

Portanto, é um novo marco legal que deveria estar no *roadmap* de todos os gestores jurídicos, de *compliance* e de TI dos sites de e-commerce como prioridade para este ano, pois pode inclusive sujeitar suspensão de operação do site em termos de ofertas e vendas para o mercado europeu enquanto não regularizar sua situação (não apenas o pagamento da multa).

Além disso, também se aplica em operações de fluxo internacional de dados, quando os negócios compartilham bases de dados com parceiros europeus. Por exemplo, quando um cliente ou residente brasileiro usa suas milhas para fazer uma viagem em uma companhia aérea europeia.

Há inúmeros cenários de aplicação da GDPR, por isso é tão importante que as empresas realizem um Privacy Risk Assessment (também chamado de PIA) e elaborem um plano de ação.

Algumas providências já devem ser tomadas imediatamente:

- a) revisão e atualização da política de privacidade do website para estar em conformidade com a GDPR (ex: o Uber já fez, o LinkedIn já fez, seu website já fez?):
- b) atualização das cláusulas de contratos com consumer (clientes) para tratar da coleta do consentimento dentro do novo fluxo de governança previsto pela GDPR (que traz novos direitos dos usuários e o dever de adequar os tratamentos de dados com as finalidades);
- c) atualização das cláusulas de contratos com os parceiros e fornecedores que realizam algum tipo de tratamento de dados, principalmente fornecedores de soluções de gestão de informação, nuvem, monitoração, mensageria, email marketing, credit score, big data, mídias sociais (coleta, produção, recepção, classificação, acesso, utilização, transmissão, armazenagem, processamento, eliminação, enriquecimento);
- d) mapeamento do fluxo de dados para definição da nova governança junto a TI dos controles de consentimento (ciclo de vida do dado – coleta, uso, compartilhamento, enriquecimento, armazenamento nacional ou internacional, com ou sem uso de nuvem, eliminação, portabilidade);
- e) modelo de resposta para o NoticeLetter do Órgão de Controle de Dados (sobre nível de conformidade da empresa e controles auditáveis) para prevenção a aplicação de multas e fiscalizações;
- f) modelo de check-list de compliance para uso da área de compras para novos fornecedores e parceiros que precisarão passar a estar em conformidade com nível GDPR para atender a empresa. 



PATRICIA PECK é advogada especialista em Direito Digital com 18 livros publicados, pesquisadora convidada do Instituto Max Planck da Alemanha e da Columbia University de NYC EUA. Professora Convidada da Universidade de Coimbra de Portugal e da Universidade Central do Chile. Professora Coordenadora da pós graduação de Inovação e Direito Digital da FIA. Pós-doutoranda em Direito Internacional na USP. Sócia Fundadora do Escritório Patricia Peck Pinheiro Advogados.



Saúde brasileira: menos leitos, menos esperança

■ POR SANDRA FRANCO

“A saúde será um dos temas mais debatidos e explorados pelos candidatos nas próximas eleições – o que seria positivo se as promessas não passassem somente de palavras ao vento. O país precisa de ações concretas e urgentes para estancar os problemas, sem paliativos.”

A saúde no Brasil tem surpreendido pelo lado negativo e pela crise que se aprofunda a cada ano. A diminuição de leitos nos hospitais brasileiros é mais uma marca triste e que agrava o cenário sanitário do país. Redes públicas e privadas estão mergulhadas em problemas estruturais e de atendimento ao paciente. Em outras palavras, a saúde vem sendo tratada como grande parte de seus pacientes, no corredor e correndo risco grave de padecer.

De acordo com um levantamento realizado pela Federação Brasileira de Hospitais (FBH) de 2010 a 2017 os hospitais privados perderam 10% de seus leitos - 31,4 mil unidades. Com isso, eles têm hoje 264 mil leitos hospitalares. Nesse período, encerraram suas atividades 1.797 hospitais e foram inaugurados 1.367, ou seja, a rede perdeu 430 unidades. Por região, a perda maior foi no Nordeste (19,2%), seguindo-se a Norte (13,3%), a Sudeste (12,9%), a Centro-Oeste (4%) e a Sul (2%).

A crise hospitalar acende mais uma luz vermelha no setor. A diminuição de leitos é reflexo de uma série de fatores que envolvem gestão administrativa, financeira e questões como a onda de falência e problemas dos planos, operadoras e seguradoras de saúde. Segundo a FBH, entre as várias causas que explicam uma perda tão grande está o fato de no Brasil mais da metade dos hospitais privados ter até 50 leitos, a maior parte dos quais situada em cidades do interior. Unidades de pequeno porte não conseguem ter economia de escala e produtividade capazes de torná-las economicamente viáveis.

Outra causa é a remuneração paga pelo Sistema Único de Saúde (SUS) aos hospitais privados e filantrópicos para atender pacientes da rede pública. A tabela de procedimentos do SUS cobre apenas 60% dos custos médicos. E isso refletiu no fechamento de 53% dos hospitais entre 2010 e 2017, pois atendiam pacientes do SUS. Não é pouco comum o uso da chamada dupla porta de entrada.

Na prática, trata-se de um mecanismo em que leitos em hospitais com credenciamento pelo SUS são reservados para a rede privada. Ou seja, leitos já escassos na rede pública, são repartidos com o sistema privado, pela necessidade de as instituições receberem um pouco mais pelos seus serviços.

Aparentemente isso só serviria para dar aos clientes dos planos a única coisa que eles não têm nos serviços públicos de saúde: distinção, privilégio, prioridade, facilidade, conforto adicional, mordomias ou outras coisas do gênero, o que custa caro em hospitais privados e pode ser “mais em conta” quando o plano de saúde negocia com hospitais públicos. No entanto, há prejuízo de quem não tem como pagar por tais serviços, aí o direito se considera lesado em princípios como igualdade, dignidade da pessoa humana, saúde, moralidade pública, legalidade, impessoalidade e vários outros.

A Judicialização também interfere na administração dos leitos. Tanto que há várias ordens judiciais mandando internar na UTI, mesmo não havendo vagas. Os médicos que trabalham nos hospitais e acabam tendo que fazer escolhas difíceis sobre quem vai ser internado e quem não vai ser.

Em um país melhor, bom seria que não houvesse tantos doentes que necessitassem de internações. Bom seria que houvesse mais dinheiro para invés em prevenção e em medidas básicas como saneamento no país. Mas, essa não é a realidade.

A saúde será um dos temas mais debatidos e explorados pelos candidatos nas próximas eleições – o que seria positivo se as promessas não passassem somente de palavras ao vento. O país precisa de ações concretas e urgentes para estancar os problemas, sem paliativos. **■**



SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em direito médico e da saúde, doutoranda em Saúde Pública, presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) e membro do Comitê de Ética para pesquisa em seres humanos da UNESP (SJC) e presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde.

Convenção da apostila

Trâmites de legalização de documentos oriundos do exterior

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ E DANIELA WAGNER



“A adesão à Convenção da Apostila só trouxe benefícios para nosso país, pois se criou um procedimento mais célere, mais acessível e menos custoso a todos os interessados, contribuindo, assim, para as relações internacionais do Brasil com os demais países signatários.”

O tema proposto afeta todos aqueles que necessitam transitar documentos que atravessam fronteiras dos mais diversos países, quaisquer que sejam as finalidades envolvidas. Empresas ao contratarem em outra jurisdição muitas vezes necessitam apresentar documentos, incluindo até seus estatutos sociais, pessoas naturais precisam de traslados de documentos públicos para as mais múltiplas finalidades, desde inventários até casamentos, ou mesmo negócios e aquisições de bens. E tudo isso envolve documentação levada de uma jurisdição / país a outro, com regras jurídicas distintas, e línguas muitas vezes diferentes.

Neste sentido, em 14 de agosto de 2016, através do Decreto nº 8.660 de 29 de janeiro de 2016¹, entrou em vigor no Brasil a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros – conhecida como Convenção da Apostila –, que possui como finalidade agilizar a tramitação de documentos entre os 112 países signatários desta e, assim, aprimorar as relações comerciais entre tais países.

De princípio vale destacar a ressalva feita já na introdução da página brasileira da Convenção da Apostila da Haia do Conselho Nacional de Justiça² acerca da própria terminologia. Nestas palavras:

“A palavra Apostila (em português) é de origem francesa, sendo grafada “*Apostille*”, que provém do verbo “*apostiller*”, que significa Anotação. Assim sendo, apesar do significado corrente na Língua Portuguesa que tem o significado de uma publicação, um significado adicional é que uma apostila consiste numa anotação à margem de um documento ou ao final de uma carta, por exemplo. Neste caso, a Apostila é definida como um certificado emitido nos termos da Convenção da Apostila que autentica a origem de um Documento Público.”³

A Convenção da Apostila foi celebrada em Haia, em 5 de outubro de 1961⁴, com a proposta de eliminar a exigência de legalização diplomática ou consular de documentos públicos estrangeiros entre os países signatários e aplica-se à documentos públicos feitos no território de um dos Estados Contratantes e que devam produzir efeitos no território de outro Estado Contratante.

Assim, com essa Convenção, facilitou-se o trânsito de documentos como diplomas, certidões de nascimento, casamento ou óbito, traslados de estatutos e contratos sociais de entidades legais, reconhecimento de autenticidade de documentos e firmas/assinaturas de autoridades, registros comerciais entre os países signatários, uma vez que alguns requisitos burocráticos foram retirados e foi estabelecido um procedimento mais célere de legalização destes documentos.

No Brasil, a Convenção da Apostila foi inicialmente aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 148, de 6 de julho de 2015⁵, sendo o instrumento de adesão depositado pelo Governo brasileiro em 2 de dezembro de 2015, junto ao Ministério das Relações Exteriores dos Países Baixos.

Após esses trâmites e, tendo em vista a competência estabelecida no art. 84, *caput*, inciso IV, da Constituição Federal⁶, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, promulgou a Convenção, sendo agora o Brasil um país signatário das vantagens propostas pela Apostila.

Desta forma, os brasileiros devem se atentar com as mudanças ocorridas com a entrada em vigor da Convenção da Apostila, em função dos impactos e alterações em procedimentos na legalização de documentos que até hoje, desde o início da vigência entre nós, ainda causam confusões para todos aqueles que lidam com documentos que ultrapassam fronteiras.

Importante destacar que antes da Convenção, aquele que pretendia que seu documento fosse reconhecido por outro país tinha que atravessar o que se denominou de “legalizações em cadeia”, pois primeiro deveria reconhecer firma em cartório, depois autenticá-la perante o Ministério das Relações Exteriores e, ao final, se dirigir ao Consulado do país destino do documento e aguardar a chancela consular, após analisar a validade do documento.

Neste procedimento, além da demora para que o documento fosse aprovado, podemos identificar como inconvenientes a possível dificuldade de acesso ao Consulado e a incerteza quanto ao valor da taxa, já que cada Consulado estabelecia um valor diferente. Lembramos que, no exterior, o Consulado ou Embaixada não necessariamente tem estabelecimento em localidades centrais ou mesmo múltiplas. Sendo assim, podemos pensar em países que possuem apenas uma embaixada

– neste caso, se a pessoa reside no lado oposto deste, para “consularizar” o documento deveria ter que se deslocar até lá –, ou, até mesmo no caso de não haver no país uma embaixada – já neste exemplo, a pessoa teria de ir a um país de jurisdição próxima à qual a embaixada respondesse (como o caso de diversas ilhas do Caribe).

Com a recente adoção da Apostila, tais inconvenientes foram sanados, trazendo grandes benefícios aos interessados, ao reduzir o numero de exigências para atestar a veracidade documental.

De acordo com a Resolução nº 228 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷, a Apostila é um certificado de autenticidade emitido pelos países signatários da Convenção, que é anexado em um documento público para atestar sua origem. O CNJ disponibilizou um modelo para demonstrar como será este certificado⁸:



As autoridades competentes para o apostilamento de documentos públicos produzidos no Brasil são: (i) as Corregedorias Gerais de Justiça e os Juízes Diretores do foro nas demais unidades judiciárias, comarcas ou subseções, quanto a documentos de interesse do Poder Judiciário; e (ii) os titulares dos cartórios extrajudiciais (Resolução nº 228, art. 6º⁹).

O CNJ é responsável em divulgar em seu *website* lista atualizada das autoridades brasileiras aptas a emitir a apostila, bem como relação de países para os quais será possível a emissão do documento.

Assim, o apostilamento será feito imediatamente na autoridade competente. Em relação à documentos não judiciais, o interessado deverá comparecer a um cartório autorizado que, através de um sistema gerido pelo CNJ, analisará a validade do documento; nesta mesma oportunidade, o interessado já sairá com o documento apostilado.

Assim, no Brasil, qualquer pessoa que tenha interesse no apostilamento pode utilizar-se deste sistema, e para a emissão da Apostila, buscar a atual estrutura dos cartórios, já usualmente e amplamente conhecida da população e presente em todas as comarcas brasileiras.

Segundo a Convenção da Apostila, em seu art. 1º, aos documentos públicos serão aplicados os procedimentos. E a própria norma já trata de definir o que e quais são considerados documentos públicos: a) os documentos provenientes de uma autoridade ou de um agente público vinculados a qualquer jurisdição do Estado, inclusive os documentos provenientes do Ministério Público, de escrivão judiciário ou de oficial de justiça; b) os documentos administrativos; c) os atos notariais; d) as declarações oficiais apostas em documentos de natureza privada, tais como certidões que comprovem o registro de um documento ou a sua existência em determinada data, e reconhecimentos de assinatura. Entretanto, a Convenção não se aplica: a) aos documentos emitidos por agentes diplomáticos ou consulares; e b) aos documentos administrativos diretamente relacionados a operações comerciais ou aduaneiras¹⁰.

Ainda, como um grande avanço, o Brasil adotou um procedimento eletrônico de apostilamento, instituindo o Sistema Eletrônico de Informações e Apostilamento como sistema único para emissão de apostilas em território nacional.

Conforme se vê no modelo disponibilizado pelo CNJ e ainda de acordo com a Resolução, as apostilas deverão conter mecanismo que permita a verificação eletrônica de existência e de autenticidade (QR Code), assim como conexão com o documento apostilado.

Ademais, o art. 20¹¹ da Resolução nº 228 do CNJ estabelece que serão aceitos até 14 de fevereiro de 2017, os documentos estrangeiros legalizados anteriormente a 14 de agosto de 2016, por Embaixadas e Repartições Consulares brasileiras em países partes da Convenção da Apostila.

Segundo a Resolução nº 228 do CNJ, em seu art. 2º¹², todas aquelas apostilas que forem emitidas por países partes da Convenção da Apostila, inclusive as emitidas em data anterior à promulgação e vigência da referida Convenção no Brasil, tem eficácia e são plenamente aceitas em todo o território nacional desde 14 de agosto de 2016, em substituição à legalização diplomática ou consular.

Importante destacar que não será exigida a aposição de apostila quando, no país onde o documento deva produzir efeitos, a legislação em vigor, tratado, convenção ou acordo de que o Brasil seja parte afaste ou dispense o ato de legalização diplomática ou consular, e tais regramentos prevalecem sobre as disposições da Convenção da Apostila, sempre que tais exigências formais sejam menos rigorosas do que as dispostas nos art. 3º e 4º da citada Convenção. Mas, conforme a natureza do documento, poderão ser exigidos procedimentos específicos prévios à aposição da apostila. (Resolução nº 228, art. 3º¹³).

É expressa a determinação, e de outra forma não poderia o ser, de que não será aposta apostila em documento que evidentemente consubstancie ato jurídico contrário à legislação brasileira. (Resolução nº 228, art. 4º¹⁴).

Por fim, importa ressaltar que não é a primeira vez que o Brasil adere a iniciativa de facilitar o trâmite de documentos internacionais, dado que possui acordo bilateral com a Argentina desde abril de 2004, no qual também adotaram um sistema de simplificação de legalização em documentos públicos¹⁵.

De acordo com o exposto, conclui-se que a adesão à Convenção da Apostila só trouxe benefícios para nosso país, pois se criou um procedimento mais célere, mais acessível e menos custoso a todos os interessados, contribuindo, assim, para as relações internacionais do Brasil com os demais países signatários. Diminuem-se os custos de transação, aumenta-se a eficiência da estrutura administrativa pública e com isso se espera que o atrito da interferência do Estado na economia seja menor, gerando maior eficiência ao mercado como um todo. ■

NOTAS

- 1 Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016. Promulga a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm>, acesso em 12.abr.2018
- 2 Ainda segundo a página brasileira da Convenção da Apostila da Haia do Conselho Nacional de Justiça: *"O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o responsável por coordenar e regulamentar a aplicação da Convenção da Apostila da Haia no Brasil, que entra em vigor em agosto de 2016. O tratado, assinado no segundo semestre de 2015 pelo Brasil, tem o objetivo de agilizar e simplificar a legalização de documentos entre os 112 países signatários, permitindo o reconhecimento mútuo de documentos brasileiros no exterior e de documentos estrangeiros no Brasil!"*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/convencao-da-apostila-da-haia>>, acesso em 12.abr.2018
- 3 Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/convencao-da-apostila-da-haia>>, acesso em 12.abr.2018
- 4 Disponível em <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=41>>, acesso em 12.abr.2018
- 5 Decreto Legislativo nº 148, de 6 de julho de 2015. Aprova o texto da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, celebrada na Haia, em 5 de outubro de 1961. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decretoleg/2015/decretolegislativo-148-6-julho-2015-781175-convencao-147469-pl.html>>, acesso em 12.abr.2018
- 6 Constituição Federal de 1988. *"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 12.abr.2018
- 7 Resolução nº 228 de 22/06/2016. Regulamenta a aplicação, no âmbito do Poder Judiciário, da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, celebrada na Haia, em 5 de outubro de 1961 (Convenção da Apostila). Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2299>>, acesso em 12.abr.2018
- 8 Conselho Nacional de Justiça – Modelo de Apostila. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/5c1fe8783a7b56ef30a0d3cfa696d536.pdf>>, acesso em 12.abr.2018
- 9 Resolução Nº 228 de 22/06/2016. *"Art. 6º São autoridades competentes para a aposição de apostila em documentos públicos produzidos no território nacional: I – as Corregedorias Gerais de Justiça e os Juízes Diretores do foro nas demais unidades judiciárias, comarcas ou subseções, quanto a documentos de interesse do Poder Judiciário; e II – os titulares dos cartórios extrajudiciais, no limite das suas atribuições. § 1º O exercício da competência para emissão de apostilas, observado o art. 17 desta Resolução, pressupõe autorização específica e individualizada da Corregedoria Nacional*

de Justiça. § 2º O CNJ manterá, em sua página eletrônica, para fins de divulgação ao público, lista atualizada das autoridades brasileiras habilitadas a emitir a apostila, bem como relação de países para os quais será possível a emissão do documento.” Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2299>>, acesso em 12.abr.2018

- 10 Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016. “Art. 1º A presente Convenção aplica-se a documentos públicos feitos no território de um dos Estados Contratantes e que devam produzir efeitos no território de outro Estado Contratante. No âmbito da presente Convenção, são considerados documentos públicos: a) Os documentos provenientes de uma autoridade ou de um agente público vinculados a qualquer jurisdição do Estado, inclusive os documentos provenientes do Ministério Público, de escrivão judiciário ou de oficial de justiça; b) Os documentos administrativos; c) Os atos notariais; d) As declarações oficiais apostas em documentos de natureza privada, tais como certidões que comprovem o registro de um documento ou a sua existência em determinada data, e reconhecimentos de assinatura. Entretanto, a presente Convenção não se aplica: a) Aos documentos emitidos por agentes diplomáticos ou consulares; b) Aos documentos administrativos diretamente relacionados a operações comerciais ou aduaneiras.” Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm>, acesso em 12.abr.2018
- 11 Resolução Nº 228 de 22/06/2016. “Art. 20. Serão aceitos, até 14 de fevereiro de 2017, os documentos estrangeiros legalizados anteriormente a 14 de agosto de 2016, por Embaixadas e Repartições Consulares brasileiras em países partes da Convenção da Apostila.” Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2299>>, acesso em 12.abr.2018
- 12 Resolução Nº 228 de 22/06/2016. “Art. 2º As apostilas emitidas por países partes da Convenção da Apostila, inclusive as emitidas em data anterior à vigência da referida Convenção no Brasil, serão aceitas em todo o território nacional a partir de 14 de agosto de 2016, em substituição à legalização diplomática ou consular.” Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2299>>, acesso em 12.abr.2018
- 13 Resolução Nº 228 de 22/06/2016. “Art. 3º Não será exigida a aposição de apostila quando, no país onde o documento deva produzir efeitos, a legislação em vigor, tratado, convenção ou acordo de que a República Federativa do Brasil seja parte afaste ou dispense o ato de legalização diplomática ou consular. § 1º As disposições de tratado, convenção ou acordo de que a República Federativa do Brasil seja parte e que tratem da simplificação ou dispensa do processo de legalização diplomática ou consular de documentos prevalecem sobre as disposições da Convenção da Apostila, sempre que tais exigências formais sejam menos rigorosas do que as dispostas nos art. 3º e 4º da citada Convenção. § 2º Conforme a natureza do documento, poderão ser exigidos procedimentos específicos prévios à aposição da apostila.” Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2299>>, acesso em 12.abr.2018
- 14 Resolução Nº 228 de 22/06/2016. “Art. 4º Não será aposta apostila em documento que evidentemente consubstancie ato jurídico contrário à legislação brasileira.” Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2299>>, acesso em 12.abr.2018
- 15 Acordo Brasil Argentina para simplificação de legalização em documentos públicos. Disponível em <http://www3.bcb.gov.br/sisorf_externo/manual/11-01-020-001.htm>, acesso em 12.abr.2018.



LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ é advogado e consultor. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP; Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM - Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da USP; Pós-graduado em Direito Societário do INSPER; Bacharel em Direito pela PUC/SP. Autor dos livros “Acordo de Quotistas - Análise do instituto do Acordo de Acionistas previsto na Lei 6.404/1976 e sua aplicabilidade nas Sociedades Limitadas à Luz do Novo Código Civil brasileiro, com contribuições da Teoria dos Jogos”; “Commercial and Economic Law in Brazil”. Holanda: Wolters Kluwer - Law & Business, 2012; “Defesa da Concorrência no Mercosul – Sob uma Perspectiva das Relações Internacionais e do Direito”. Coautor de “Organizações Internacionais e Questões da Atualidade”; “Direito dos Negócios Aplicado – Volume I – Do Direito Empresarial”; de “Direito Empresarial Contemporâneo - Uma visão bilateral entre Brasil e Portugal”.



DANIELA WAGNER é Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/MG. Especialista em Propriedade Intelectual pela World Intellectual Property Organization (WIPO). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.

Misoginia pela internet e atribuição da Polícia Federal pela Lei nº 13.642/18

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“O que se propõe não é a eliminação do tratamento especial dado ao combate à odiosa misoginia, mas a ampliação desse tratamento ao seu inverso igualmente odioso, como proposta “de lege ferenda”.”



A Constituição Federal, em seu art. 144, estabelece as atribuições das Polícias no Brasil, dentre elas as da Polícia Federal. No inciso I, parte final do art. 144, determina que as infrações penais que demandem “repressão uniforme” e tenham repercussão “interestadual ou internacional” sejam também investigadas pela Polícia Federal, na forma que dispuser a lei.

Nesse passo, foi editada a Lei Federal nº 10.446/02 que estabelece exatamente quais seriam essas infrações para as quais seria atribuída a investigação à Polícia Federal, dando concreção à norma constitucional.

A Lei nº 13.642, de 3 de abril de 2018 vem ampliar esse rol já previsto na Lei nº 10.446/02, acima mencionada. Agora é incluído no art. 1º, da Lei nº 10.446/02 o inciso VII, concedendo atribuição à Polícia Federal para investigar “quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres”.

Não há qualquer possibilidade de pecha de inconstitucionalidade com relação ao novo regramento, vez que a própria Constituição Federal deixou a cargo do legislador ordinário estabelecer quais seriam os casos de crimes que poderiam, excepcionalmente, ser atribuídos à investigação da Polícia Federal. No caso concreto, se verifica a conveniência de repressão uniforme e, concomitantemente, o potencial de repercussão interestadual e/ou internacional, dado o uso da internet.

Conforme aduz Moreira, a atribuição conferida pela Lei nº 10.446/02, com nova redação dada pela Lei nº 13.642/18 não impede a atuação concorrente das Polícias Estaduais.¹ É também o que já lecionava Marcão em sua obra, chamando a atenção para a redação clara e objetiva da Lei nº 10.446/02 (art. 1º).²

Não há também alteração da competência para o processo e julgamento dos casos, mas tão somente da atribuição de Polícia Judiciária. Ou seja, esses crimes que envolvam misoginia perpetrados via internet serão, doravante, apurados pela Polícia Federal, mas não necessariamente julgados pela Justiça Federal. A competência da Justiça Federal somente ocorrerá nos termos do art. 109, CF, de modo que, em regra, o processo e julgamento serão levados a efeito pelas Justiças Estaduais.

Retomando o escólio de Moreira:

“Por fim, observa-se que a Lei nº 10.446/02 trata apenas de atribuição da Polícia Federal, e não de competência da Justiça comum federal, cujo tratamento encontra-se no artigo 109 da Constituição. Portanto, salvo hipótese de incidência de um dos incisos deste artigo – por exemplo, os seus incisos V e V-A –, a competência para o processo, julgamento e execução continuará sendo, em regra, da Justiça comum estadual”³

A Lei nº 13.642/18 definiu o que seria o “conteúdo misógino” em seu texto, referindo-se ao “ódio ou a aversão às mulheres”, o que se compatibiliza com o conceito rotineiramente encontrado para o termo ‘misoginia’:

“Misoginia é a repulsa, desprezo ou *ódio contra as mulheres*. Esta forma de aversão mórbida e patológica ao sexo feminino está diretamente relacionada com a violência que é praticada contra a mulher. (...). Etimologicamente, a palavra ‘misoginia’ surgiu a partir do

grego misogynia, ou seja, a união das partículas miseó, que significa 'ódio', e gyné, que se traduz para 'mulher'. Um indivíduo que pratica a misoginia é considerado *misógino*" (grifos no original).⁴

Um bom exemplo, seria o caso de alguém que praticasse, via internet, a apologia ao crime ou ao criminoso (artigo 287, CP) com relação a práticas de violência contra as mulheres (estupros, homicídios, lesões corporais, ameaças etc.).

Tendo em vista a atual conformação de certos movimentos feministas radicais, seria de bom tom, especialmente com relação à concreção do Princípio Constitucional da Igualdade (art. 5º, I, CF), que também fosse prevista, na mesma norma, a atitude daqueles que pratiquem crimes ligados à chamada "misandria" pela rede mundial de computadores, eis que tal fato não é incomum.

As condutas são equivalentes. Vejamos o conceito:

"Misandria é a repulsa, desprezo ou ódio contra o sexo masculino. Esta é uma forma de aversão patológica aos homens, enquanto gênero sexual, sendo considerada o oposto da misoginia, que é o sentimento de repulsa e ódio pelo sexo feminino.

Etimologicamente, o termo 'misandria' surgiu do grego misosandrosia, composto pela junção das partículas misos, que quer dizer 'ódio', e andros que significa 'homem'" (grifos no original).⁵

É bem verdade que esse "Feminismo Radical" não é uma regra geral, mas também a misoginia não é um fenômeno que acometa todos os homens, muito ao reverso. A afirmação de que a misandria seria apenas uma expressão sarcástica do movimento feminista, não correspondendo a nenhum ideário existente, porém, é falsa.⁶

Um exemplo extremado de misandria pode ser visto em Valerie Solanas, a feminista radical que alvejou Andy Warhol, em 1968. Seu "*Manifesto SCUM*" prega o genocídio dos homens pelo simples fato de pertencerem ao gênero masculino. SCUM é um acrônimo para "Society for Cutting Up Men" ("Sociedade para destruir ou dilacerar os homens"), praticamente um convite para o "generocídio", com o abate dos homens.⁷

A misandria é um exemplo típico do chamado "Discurso do Ódio", o qual,

"Consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias.⁸ Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas para a discriminação racial. Para Winfried Brugger o discurso do ódio refere-se à palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, o que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas."⁹

É claro que essa espécie de exemplo repugnante não é a regra e nem pode ser apresentado como o estado da arte do pensamento feminista contemporâneo ou histórico. Porém, o que se quer demonstrar é que o apego demorado às conquistas das mulheres em vários campos vem minando pouco a pouco a atenção que deve ser dada para que os homens não se tornem reféns de discriminações

injustas, inclusive com sua desqualificação na detenção de certos direitos. E essa cautela desse ser redobrada quando se sabe que

“o discurso do ódio pode ser manifestado por grupos que historicamente foram objeto de discriminação e se voltar contra um membro do grupo dominante. Nesse caso o discurso do ódio tem um tom de retaliação pelas agressões sofridas pela minoria¹⁰, mas se dirige contra uma parcela inocente do grupo dominante”.¹¹

Observe-se que o que se propõe não é a eliminação do tratamento especial dado ao combate à odiosa misoginia, mas a ampliação desse tratamento ao seu inverso igualmente odioso, como proposta “de lege ferenda”. 

NOTAS

- 1 MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 08.04.2018.
- 2 MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 123.
- 3 MOREIRA, Rômulo de Andrade. Op. cit.,
- 4 SIGNIFICADO de Misoginia. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.
- 5 SIGNIFICADO de Misandria. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.
- 6 Alegando a inexistência do movimento e do ideário: SOUZA, Lizandra. *Vamos falar de misandria?* Disponível em <http://diariosdeumafeminista.blogspot.com.br/2015/05/vamos-falar-de-misandria.html>, acesso em 08.04.2018.
- 7 O que é misandria? Disponível em <http://antimisandry.com/articles/>, acesso em 08.04.2018. É preciso lembrar que Solanas foi diagnosticada como portadora de anomalia mental logo após o episódio envolvendo a tentativa de assassinato de Warhol.
- 8 Sempre é bom lembrar que nem na misoginia, nem na misandria se pode falar propriamente em “minorias” a não ser em um sentido fortemente metafórico.
- 9 MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: RT, 2009, p.95.
- 10 Não se esqueça da impropriedade da tomada ao pé da letra do termo “minoria” na questão de gênero.
- 11 MEYER P PFLUG, Samantha Ribeiro, Op. Cit., p. 100.

REFERÊNCIAS

- MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: RT, 2009.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 08.04.2018.
- O que é misandria? Disponível em <http://antimisandry.com/articles/>, acesso em 08.04.2018.
- SIGNIFICADO de Misandria. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.
- SIGNIFICADO de Misoginia. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.
- SOUZA, Lizandra. *Vamos falar de misandria?* Disponível em <http://diariosdeumafeminista.blogspot.com.br/2015/05/vamos-falar-de-misandria.html>, acesso em 08.04.2018.



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, Medicina Legal 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.

A neutralidade da rede e o direito digital no Brasil

■ POR GUILHERME PESSOA FRANCO DE CAMARGO



“Como a cidadania é preceito constitucional e a internet é uma ferramenta de exercício da cidadania, cuja reafirmação está prevista no Marco Civil da Internet, o retrocesso ocorrido no EUA representaria ao Brasil afronta a Lei Federal e a própria Constituição.”

A neutralidade da rede foi assegurada no Brasil com o advento do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, foi sancionado em 2014, mas regulamentado em 2016. Basicamente, a neutralidade prevê o tratamento isonômico dos tráfegos de dados sem distinção de conteúdo.

O tema voltou à tona com o retrocesso trazido pelo governo Trump nos EUA, que mitigou a neutralidade naquele país. A neutralidade da rede proíbe as operadoras de segmentar, limitar, bloquear ou cobrar de forma diferenciada por serviços ou produtos existentes na internet. Todos os dados que trafegam na rede são neutros, ou seja, não pode haver discriminação.

Ainda nos EUA, a neutralidade da rede foi criada em 2015, no governo do Barack Obama pela FCC (uma espécie de ANATEL americana), matéria incluída no Ato das Comunicações, criado em 1934, visando proibir a interrupção das comunicações.

A neutralidade da rede foi o tema mais discutido durante a revisão da implementação do MCI, sendo que dos 339 tópicos, 98 eram sobre neutralidade (Fonte: Igarape.org.br).

Inegável o exponencial aumento do fluxo de rede desde a criação da internet, contudo, a segmentação dos usuários por quantidade de uso dos dados da rede apresenta uma série de problemas, dentre eles a discriminação de usuários, o invariável aumento do custo por usuário e a segmentação de dados.

Vários meios de comunicação têm limitado o acesso a seu conteúdo, em busca do aumento de renda, visto que a multiplicidade de fontes acessíveis aos “cidadãos da internet”, fizeram derruir o poder econômico e até social de tais negócios.

Nada impediria as operadoras de prestarem acordos com determinados sites ou empresas, forçando economicamente o usuário a usufruir de serviços ou adquirir produtos de rol pré-determinado pela operadora.

Pode-se, sem a neutralidade, criar vias rápidas ou lentas para alguns serviços (Netflix, HBO, Spotify, Twitter, Facebook, Youtube), bloquear ou retardar conteúdos ou serviços, cobrar por velocidade não degradada, barrar ou limitar o acesso a novos serviços criados na internet. O acesso a aplicativos seria atingido, visto que poderia ser igualmente controlado, sobretaxado ou limitado.

A Folha de São Paulo deu um exemplo sobre um mesmo pacote com e sem a neutralidade, sendo que um valor o pacote com a neutralidade custaria R\$ 69,00 (sessenta e nove reais) enquanto o pacote sem neutralidade o valor tornava-se maior, passaria a ser R\$ 80 (oitenta reais).

Haveria limitação e até inviabilização ao direito humano e fundamental ao trabalho de youtubers, influenciadores digitais, blogueiros, facebookers e instagramers.

Sopese-se que em cidades de pequeno ou médio porte, haveria uma limitação ou segmentação natural, pelo número diminuto de fornecedores.

Pior, o fim da neutralidade poderia conceber a segmentação do usuário a determinadas ideologias políticas partidárias. Poderia afetar o curso de uma eleição ou mesmo a economia de um país.

Aqueles que defendem o fim da neutralidade aduzem que alguns usuários seriam beneficiados com a redução de valores, vez que poderiam escolher pacotes individuais, com diversas larguras de banda, segmentando o fluxo de mídia, streaming e descarga de dados, contudo, tal como ocorreu com as bagagens aéreas, a realidade mostrou que houve o aumento para todos os passageiros, visto que o mercado não tem a menor condição de se autorregular. Busca-se apenas o lucro. A

propaganda destas empresas na época informava que muitos passageiros tinham pouca ou nenhuma bagagem e pagariam menos, mas não foi o que ocorreu.

Recentemente, o próprio governo americano sobretaxou o aço importado, de forma protecionista ao mercado interno, prejudicando o Brasil diretamente. O liberalismo pregado ao Direito Digital é um mito, mas a internet demanda, pela própria natureza do meio, um certo grau de autonomia da vontade entre as partes. Eis o dilema.

No Brasil, as operadoras tentaram impor limites aos pacotes de dados, contudo, a repercussão negativa gerou o fim destas investidas contra os usuários, ao menos temporariamente. Com a atual crise econômica e conjuntura governamental, não existem garantias aos usuários brasileiros. O lobby existe e continuará atuante.

Enquanto se discutia o Marco Civil na Internet, um ex-deputado brasileiro, , declarava-se a favor da neutralidade, sendo que posteriormente foram descobertas doações polpudas à sua campanha eleitoral por uma empresa de telecomunicação.

De qualquer sorte, o acesso à internet tornou-se elemento de efetivação da cidadania. Um serviço de utilidade pública que não pode ser interrompido ou manipulado, salvo se ocorrer a malversação no uso ou o inadimplemento pelo usuário. Assim, a neutralidade deve ser observada também pelo aspecto social e como forma de política pública de inclusão digital.

O art. 3º da Lei nº 12.965/2014, prevê a neutralidade como princípio no Marco Civil da Internet:

“Art. 3º a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;”

Ao alçar a neutralidade da rede como princípio legislativo, o legislador tornou tal instituto um ponto de partida para qualquer discussão sobre a internet no Brasil, reformá-lo, seria mitigar o próprio marco civil na internet, justamente por sua natureza principiológica.

Note-se que a neutralidade da rede atinge também os incisos anteriores, tal como a garantia da liberdade de expressão e comunicação e manifestação (inciso I), e proteção aos dados (incisos II e III).

E, a neutralidade da rede deve ser conjugada com os demais princípios citados no Marco Civil na Internet, por guardar íntima relação com quase todos eles (finalidade social da rede, livre concorrência, direito de acesso à internet a todos, exercício da cidadania em meios digitais).

A Constituição Federal preconiza que o Estado deve fomentar o acesso à internet como elemento de cidadania voltada à inclusão digital, ante o interesse público de um serviço essencial:

Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

O art. 24 do MCI trás uma série de deveres gerenciais e de desenvolvimento, seguindo a linha constitucional citada:

Art. 24: Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

VII – otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa.

E, o legislador não apenas alçou a neutralidade como princípio legal, mas resolveu regulamentá-lo em seção própria no mesmo diploma legal, como se depreende do art. 9º e no trecho final do art. 24, inciso VII:

Art. 9º: O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

O § 1º já regulamenta o dispositivo legal, trazendo as exceções à neutralidade:

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

- I – requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e
- II – priorização de serviços de emergência.

Segurança e saúde, podem na legislação brasileira, “furar a fila”, do fornecimento de dados, ante a relevância.

O § 2º deixa claro que mesmo na discriminação ou degradação prevista no § 1º não deve haver dano aos usuários, sob pena de responder na forma do art. 927 do Código Civil. Repete-se no inciso II os princípios da proporcionalidade, transparência e isonomia, reforço desnecessário. O inciso III é mais útil ao obrigar o dever de informação sobre a forma de gerenciamento e mitigação de tráfego.

O § 3º é outro reforço textual que renova a intenção do legislador em garantir a plena neutralidade da rede, sendo vedado o bloqueio, monitoramento, filtros e analisar o conteúdo dos pacotes. Além de um reforço o § 3º é um desestímulo às práticas ou estudos que visem o ataque a neutralidade da rede, como se depreende da vedação sobre o monitoramento e análise de conteúdo.

O inciso I menciona os requisitos técnicos, mas cabe lembrar que a legislação infraconstitucional deve observância a requisitos contratuais de Administração Pública, Código Civil e Consumerista, de modo que permitam a transparência dos dados quando ocorrerem a necessidade de discriminação ou degradação do tráfego.

O próprio Código de Defesa do Consumidor – CDC, no art. 6, inciso II, III e especialmente o IV coadunam com a neutralidade na rede, à pessoa que visa a transparência e boas práticas concorrenciais e comerciais.

O inciso IV mostra outra qualidade da neutralidade da rede, a ordem de abstenção de práticas anticoncorrenciais que prejudiquem a economia e os consumidores. Nesse contexto, reside exatamente a tentativa de estímulo a concorrência e ampliação da lista de provedores, numa tentativa de fazer diminuir o preço final ao consumidor, bem como ampliar a rede de acesso e cobertura.

Em sede de direito, o artigo 24 do MCI trata da neutralidade, no tocante as diretrizes:

“Art. 24: Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:”

A instituição da governança multiparticipativa dá mais segurança jurídica à legislação, ao passo que o governo deve trazer à participação vários membros da sociedade civil antes de deliberar sobre a matéria (I). Dá preferência a tecnologias com formatos abertos e livres, o que se contrapõe a quem deseja o fim da neutralidade, visto que haveria justamente a centralização pela imposição econômica à serviços e tecnologias fechados, limitados e pré-selecionados pelas operadoras (V).

O Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, regulamentou em definitivo o tema, tratando das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego.

Art. 9º Ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que:

I – comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;

II – priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou

III – privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico.

Art. 10. As ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

O inciso VIII do art. 3º do MCI estabelece que os negócios promovidos na internet possuem liberdade em seus modelos, desde que não conflitem com os demais princípios constantes naquela Lei, notadamente a neutralidade.

No Brasil, existe o problema adicional da prestação de serviço de qualidade mediana pelas operadoras frente aos países desenvolvidos, apesar dos preços elevados, o que já representa um contrassenso.

Como a cidadania é preceito constitucional e a internet é uma ferramenta de exercício da cidadania, cuja reafirmação está prevista no Marco Civil da Internet, o retrocesso ocorrido no EUA representaria ao Brasil afronta a Lei Federal e a própria Constituição. 

FONTES

1 <https://www.thisisnetneutrality.org>

2 https://pt.wikipedia.org/wiki/Neutralidade_da_rede

3 <https://canaltech.com.br/internet/fim-da-neutralidade-da-rede-quais-serao-as-consequencias-105964/>

4 <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/fim-da-neutralidade-de-rede-comeca-a-valer-em-abril-nos-eua.ghtml>

- 5 <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/12/1943314-estados-unidos-decretam-fim-da-neutralidade-da-rede.shtml>
- 6 <https://olhardigital.com.br/noticia/o-que-e-neutralidade-da-rede-e-como-o-fim-dela-pode-te-prejudicar/72991>
- 7 <https://igarape.org.br/marcocivil/pt/>
- 8 <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/neutralidade-de-rede-no-marco-civil-da-internet/>

Art. 9º da Lei nº 12.965/2014:

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I – abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil;

II – agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III – informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV – oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

I – estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;

II – promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil;

III – promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos;

IV – promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade;

V – adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;

VI – publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada;

VII – otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa;

VIII – desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da internet;

IX – promoção da cultura e da cidadania; e

X – prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos.

Art. 3º A exigência de tratamento isonômico de que trata o art. 9º da Lei nº 12.965, de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da internet no País, conforme previsto na Lei nº 12.965, de 2014.

Art. 4º A discriminação ou a degradação de tráfego são medidas excepcionais, na medida em que somente poderão decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência, sendo necessário o cumprimento de todos os requisitos dispostos no art. 9º, § 2º, da Lei nº 12.965, de 2014.

Art. 5º Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito de sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade.

§ 1º Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no caput são aqueles decorrentes de:

I – tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao envio de mensagens em massa (spam) e controle de ataques de negação de serviço; e

II – tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência.

§ 2º A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel atuará na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet – CGIbr.

Art. 6º Para a adequada prestação de serviços e aplicações na internet, é permitido o gerenciamento de redes com o objetivo de preservar sua estabilidade, segurança e funcionalidade, utilizando-se apenas de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais, desenvolvidos para o bom funcionamento da internet, e observados os parâmetros regulatórios expedidos pela Anatel e consideradas as diretrizes estabelecidas pelo CGIbr.

Art. 7º O responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento deverá adotar medidas de transparência para explicitar ao usuário os motivos do gerenciamento que implique a discriminação ou a degradação de que trata o art. 4o, tais como:

I – a indicação nos contratos de prestação de serviço firmado com usuários finais ou provedores de aplicação; e

II – a divulgação de informações referentes às práticas de gerenciamento adotadas em seus sítios eletrônicos, por meio de linguagem de fácil compreensão.

Parágrafo único. As informações de que trata esse artigo deverão conter, no mínimo:

I – a descrição dessas práticas;

II – os efeitos de sua adoção para a qualidade de experiência dos usuários; e

III – os motivos e a necessidade da adoção dessas práticas.

Art. 8º A degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de:

I – comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel; ou

II – comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.

Parágrafo único. A transmissão de dados nos casos elencados neste artigo será gratuita.

Art. 9º Ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que:

I – comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;

II – priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou

III – privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico.

Art. 10. As ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.



GUILHERME PESSOA FRANCO DE CAMARGO é advogado do escritório Franco de Camargo & Advocacia e Consultoria, atuante nas áreas de Direito Empresarial e Digital.

O princípio da segurança jurídica

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA



“O princípio da segurança jurídica deduzido do ordenamento normativo é essencial ao bom funcionamento do Estado, em suas esferas de poder.”

O país vive uma crise de segurança. Não temos certeza das regras que nos regem. Aumentam-se os tributos? Serão mantidos? Os contratos valem? O processo eleitoral será o mesmo de eleições passadas ou teremos nova forma de escolha dos representantes? Será feita uma reforma política? Quais suas diretivas?

De nada estamos seguros. Há fragilidade na defesa e exercícios dos direitos. O que significa a segurança jurídica?

CONCEITO

É a certeza e garantia no exercício dos direitos. Significa segurança dos direitos essenciais. Em qualquer tipo de Estado é imprescindível, para que ele se desenvolva, a certeza, a legalidade, a objetividade das relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado. É a garantia de que as expectativas serão asseguradas. As modernas Constituições arrolam alguns direitos (outros podem ser deles deduzidos – § 2º do art. 5º) e seu exercício deve ser garantido pelo Estado.

Habermas diz que o poder político colabora para a função própria do direito “que é a de estabilizar expectativas de comportamento, passa a consistir, a partir deste momento, no desenvolvimento de uma *segurança jurídica* que permite aos destinatários do direito calcular as conseqüências do comportamento próprio e alheio. Sob esse ponto de vista, as normas jurídicas têm que assumir a figura de determinações compreensíveis, precisas e não-contraditórias, geralmente formuladas por escrito’ (“Direito e democracia”, Biblioteca Tempo Universitário 101, Rio de Janeiro, vol. I, 2010, pág. 183). Não podem ter validade retroativa e têm que ser de tal forma que possam “ser aplicados da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes’ (idem, ibidem).

Princípio e regra. O princípio carece de intermediação legal; as regras têm que ter aplicação direta. O princípio fundamenta o sistema; as regras são modificáveis. O princípio fundamenta as regras; estas são subalternas. O princípio é irrevogável e deve estar em harmonia com outros; as regras são revogáveis.

Os princípios convivem no mesmo sistema, mesmo que contraditórios. Harmonizam-se e um se sobrepõe ao outro pela otimização. As regras são retiradas do sistema pelos critérios da hierarquia, na sucessão no tempo e na incompatibilidade de conteúdo.

A segurança na mitologia. Zeus foi o inteligente, dividiu o poder com dois de seus irmãos, Poseidon (Netuno) e Hades (Plutão). Ao primeiro deu o mar; ao segundo, as profundezas e escolheu Hera (Juno) sua irmã, para deusa suprema.

Nasceu, então, a ordem no mundo. Foi dada segurança, instaurou-se a hierarquia.

A segurança decorrente de um pacto. Origem. Diz Freud que os homens atemorizados e vivendo permanentemente com medo da morte violenta ter-se-iam reunido e aceito submeter-se a uma autoridade que lhe garantisse a tranquilidade para a convivência. A civilização nasce com a repressão.

A segurança decorrente da dominação. Corrente que a esta contraria, entende que sempre houve a dominação. Originariamente, pela violência. Posteriormente, por códigos de conduta que surgiram no seio da sociedade, tais como religião, tabus, preconceitos, ideologias. Todas tendem a dominar o outro. Com a evolução, não se justificava a violência. Nasce a persuasão (dominação por códigos

de atração – igualdade, segurança, garantias, propriedade, etc.), a sedução (o código de dominação no amor é também uma estrutura de dominação), a estratégia (caminhos de ludíbrio para lograr conquistar a aquiescência), por estruturas formais (legislativo, judiciário e executivo), pela linguagem (persuasão através da sedução emotiva).

A evolução da dominação. Não se tem dúvida que a estrutura de todos os países é de estrita dominação. Em algumas oportunidades pela violência. É a invasão de países, é a guerra civil, é a base de Guantánamo, é a venda de imagem inexistente (motivo anglo-saxão para invadir o Iraque, com a suposta existência de bombas e armas letais), é a religiosidade que busca impor sua “ideologia”, é a imposição da violência sob argumentos de quebra do princípio da autoridade.

No início do mundo, ainda o homem no estado natural, havia o medo dos animais e das demais tribos. O medo era o sentimento natural da segurança. Com a estruturação das tribos em cidades, era imperioso construir muros (que hoje admiramos por sua solidez nas notáveis cidades que ainda os mantêm) para a defesa.

Aos poucos nascem as cidades-estado (como exemplo temos a Itália de Gênova, Veneza, Milão, etc.). Combatiam entre si até que submeterem-se a um governo unificado, originariamente pela força. Depois, por idéias difusas de pátria, lar, sedutoras para manter a união. Diga-se o mesmo dos Estados Unidos (as antigas colônias que se uniram). Brasil serve de exemplo. A Espanha também e por aí fora. Esta se uniu para a libertação dos mouros.

Os Estados. O nascimento dos Estados unificados faz quebrar as dissidências internas. Impunha-se a unidade para resistir às agressões de outros (tal como as tribos de outrora).

Nunca, em verdade, houve um pacto como pretendido por autores como Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu e, modernamente, Rawls, Nozick e Dworkin.

Passou a existir uma dominação disfarçada por discursos.

Os pactos modernos. Depois das guerras de dominação (1ª. e 2ª. Grandes Guerras) que envolveram o mundo em cruento embate, sobrevieram pactos sociais (Liga das Nações e Organização das Nações Unidas). Evidente está que algumas nações mais privilegiadas dominam a organização. Não dizem que pela violência, mas pela dominação de sua estrutura (ou contribuem com mais recursos ou estimulam outros Estados a votarem de acordo com o que pretendem). Sempre o domínio.

Positivção. As modernas Constituições contêm o rol dos direitos individuais (de primeira geração), sociais (segunda geração) e políticos (terceira geração). Vê-se a *segurança* como um *valor* incorporado à Constituição.

Valor ou princípio? *Principio* é norma geral positivada ou não que preside a criação de outros princípios ou normas. São dedutíveis do ordenamento. O *valor* deflui do elemento ético da sociedade e é assumido pela comunidade. Princípios são exigências de garantia constitucional. Os valores estão esparsos nos inúmeros segmentos sociais.

Em sendo assim, dependendo da filosofia ou da religiosidade o homem elege seus valores. Para alguns a ética se sobrepõe a tudo. O bem-estar, a integridade física, a prática do bem, o amor ao próximo, o prazer, etc. são valores que a sociedade incorpora ou não. O princípio é fundamento de uma estrutura jurídica. O princípio aponta para a *deontologia*, isto é, o mundo do dever-ser, independentemente do

conteúdo valorativo que contenha. Outro campo é o da *axiologia* que encampa aquilo que, em determinada época, é aceito e praticado pela sociedade.

Não é simples distingui-los, no entanto.

O princípio da segurança e não o valor. O valor é idealizado. O princípio é positivado ou dedutível.

Nem sempre os autores os distinguem. É o caso de Robert Alexy. Há correlação entre eles.

É que a segurança, embora não venha explicitada no rol do art. 5º da Constituição da República, é dele dedutível.

PRINCÍPIOS DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O primeiro deles é a *legalidade* como expressão máxima de que é o povo que explicita sua vontade (ao menos de força teórica, por meio de seus representantes). É o vem estabelecido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal. O segundo é o *direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada* (inciso XXXVI do art. 5º da Constituição), ou seja, tais bens jurídicos estão imunizados inclusive contra a lei. Esta não pode prejudicá-los. Outro preceito essencial é a universalidade da jurisdição garantida pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição ao estabelecer: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segue-se daí a ampla defesa (inciso LV do art. 5º), a anterioridade da previsão criminal (inciso XXXIX do art. 5º) e a irretroatividade da lei penal (inciso XL do art. 5º).

Como diz Geraldo Ataliba “este conjunto harmônico de princípios é a fiel tradução do significado da segurança jurídica” (ob. cit., pág. 155).

Estes são os denominados direitos burgueses e decorrentes da primeira geração. Sobrevêm os direitos políticos, ou seja, de segunda geração que decorrem do princípio republicano, quais sejam, liberdade de consciência, pensamento, informação, inviolabilidade de correspondência, profissão, reunião, associação, representação e petição e ação popular.

Segurança e garantia. Sendo um princípio a segurança necessita, para sua explicitação, de garantias que protegem as liberdades públicas.

Segurança e liberdade. Uma é pressuposto da outra. Como Juno, uma é a contra face da outra.

Segurança e justiça. A segurança não é apanágio da sociedade. Ao contrário, deflui da Constituição. Logo, emana sua força dos três poderes da República. O Legislativo deve garantir através de normas estáveis. O Executivo através de comportamento uniforme. O Judiciário através de decisões consentâneas e inalteráveis, que perdurem através do tempo.

Segurança jurídica. Melhor será utilizarmos a palavra previsibilidade, para identificar o objeto de estudo. O cidadão e o indivíduo têm que ter a previsão não só da ação do particular, mas também dos agentes públicos. O princípio é ter uma *ordem jurídica* estável.

Vedação da surpresa. Desde que sobrevivendo o pacto social, não pode o indivíduo ter qualquer surpresa em relação à conduta do outro.

Negócios do Estado. Toda a ação do Estado, independentemente de por quem for praticada deve ser pública. As hipóteses de ações sigilosas (*arcana imperii*)

somente são admitidas como exceção e com fundamento constitucional para segurança do próprio Estado.

A razão de Estado. Razão de Estado é algo que permite infringir todas as leis públicas, particulares, fundamentais, de qualquer espécie que sejam (Michel Foucault, “Segurança, Território e População”, ed. Martins Fontes, 2009, pág. 349). Assim, o Estado “vai agir de si sobre si, rápida, imediatamente, sem regra, na urgência e na necessidade, dramaticamente, e é isso o golpe de Estado” (ob. cit., pág. 350).

Von Clausewitz afirmou: “A guerra é a continuação da política por outros meios”. Foucault alterou: “a política é continuação da guerra por outros meios”.

Previsibilidade da ação do Estado. Notável o estudo de Geraldo Ataliba em “República e constituição”, RT, 1985, págs. 142/160 exatamente sobre o tema.

PREVISIBILIDADE NO EXECUTIVO

A garantia do constitucionalismo e da república é de que, como disse Geraldo Ataliba, “cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa” (ob. cit., pág. 144). “A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional” (Geraldo Ataliba, ob. cit., pág. 146).

A administração é pública. Os negócios do Estado também. A imprensa é livre.

A Administração tem que planificar sua ação (não à imagem dos planos do regime soviético), mas dizer à sociedade o que fará, como fará, em que condições agirá e quais as regras jurídicas que disciplinarão sua atuação.

Tem que ser como a mulher de Cesar, não só proceder de forma correta, mas demonstrar que assim o faz, à luz da publicidade, requisito essencial para estabelecimento das formas de comportamento.

PREVISIBILIDADE NO LEGISLATIVO

Alteração da Constituição. A Constituição Federal não pode ser tão acintosamente alterada como tem sido. Por força de milhares de PECS tem sofrido constantes e desnecessárias alterações. A Constituição escrita e analítica obriga tal comportamento, o que, de seu turno, cria instabilidade jurídica. A todo instante os direitos estão sendo alterados.

ALTERAÇÕES LEGAIS

Diga-se o mesmo da legislação infraconstitucional. Os códigos foram e estão sendo alterados, a exemplo do Código de Processo Civil, o Código Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho.

No campo do direito tributário as garantias são: generalidade, tipicidade e legalidade da imposição, ao lado da isonomia.

Pode-se falar na *proibição de leis retroativas*.

Leis esparsas de toda ordem sobrevêm no mundo jurídico modificando estruturas já estabelecidas.

Há, pois, insegurança em relação ao Poder Legislativo.

PREVISIBILIDADE NO JUDICIÁRIO

O ordenamento jurídico deve resguardar a confiança do jurisdicionado, por meio da previsibilidade do direito. As decisões do Judiciário devem ser consolidadas e insculpidas em súmulas, para que todos possam lê-las e estabelecer sua inalterabilidade, o que garante o exercício do direito.

As súmulas são uma maneira de tentar tornar a justiça mais célere e dar efetividade ao princípio da segurança jurídica e, portanto, assegurar a estabilidade das decisões já consolidadas.

Não se pretende, por óbvio, congelar o direito ou tornar imutável qualquer decisão que não possa posteriormente, por razões superiores, ser alterada.

Controle sobre os atos do Poder Político.

Como decidiu o STF: “Incolunidade de situações jurídicas definitivamente consolidadas, tais como previstas no inciso XXXVI do art. 5º da lei fundamental, como expressão concretizadora do princípio constitucional da segurança jurídica” (RE 596673 Agr/RS, rel. Min. Celso de Mello).

PREVISIBILIDADE NO SISTEMA ECONÔMICO

Uma Constituição que tem como normas diretrizes a livre iniciativa, a concorrência e a propriedade privada garante, em tudo e por tudo, o sistema econômico de qualquer atuação de surpresa do Poder Público.

PREVISIBILIDADE CONTRATUAL

O contrato é a lei entre as partes. Pressupõe, pois, que, uma vez assumidas as obrigações consignadas no instrumento do contrato, sejam elas cumpridas à exaustão. Cada parte deve ter ciência integral do que foi pactuado e cumprir com as obrigações assumidas.

PREVISIBILIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

Desde o aparecimento da sociedade industrial cria-se o risco da atuação. Daí emerge o processo produtivo com uma cadeia de subsidiariedades que identifica o indivíduo no início de todo o processo e como centro produtor de tudo. É o esplendor do homem em detrimento do sagrado.

Nesta sociedade surge o confronto (alguns chamam de ambivalência) entre a execução das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado e o consenso dos cidadãos. Distribuem-se benefícios e os malefícios (proximidade do transporte que acarreta o surgimento da poluição do combustível; a escola e a algazarra que dela provém; a delegacia com a cadeia; a rodovia e o barulho; o edifício e o desassossego, limpeza e criação de lixões, etc.).

Os riscos de trânsito se compensam com os seguros. A preservação do meio ambiente é contraposta ao desenvolvimento.

Como diz Amartya Zen, “o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e

intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos” (“Desenvolvimento como liberdade”, ed. Cia. das Letras, 2002, pág. 18).

BASTA A DECLARAÇÃO DE DIREITOS?

Como diz Norberto Bobbio, apesar de todas as declarações de direitos, nada impede que “eles sejam continuamente violados” (“A era dos direitos”, ed. Campus, 1992, pág. 25). Afirma que, como já foi afirmado, “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (ob. cit., pág. 25).

Em termos de direito financeiro, os princípios e orientações arrolados até o momento são de plena incidência neste ramo. Toda a despesa tem que estar previamente prevista em lei para que possa ser exigida. Da mesma forma, em relação ao orçamento os recursos têm que estar nele estabelecidos o mesmo se falando em relação às despesas. Estas têm que ser executadas em fiel cumprimento ao que se estabeleceu no orçamento. Os planos do governo, as políticas públicas, a realização de obras e serviços, todas as previsões criam para o Estado, os Estados-membros, os Municípios, as entidades paraestatais e também para cidadão ou o indivíduo a expectativa de que as despesas se realizem. Cria a perspectiva de uma alteração do mundo fático que possa melhorar a vida das pessoas. Em consequência, todos os princípios de que se cuidou tem imediata incidência na expectativa de que receitas e despesas estabelecidas no orçamento terão a finalidade para que foram previstas.

O Estado não pode agir com o elemento surpresa. Não pode fraudar as expectativas nele depositadas. Não pode criar coisas novas. Não pode inovar sem o consentimento legal. Tudo há que ser previsto para que possa ser executado.

CONCLUSÃO

Em suma, o princípio da segurança jurídica deduzido do ordenamento normativo é essencial ao bom funcionamento do Estado, em suas esferas de poder.

O legislador de igual maneira, não pode alterar o orçamento no meio de sua execução. Daí afirmarmos que não pode haver o contingenciamento de recursos, sem antes se saber da realização das receitas. É verdade que a peça orçamentária pode ser alterada, seja por nova proposta que altere alguns aspectos do orçamento, como também para adaptá-lo a uma nova realidade econômica que possa surgir.

O Chefe do Executivo, através de decreto pode solicitar créditos orçamentários ou adicionais. Não haverá, aí, alteração, mas mera adaptação dos recursos à realidade fática.

O Judiciário, por idênticas razões, não pode alterar decisões já consolidadas. Deve criar súmulas e sedimentar sua jurisprudência para garantir determinado grau de certeza às partes. É verdade que a realidade é mutável e, como tal, as decisões não ficam petrificadas. Mas, não pode haver a instabilidade de forma a criar incerteza na sociedade.

Apenas assim se poderá dar tranquilidade a todos que poderão investir e inovar no mundo das realidades com a plena certeza de suas expectativas não serão traídas. 



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 do imposto de renda sobre considerado ganho de capital na transferência de bens imóveis por *causa mortis* ou doação em adiantamento da herança

■ POR LEONARDO DIAS DA CUNHA

“Os contribuintes que se encontrarem na situação de transferência gratuita de bem imobiliário pelo valor de mercado (o mais indicado para se reduzir o ganho de capital na eventual futura alienação), deverão procurar um advogado especializado para que possa ingressar com medida judicial a fim garantir seus direitos.”

Muitas pessoas ficam em dúvida acerca da validade da exigência de Imposto de Renda, pela União Federal, sobre o denominado ganho de capital, em decorrência da identificada valorização imobiliária de bens imóveis transferidos por sucessão hereditária, ou doação, em adiantamento de herança (adiantamento da legítima).

Como o tema divide entendimentos, trataremos brevemente da matéria, demonstrando a perspectiva da viabilidade de se discutir judicialmente a ilegitimidade de tal exigência, já que, ela ocorre sobre o mesmo fato desencadeador da incidência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD) além de possuir outros vícios normativos.

TRANSFERÊNCIA DE BENS IMÓVEIS POR DOAÇÃO OU SUCESSÃO HEREDITÁRIA, COMPETÊNCIA PRIVATIVA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

O Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD ou para alguns ITCD) é de competência privativa do Estados/Distrito

Federal. Tem como fato gerador o óbito que abre a sucessão legítima ou testamentária (correspondente ao momento do óbito), ou a doação, com a transmissão de propriedade ou domínio útil de imóveis e ou seus direitos reais, bem como de móveis e ou direitos a eles relativos. No caso, a transferência de bens e direitos ocorre de forma gratuita.

Os Estados membros, com fundamento no art. 35 e 38 do Código Tributário Nacional (CTN), tomam os bens imóveis transmitidos por seu valor venal¹, o que tem sido equivalente ao valor de mercado, que invariavelmente é determinado por uma avaliação do próprio Estado, em substituição do valor indicado pelos contribuintes, quando da informação prestadas ao Estado na apuração do ITCMD.

Dessa maneira, no tema em apreço, o fator gerador é somente a transferência gratuita, de bens imóveis, de competência estadual, tendo como base de cálculo o valor de mercado dos imóveis transferidos.

Nesse contexto, a cobrança, pela União, de Imposto de Renda sobre a diferença entre o valor de aquisição do imóvel e o valor em que o mesmo é transmitido para os herdeiros ou donatários é questionada como sendo invasão de competência da União sobre fato gerador da obrigação tributária, que diz respeito tão somente ao estado membro.

Na sequência será tratado o Imposto de Renda sobre Ganho de Capital sobre recebimento à título gratuito, para depois se avaliar as assertivas de inconstitucionalidade e demais vícios.

IMPOSTO DE RENDA SOBRE A VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA NA TRANSFERÊNCIA DE BENS

A incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital imobiliário, (diferença positiva entre o valor de aquisição e o valor de alienação) encontra-se previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional, combinado com os arts. 21 e 22 da Lei nº 8.981 /95.

Dessa maneira, para se poder considerar a existência de ganho de capital, a ser objeto de incidência de Imposto de Renda, o fato gerador deverá ser a aquisição de disponibilidade jurídica, econômica ou financeira², referente ao valor da valorização imobiliária considerada como ocorrida, o que se dá quando ocorre a alienação à título oneroso.

Nessa esteira, o fato gerador do Imposto de Renda sobre o ganho de capital não pode ser outro diverso do acréscimo patrimonial decorrente da valorização imobiliária auferida entre o valor de aquisição e o valor da alienação onerosa.

No entanto, em que pese a própria Constituição Federal, em seu art. 154, I, definir que os impostos a serem criados pela União não poderão ter o mesmo fato gerador ou a mesma base de cálculo dos demais impostos já discriminados no texto constitucional, costumeiramente a União Federal, por meio da Receita Federal, tem exigido o Imposto de Renda sobre a diferença do valor de aquisição do imóvel objeto de transferência à título gratuito, por sucessão hereditária ou de doação, em relação ao valor de mercado, pelo qual o bem acaba por ser transferido.

Diante desse quadro, há insurgências quanto à cobrança do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, sob alguns fundamentos, tema que passa a ser enfrentado adiante.

DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E CONFLITO NORMATIVO NA COBRANÇA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE O CONSIDERADO GANHO DE CAPITAL, POR TRANSFERÊNCIA GRATUÍDA, POR SUCESSÃO HEREDITÁRIA OU DOAÇÃO DE BENS IMÓVEIS

A União Federal, por meio da Receita Federal, defende a incidência do Imposto de Renda sobre a diferença do valor da aquisição imobiliária, em relação a atualização de seu valor de mercado quando da transferência, por considerar a ocorrência de aumento patrimonial, com disponibilidade econômica auferida.

Assim, a base econômica do Imposto de Renda sobre ganho de capital seria diversa da base tomada para o cálculo do ITCMD.

Ainda, a União Federal assevera que a atualização dos bens transferidos à título gratuito é uma mera faculdade da parte. E, assim, quando o valor do bem for atualizado por liberalidade do contribuinte, a diferença identificada na valorização imobiliária deverá ser tributada pelo Imposto de Renda.

Todavia, como já adiantado, há discussões teóricas e judiciais acerca da proibição constitucional de dupla tributação³ sobre o mesmo fato gerador, a transferência imobiliária, à título gratuito por sucessão hereditária ou doação em adiantamento da legítima (herança), que já é tributado pelo ITCMD⁴

Com esse viés, em contraposição à dupla exigência tributária, argui-se a inconstitucionalidade do art. 23 da Lei nº 9.532/1997, que teria invadido a competência tributária dos Estados, vez que estaria tributando fato gerador do ITCMD, cuja base de cálculo, sendo o valor de mercado auferido em avaliação, por determinação legal, abrange próprio ganho de capital, afrontando-se, por conseguinte, o art. 154, inciso I, da CF/88, que determina que impostos a serem criados pela União não poderão ter o mesmo fato gerador ou a mesma base de cálculo dos demais impostos já discriminados no texto constitucional.

Renomados juristas⁵ posicionam-se no sentido de ser indevida a cobrança de Imposto de Renda sobre ganho de capital nas transferências imobiliárias à título gratuito, por considerarem que o fato gerador diz respeito tão somente ao ITCMD.

Ainda, há outros argumentos que fundamentam os posicionamentos contrários à exigência de Imposto de Renda sobre a diferença positiva entre o valor de aquisição e o valor de mercado considerado na transferência dos bens à título gratuito, que são os seguintes:

- A afronta ao princípio da capacidade contributiva em decorrência da dupla exação sobre o mesmo fato gerador, a transferência imobiliária gratuita (art. 145, § 1º da CF/88);

- A ofensa ao princípio da legalidade estrita, em que apenas Lei Complementar poderá estabelecer normas gerais em matérias tributárias, mormente sobre a definição de fatos geradores, bases de cálculos, contribuintes e obrigação tributária, referente aos impostos previstos na própria Constituição Federal (art. 146, inciso III, alíneas “a” e “b” da CF/88); e

- A existência de conflito normativo entre o art. 23, caput e parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 9.532/97 que prevê o hipotético ganho patrimonial para o espólio e para o doador, no caso de transferência do bem por valor de mercado, enquanto o art. 22, inciso III da Lei nº 7.713/88, preceitua que tanto as transferências *causa mortis*, como as doações em adiantamento da legítima deverão ser excluídas da determinação do ganho de capital.

Deve ser mencionado, que embora haja várias decisões reconhecendo a inconstitucionalidade da cobrança de Imposto de Renda sobre o ganho de capital considerado nas transferências decorrentes sucessão hereditária ou doações em adiantamento da herança, no Supremo Tribunal Federal encontram-se pendentes de julgamento os Recursos Extraordinários nº 943075/MG Processo na origem nº 00162340720014013800, e nº 631582/PR processo de origem nº 2004.70.01.005114-0 que tratam sobre o tema.

Além disso, podem ser citadas decisões favoráveis aos contribuintes, como nos acórdãos nos precedentes REsp 829.932/RS, REsp 805.806/RJ, TRF-1 - AMS: 162340720014013800 MG; TRF-4 - ARGINC: 5114 PR 2004.70.01.005114-0.

Diante desse quadro, entende-se que são boas e reais chances de reconhecimento de inconstitucionalidade da exação em comento, em que apenas haverá guarida na exigência de Imposto de Renda sobre o ganho de capital por valorização imobiliária, quando em operação posterior houver alienação onerosa do bem transferido à título gratuito aos herdeiros e donatários.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal definiu expressamente a competência para tributar de cada ente da federação, e previu que os impostos a serem criados pela União não poderão ter o mesmo fato gerador e ou a mesma base de cálculo dos demais impostos já discriminados no texto constitucional.

Em sendo assim, deve ser observado, que sobre a mesma situação fática desencadeadora da incidência do ITCMD não poderá haver incidência concomitante de imposto de outro ente federado, como no caso, a exigência do Imposto de Renda sobre a valorização imobiliária, cujo valor de mercado tem sido o valor pelo qual os bens imobiliários são transferidos à título gratuito nas sucessões hereditárias e nas doações em adiantamento da legítima.

Com isso, vale dizer, que ocorrendo a situação fática sobre a qual incide o ITCMD, não pode o mesmo fato gerador ser objetivo de outro imposto como intentado pela União Federal.

Nesse caminho, nos termos suprarreferidos, em contraposição à exigência tributária perpetrada pela União Federal, tem se levantado a discussão teórica e judicial acerca da inconstitucionalidade do art. 23 da Lei nº 9.532/1997, que teria invadido a competência tributária dos Estados, vez que estaria tributando fator gerador do ITCMD, cuja base de cálculo, sendo que o valor de mercado auferido em avaliação, por determinação legal, abrange próprio ganho de capital, afrontando-se, por conseguinte, o art. 154, inciso I, da CF/88 que determina que impostos a serem criados pela União não poderão ter o mesmo fato gerador ou a mesma base de cálculo dos demais impostos já discriminados no texto constitucional.

Além do mais, ainda se questiona que a exigência de Imposto de Renda sobre ganho de capital para as transferências a título gratuito afronta o princípio da capacidade contributiva, em decorrência da dupla exação sobre o mesmo fato gerador; fere o princípio da legalidade estrita, em que apenas a Lei Complementar poderá estabelecer normas gerais em matérias tributárias, especialmente no que se refere à definição de fatos geradores, bases de cálculos, contribuintes e obrigação tributária, referente aos impostos previstos na própria Constituição Federal.

De igual modo, também há o conflito normativo entre o art. 23, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.532/97 que prevê o hipotético ganho patrimonial para o espólio e para o doador, no caso de transferência do bem por valor de mercado, enquanto

o art. 22, inciso III da Lei nº 7.713/88, preceitua que tanto as transferências *causa mortis*, como as doações em adiantamento da legítima deverão ser excluídas da determinação do ganho de capital.

Portanto, os contribuintes que se encontrarem na situação de transferência gratuita de bem imobiliário pelo valor de mercado (o mais indicado para se reduzir o ganho de capital na eventual futura alienação), deverão procurar um advogado especializado para que possa ingressar com medida judicial a fim garantir seus direitos. **C**

NOTAS

- 1 Embora o valor venal para alguns possa ser considerado o valor que o bem possa ser vendido, acaba por em certa medida ser a média do valor de avaliação de mercado. Assim, conforme HARADA, o valor venal é o “preço que seria alcançado em uma operação de compra e venda à vista, em condições normais do mercado imobiliário, admitindo-se a diferença de até 10% para mais ou para menos pode o valor venal” (HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro-tributário, 17. ed., Atlas, 2008, p. 423).
- 2 A disponibilidade econômica se refere a incorporação de rendas ou proventos ao patrimônio de dada pessoa, tendo como resultando um crescimento econômico, mesmo que não exista liquidez imediata, como ocorre com a disponibilidade financeira de uma renda, que significa que o seu detentor tem imediata disponibilidade (dinheiro). Por sua vez, a disponibilidade jurídica, é um direito que ainda será materializado (um crédito, que correspondente à titularidade jurídica de renda ou dos proventos que aumentam o seu patrimônio), o que vale dizer, ainda não implica imediata disponibilidade em favor do credor.
- 3 A denominada bitributação designa a tributação instituída por dois ou mais entes tributários sobre o mesmo fato gerador, como no exemplo, em que tanto a lei de um Estado, quanto a lei de um ou mais municípios consideram como fato gerador um mesmo serviço que será desencadeador da obrigação tributária, instituída em cada ente federado. Como resultado, o mesmo fato gerador seria desencadeador do dever de pagar o imposto estadual sobre a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte Interestadual e Intermunicipal e de comunicações (ICMS), bem como do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza elencados na Lei Complementar nº 116/2003. Por sua vez, o *bis in idem* se diferencia da bitributação em função de a existência da dupla tributação ser instituída pelo mesmo ente político sobre o mesmo fato gerador, como ocorre na tributação da renda e da contribuição social que possuem a mesma base de cálculo. Ainda, “a Constituição Federal vedou expressamente a bitributação e o *bis in idem* relativamente aos impostos, ao estabelecer as competências tributárias privativas em favor de cada ente político e determinar que o eventual exercício da competência residual da União se desse sobre fato gerador e base de cálculo distintos dos atinentes às bases econômicas já previstas no texto constitucional (art. 154, I) [...]”. (PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 93).
- 4 A legítima é a metade do patrimônio (herança) de seu titular reservado aos herdeiros necessários, em que a doação recebida pelos herdeiros, importa adiantamento da legítima, conforme previsto nos artigos 544 e 1.846, do Código Civil Brasileiro.
- 5 TORRES, Ricardo Lobo. A incidência do Imposto de Renda na Transferência do Direito de Propriedade. Revista Dialética de Direito Tributário nº 32, p.78/83; BALEIRO, Aliomar, Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO. Rio de Janeiro, Forense, 11. ed., 1999, p. 267; e COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Editora Forense. 7. ed. 2004, p. 550/551.



ARQUIVO PESSOAL

LEONARDO DIAS DA CUNHA é Mestre em Direito Tributário pela PUCMINAS, Especialista em Direito Tributário pela FGV. Advogado tributarista em Belo Horizonte, Minas Gerais, do consultivo e contencioso do Escritório Matheus Bonaccorsi advocacia e consultoria empresarial.



Inteligência do art. 173 § 4º da Constituição Federal

Hipótese de dominação de mercado e eliminação da concorrência no setor de transporte de valores, se instituições financeiras nele atuarem – Parecer

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS

“Se quaisquer das instituições financeiras pertencentes à Administração Pública realizar licitação pública para a contratação de serviços de transporte de valores, à evidência as vedações dos incisos II e III do art. 9º da Lei nº 8.666/91 restarão infringidas vez que estar-se-á diante de um processo da Administração Pública onde membros da mesma são participantes do certame, em plena dissonância com as regras que geram tal modalidade de contratação.”

CONSULTA

Consulta-nos, a ABTV – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE TRANSPORTES DE VALORES, pelo seu Diretor-Presidente, Dr. *Ruben Schechter*, sobre a seguinte situação jurídica:

“Ref.: Quesitos relacionados Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 6/2016 ao PLS 135/2010, que trata do Estatuto da Segurança Privada, e aspectos relacionados à concorrência desleal.

Honrados por poder dirigir-nos a V. Exa. para elucidação e obtenção e opinião jurídicas acerca de aspectos relacionados às atividades de segurança privada que são desenvolvidas por nossas associadas, vimos, pelo presente, formular os seguintes questionamentos:

– PROLEGÔMENOS

O presente questionamento dirige-se à análise de dois aspectos, relacionados ao Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 6/2016, e à atuação específica da empresa TBFORTE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA. que atua nesse segmento.

Da previsão contida no art. 20, § 3º, inciso I, do SCD nº 6/2016, que trata da instituição do Estatuto da Segurança Privada.

Encontra-se em tramitação perante o Senado Federal, o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 6/2016, que institui o Estatuto da Segurança Privada. O projeto foi submetido apenas à Comissão de Assuntos Sociais do Senado, que aprovou o requerimento de urgência votado em plenário. Com a aprovação do requerimento de urgência, o Projeto aguarda apenas votação em plenário, sendo que a análise de aspectos constitucionais será realizada no âmbito da própria votação plenária, com a presença de Senadores que integram a CCJ.

Referido projeto, que trata da nova regulamentação das empresas de segurança privada no país, prevê, em seu art. 20, § 3º, inciso I, e § 5º a seguinte disposição:

Art. 20.

§ 3º As instituições financeiras não poderão:

I – participar do capital das empresas especializadas em segurança privada;

.....

§ 5º As pessoas jurídicas referidas no § 3º deste artigo terão o prazo de dois anos para se adaptar ao disposto neste artigo.

Conforme justificativas apresentadas no âmbito da Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado, a previsão contida no mencionado dispositivo legal tem por objetivo restringir a participação de instituições financeiras no capital social de empresas de segurança privada (transporte de valores e vigilância patrimonial), como forma de assegurar a isonomia, higidez de mercado e condições igualitárias de concorrência entre as empresas desse segmento.

Isso porque, as Instituições financeiras são as grandes tomadoras dos serviços de segurança privada e ditam as regras do mercado em relação à distribuição desses serviços, em relação a todas as empresas que atuam nesse mercado. A partir do momento em que Instituições Financeiras se imiscuem no segmento de segurança privada (que não se relaciona com atividades financeiras) e criam uma empresa para prestar esses serviços e concorrer no mercado, privilegiam sua própria empresa em detrimento das demais, utilizando de seu poder econômico para asfixiar a concorrência.

Além disso, por serem tomadoras de serviços, as instituições financeiras têm acesso a dados e informações privilegiadas acerca da composição de preços e custos das demais

empresas de segurança privada (porquanto, na ocasião da formalização de cotações, exigem “planilhas abertas”, ou seja, discriminando pormenorizadamente linhas de custo e de margens de ganho), não existindo nenhum tipo de controle ou vedação a que essas informações sejam repassadas às suas empresas subsidiárias, que atuam no segmento de segurança privada, usando-as para causar uma competição de mercado desigual e não igualitária.

As instituições financeiras, contudo, alegam que a mencionada restrição seria inconstitucional, por violar o disposto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, que trata da livre concorrência, apoiados, inclusive, pelo parecer do Exmo. Sr. Dr. Carlos Ayres Brito.

De outro lado, a ABTV sustenta que a mencionada restrição de participação de instituições financeiras na composição societária de empresas de segurança privada é perfeitamente constitucional, porquanto tem como objetivo evitar que instituições financeiras usem de seu poder econômico (especialmente nesse mercado de segurança privada, onde são os principais tomadores de serviço), para eliminar a concorrência das demais empresas, o que é plenamente adequado à norma do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece a possibilidade de a lei coibir e evitar o abuso do poder econômico, que tenha como objetivo eliminar a concorrência.

A empresa TBFORTE – subsidiária da TECBAN – empresa de segurança privada que tem como sócios indiretos as principais instituições financeiras do País.

A TBForte Segurança e Transporte de Valores LTDA. (“TBForte”) empresa que atua na área de Prestação de Serviços de Vigilância e Transporte de Valores, tem como sócia majoritária (99,99%) a empresa TBNet Comércio, Locação e Administração LTDA. (“TBNet”).

Já a TBNET tem como sócia majoritária (99,99%) a empresa Tecnologia Bancária S.A. (“TecBan”).

A TECBAN, por sua vez, é empresa que se dedica à administração de caixas eletrônicos (ATM’s), detendo o monopólio absoluto desse mercado de serviços e possui, como acionistas, os principais bancos públicos e privados do País, a saber:

ACIONISTAS	QUANTIDADE DE AÇÕES	%
Grupo Itaú-Unibanco	935.995.448	24,93%
Grupo Bradesco	913.339.341	24,32%
Santander S. A. Serviços Técnicos, Adm. e de Corretagem de Seguros	743.944.251	19,81%
Grupo Banco do Brasil	470.158.950	12,52%
Caixa Participações S.A.	375.508.013	10,00%
Grupo Citibank	211.743.862	5,64%
Banorte S.A. – liquidação extrajudicial adminstrada pelo Banco Central do Brasil	104.390.211	2,78%
TOTAL	3.755.080.075	100,00%

Em resumo, a TBFORTE (empresa que atua na prestação de serviços de segurança privada) possui como sócios indiretos, os acionistas da TECBAN.

A TBForte tem 9 anos de existência e até 2015 era empresa exclusivamente orgânica, ou seja, prestava serviços apenas e exclusivamente para a TECBAN. Passou a realizar concorrência desleal no mercado após 2015, causando desequilíbrio, desemprego e práticas potencialmente vedadas pela legislação (potencial dumping).

Isso se verifica pelos balanços publicados pelo Grupo TECBAN (do qual a TBFORTE é parte integrante) e que revelam que essa empresa tem um prejuízo acumulado de mais R\$ 80 milhões, sem ter realizado um centavo sequer de investimentos:

Balço patrimonial	2016		2015	
	TBNet	TBForte	TBNet	TBForte
Ativo Circulante	1.117	19.211	796	4.317
Caixa e equivalentes de caixa	76	1.136	14	690
Contas a receber clientes	978	12.479	698	1.393
Despesas antecipadas	-	3.073	-	826
Outras contas a receber	63	2.523	84	1.406
Ativo não circulante	74.092	94.304	38.129	41.733
Despesas antecipadas	-	5.123	-	-
Investimentos	67.084	-	33.213	-
Imobilizado	6.386	87.920	4.828	41.703
Intangível	622	1.261	88	30
Total do ativo	75.209	113.515	38.925	46.050
Passivo circulante	2.156	33.553	1.677	6.978
Fornecedores	-	9.210	-	1.100
Obrigações sociais e trabalhistas	-	13.076	-	2.358
Empréstimos e financiamentos	-	114	-	114
Arrendamento mercantil	1.492	9.134	1.127	2.796
Outras contas a pagar	664	2.019	550	610
Passivo não circulante	1.489	12.878	1.548	5.859
Empréstimos e financiamentos	-	748	-	662
Arrendamento mercantil	1.489	12.130	1.548	4.997
Patrimônio líquido	71.564	67.084	35.700	33.213
Capital social	121.975	115.901	37.387	7.817
Arrendamento para futuro aumento de capital	27.910	26.235	24.896	49.724
Prejuízo acumulado	(78.321)	(76.052)	(26.583)	(24.328)
Total do passivo e patrimônio líquido	75.209	113.515	38.925	46.050

Ou seja, os preços praticados atualmente pela TBFORTE (como empresa subsidiária da TECBAN) não são suficientes para cobrir as suas despesas, tanto que a empresa operou com prejuízo acumulado, em 2015, em R\$ 24,328 milhões, e no ano de 2016, incrementou seu prejuízo em mais de cinquenta milhões, chegando a um prejuízo acumulado de R\$ 76,052 milhões. Tais montantes evidenciam a inviabilidade comercial do negócio, quando se observa que a empresa opera com um ativo circulante que não chega a R\$ 20 milhões.

Ainda assim, a TBFORTE está absorvendo praticamente todos os serviços de atendimento de caixas eletrônicos, tanto da TECBAN, quanto dos bancos que são seus sócios, nas capitais onde atua. Ressalte-se que a mencionada empresa concentra suas operações somente nas capitais dos Estados onde atua, que historicamente são localidades mais rentáveis, seja em razão de questões logísticas, seja em razão de aspectos relacionados à segurança pública, relegando os serviços de transporte de valores nos interiores, às demais empresas.

Pertinente destacar que a empresa TECBAN contrata serviços de outras empresas de transporte de valores, em localidades onde a TBFORTE (sua subsidiária) não desenvolve atividades.

– QUESITOS

Feitas essas considerações, passamos a formular os seguintes quesitos:

1) Considerando as características do mercado de segurança privada, e especialmente o fato de as instituições financeiras serem os principais tomadores desses serviços, a restrição à participação de instituições financeiras no capital social de empresas de segurança privada, prevista no art. 20, §3º do SCD 6/2016 é constitucional?

2) Caso a restrição prevista no art. 20, § 3º do SCD 6/2016 seja excluída do texto, há risco de eliminação da concorrência?

3) O art. 173, § 4º da Constituição Federal, que prevê a repressão, pela Lei, do abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados ou eliminação de concorrência, justifica a restrição estabelecida no art. 20, § 3º, do SCD 6/2016?

4) O princípio da livre iniciativa, estabelecido no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, é absoluto ou comporta restrições visando a repressão ao abuso do poder econômico?

5) As características da empresa TBFORTE e a verificação de que a empresa opera com prejuízos acumulados e ainda assim está angariando novos serviços e contratos, é indicativo de alguma prática considerada anticoncorrencial?

6) O fato de os serviços de transporte de valores contratados por instituições financeiras, serem repassados para a TBFORTE, nas localidades onde esta opera, sem qualquer tipo de cotação, concorrência ou tomada de preços (mesmo em âmbito privado), é indicativo de alguma prática prevista na lei, que coloca essa empresa em posição de extrema vantagem em relação às demais prestadoras desses serviços?

7) O fato de as instituições financeiras participarem do capital social e empresa de segurança privada que compete no mercado, sendo as instituições financeiras os principais tomadores desses serviços, pode ser considerado, sob o ponto de vista legal, como exercício de abuso do poder econômico visando a eliminação de concorrência?

8) Existe alguma restrição legal a que instituições financeiras, ou mesmo a TECBAN, como contratante dos serviços de segurança privada, compartilhem informações, dados, e planilhas de custos obtidas de outras empresas, com a TBFORTE?

9) O fato de a TECBAN, sendo uma empresa de serviços não-financeira, deter o monopólio absoluto dos serviços de administração de caixas eletrônicos, é indicativo de abuso de poder econômico, sob o ponto de vista da legislação anticoncorrencial?

10) Considerando o exposto no item I desta Consulta, bem como que funcionários de Instituições Financeiras Públicas (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) participam do conselho de administração da TECBAN, questiona-se se a TBFORTE pode participar de licitações públicas realizadas por essas instituições financeiras, diante da previsão do art. 9º, incisos II e III da Lei 8.666/91 (Lei de Licitações)?”

RESPOSTA

Algumas considerações preliminares fazem-se necessárias de natureza constitucional.

O primeiro subscritor deste parecer participou de Audiências Públicas, durante o processo Constituinte, entre as quais a da Subcomissão da Ordem Econômica presidida pelo constituinte Antonio Delfim Netto.

Característica maior do Título VII da Constituição e da 1ª Subcomissão da Ordem Econômica foi a de ter elaborado texto, em grande parte mantido no Plenário, nada obstante a formação do denominado grupo “Centrão” que contestou muitas das condições da Comissão de Sistematização, no qual a economia de mercado foi amplamente assegurada com a introdução, pela primeira vez, do princípio expresso da “livre concorrência” e do “planejamento econômico” estatal não ser obrigatório para o segmento privado da economia¹.

O art. 170, que estabeleceu os princípios essenciais da Ordem Econômica alicerçada nos dois fundamentos maiores para a economia (livre iniciativa e valorização do trabalho humano), princípios estes desenvolvidos nos nove incisos e acrescentado pelo livre exercício de qualquer atividade econômica, representou

considerável avanço quanto ao texto da EC nº 1/69 no desamarrar a economia de um excessivo intervencionismo governamental quase sempre ligado a uma visão subjetiva do governo sobre o que seria ou não de segurança nacional².

Tais princípios exteriorizados na dualidade de iniciativa econômica, ou seja, aquela em que as regras de direito privado sobreponham-se às de direito público como enunciados no art. 173 da CF e às de prestação de serviços públicos de conteúdo econômico em que as de direito público prevalecem sobre o direito privado em seu art. 175, conformaram um sistema de economia de escala em que a iniciativa privada e o poder público poderiam participar, sujeitos a um ou outro conjunto de normas dos dois regimes jurídicos³.

De rigor, a maior dimensão da Ordem Econômica, dá-se pelo regime do art. 173, visto que a grande maioria das atividades econômicas não está vinculada à obrigatoriedade de prestação de serviços públicos onde o Estado, pela Lei Suprema, só pode participar se houver interesse nacional relevante ou segurança nacional, nos termos do caput do art. 173.

Há, portanto, nítida opção do legislador maior pela economia de mercado e de escala, de resto, enunciada no “caput” do art. 174⁴.

Para que a economia de mercado, todavia, não apresente distorções houve por bem o constituinte colocar nas duas pontas da produção de bens e serviços e do consumo limites, a saber, a de combater o abuso de poder econômico, de um lado (art. 173, § 4º) na ponta da produção, e assegurar o direito do consumidor na ponta do consumo (art. 170 inciso V e 5º inc. XXXII)⁵.

Desta forma, as distorções de mercado, numa economia voltada à livre concorrência –como, de resto, a globalização da economia tem demonstrado— passou, na visão do constituinte a ter os dois principais instrumentos legais de correção de rumos, ou seja, quando da produção e quando do consumo.

Ora, para o início do processo produtivo, o § 4º do art. 173 ostenta a seguinte dicção:

“§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁶.

Três são as grandes chagas de uma liberdade excessiva na disputa de mercados, que geraram reação nos Estados Unidos, no século XIX e começos do XX com os “Sherman Antitrust and Clayton Acts”, no combate ao abuso do poder econômico⁷.

O domínio de mercados com eliminação da concorrência é, pois, vedado constitucionalmente para que a economia de escala funcione.

Ora, no momento em que o sistema financeiro que possui dinheiro dos outros à disposição, podendo utilizá-lo com mais facilidade que qualquer empresa que depende sempre de financiamentos administrados pelos próprios bancos e no momento em que decide ingressar no ramo de segurança, conhecendo os preços e as condições com que atuam seus fornecedores de serviços, que são as empresas de transporte de valores, podem, à evidência, não só dominar o mercado, como eliminar a concorrência, o que, de certa forma, já se vislumbra na atualidade. O prejuízo que a empresa criada pelos Bancos e dirigida por seus dirigentes de 80 milhões de reais nos últimos balanços, gera fundada suspeita de que pretende alijar todo o segmento não financeiro da atuação no setor, por “dumping”.

Pretender o sistema financeiro concorrer com o segmento de segurança, conhecendo seus preços e dispondo de dinheiro menos oneroso caracteriza, a nosso ver, hipótese de aplicação de abuso do poder econômico.

O que os vetores da ordem econômica consagrados nos princípios do art. 170 da Constituição Federal de 1988 objetivaram conformar foi um sistema mercadológico, onde todas as diretrizes estampadas em seu texto se amoldassem em harmonia normativa, vale dizer, sem gerar princípios conflitantes. Por esta razão devem ser interpretados, à luz da hermenêutica, pelo prisma da razoabilidade e da proporcionalidade.

Só assim a livre iniciativa pode ser analisada sob o manto da livre concorrência, com os balizamentos retro apresentados, caso contrário haveria uma anulação de princípios fundamentais, tornando ineficaz a intenção do constituinte⁸.

O mesmo se diga em relação ao direito de propriedade e sua função social, à busca do pleno emprego nas iniciativas econômicas, a garantia dos direitos do consumidor no ciclo produtivo, a economia como instrumento de redução de desigualdades sociais e todos os direitos consequenciais destes cânones maiores do Texto Magno, que necessitam ser estudados nesta linha integrativa de princípios.

Por fim, vale apenas ressaltar, que toda a ordem econômica deve estar inserida neste quadro principiológico e envolta tanto nos fundamentos maiores quanto nos valores finalísticos elegidos pelo constituinte de forma explícita no “caput” do art. 170 e no seu parágrafo único, que repetimos:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (grifos nossos)⁹.

Isto posto, passamos a responder os quesitos formulados:

1) Considerando as características do mercado de segurança privada, e especialmente o fato de as instituições financeiras serem os principais tomadores desses serviços, a restrição à participação de instituições financeiras no capital social de empresas de segurança privada, prevista no art. 20, § 3º do SCD 6/2016 é constitucional?

Reiteraremos considerações para responder esta primeira questão.

Tendo em vista os ditames constitucionais e legais que regem a ordem econômica, mister se faz analisar as particularidades de cada mercado “stricto sensu”, a fim de se verificar a adequação dos mesmos ao ordenamento jurídico vigente.

Neste sentido verificamos que o mercado objeto de análise neste parecer constitui-se basicamente de dois grandes grupos de agentes, quais sejam: as empresas que ofertam a prestação dos serviços de transportes de valores e vigilância patrimonial (empresas de transporte de valores) e na outra ponta as instituições financeiras como tomadores dos serviços oferecidos pelas primeiras.

Analisando o mercado em si, é tarefa indispensável para o intérprete verificar duas condições essenciais: a existência da livre concorrência e da livre iniciativa. Isto porque, foi opção do constituinte, conforme já abordado, a adoção de uma

ordem econômica baseada na economia de mercado e escala, colocando a livre concorrência como um dos princípios norteadores e a livre iniciativa como um de seus fundamentos (artigo 170, IV e 170, caput, respectivamente), visto que sem a presença destes vetores não há como se falar em mercado. São, pois, condições de existência deste.

O Poder econômico deve estar, todavia, sujeito ao controle estatal, sempre que houver distorções, sob pena de os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa restarem inócuos. Se o poder econômico não conhecer regras de livre fluência definidas pelo Estado, a própria economia de mercado corre sério risco de perder suas características essenciais, desvirtuando-se todos os comandos maiores aprovados pelo Constituinte.

O princípio da livre concorrência, em plena consonância com o princípio da livre iniciativa, garante aos agentes econômicos a atuação de forma descentralizada, vale dizer, cada qual gerenciando sua atividade comercial de forma isolada e/ou de forma coordenada com os demais. Isto confere o caráter de liberdade na alocação de recursos, administração de custos, precificação, buscando-se a melhor maneira de se organizar e estruturar seus recursos como um todo. Neste cenário de auto-organização os agentes econômicos disputam entre si a melhor forma de ofertar seus bens e serviços no mercado¹⁰.

Percebe-se, pois, que a opção constitucional pela economia de mercado e de escala trouxe como corolário a adoção simultânea dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. A livre-iniciativa, insculpida no art. 170, parágrafo único da CF garante a todos lançarem-se no mercado, tornarem-se agentes econômicos no desempenho de qualquer atividade.

Eis a dicção do comando normativo, que repetimos:

“Art. 170. (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Importante frisar que, do comando constitucional, o exercício da atividade econômica sem necessidade de autorização dos órgãos públicos é a regra, sendo a previsibilidade de autorização a exceção aplicável apenas nos casos em que o próprio modelo constitucional para a ordem econômica exige-o, sujeito a plena razoabilidade, a fim de que o poder público não venha a suprimir o princípio maior da livre concorrência, como tantas vezes o Supremo Tribunal Federal já se manifestou ora em controle difuso, ora em concentrado, e até pela via da repercussão geral e súmula vinculante.¹¹

A função maior do princípio da livre concorrência está, pois, em dar espaço e assegurar a disputa entre os agentes econômicos dentro do mercado.

Como já salientado acima, esta proteção da concorrência só terá efeito prático sob o amparo de duas condicionantes:

No impedimento por parte do Estado, através de normas, daquelas condutas que, maculando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, agridem o ordenamento jurídico;

Na vedação a que os agentes econômicos pratiquem atos que desvirtuem a natureza e/ou características essenciais do mercado, tais como:

– celebração de acordos entre si que contenham características anticompetitivas (ex. Cartéis);

– práticas abusivas de agentes que detêm alto poder econômico

– atos de concentração econômica, seja pela junção (fusão) de empresas, criação de novos agentes sob o controle de agentes já existentes, em outras estruturas criadas e que terminam por quebrar o vetor da isonomia, e a descentralização mercadológica.

É por este prisma que o princípio da livre-concorrência mostra-se com dupla carga axiológica normativa: garantia e diretriz.

Como garantia, assegura aos agentes o bom funcionamento do mercado delimitando a atuação do Estado neste, vale dizer, impondo limites às restrições proferidas pelo Poder público à iniciativa privada, evitando assim que normas desfuncionais e desarrazoadas atravanquem e até desvirtuem o valor maior de preservação da concorrência.

Como diretriz, o princípio em tela tem por corolário o dever outorgado ao Estado de ser seu “guardião”, e para protegê-lo, emanar um conjunto de normas que proíbam os agentes econômicos de práticas que restrinjam, impeçam e maculem o mercado concorrencial. A diretriz reveste-se de tamanha importância que o Constituinte fez questão de expressá-la no Texto Supremo, precisamente no art. 173, § 4º, que repetimos:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

E visando atender ao mandamento constitucional supra, foram editadas as Leis de nº 8.137/90¹² e 12.529/2011¹³.

Ora, é exatamente em face deste arcabouço constitucional e legal, que rege a matéria, que devem ser respondidos os quesitos formulados pela Consulente.

Ora, o art. 20, § 3º, inciso I do Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 6/2016 tem a seguinte dicção:

“Art. 20.

§ 3º As instituições financeiras não poderão:

I – participar do capital das empresas especializadas em segurança privada;

De início, uma breve consideração preliminar. Já o escritório dos dois subscritores deste parecer, repetidas vezes, atuou em defesa da importância do sistema financeiro numa economia de mercado.

É de se lembrar o parecer que o primeiro subscritor ofereceu à CONSIF em 1988, tão logo promulgada a Constituição e que foi quase que inteiramente transcrito pelo relator da ADI 4/88, Ministro Sydney Sanches, demonstrando a impossibilidade material de se tabelarem os juros em 12% como constava do § 3º do art. 192¹⁴.

Da mesma forma quando sustentou oralmente perante a Suprema Corte em outra ADI patrocinada por seu escritório e os de Arnaldo Wald e Saulo Ramos –à

época era seu sócio o Ministro aposentado e ex-juiz da Corte de Haia, Francisco Rezek-- de que o sistema financeiro tem regras definidas pelo Banco Central e não pelo Código do Consumidor.

Não se põe em questão, a importância do sistema financeiro neste parecer, mas apenas em face de sua predominância na economia de escala e fornecer os instrumentos fundamentais para que funcione (moeda e crédito), não podem --até por esta especial posição de superioridade-- invadir outras áreas.

Não sem razão, o constituinte no Título VII separou o sistema financeiro (artigo 192) das demais atividades econômicas.

Assim examinaremos esta questão à luz exclusivamente, não da importância do sistema financeiro, mas de sua posição de preponderância e domínio de mercados, por fornecer à economia em geral seu combustível maior que é moeda e crédito. Pelo dispositivo é vedada às instituições financeiras explorarem as atividades de segurança privada através da participação de capital em empresas especializadas do segmento.

A nosso ver o comando normativo não só não fere a Constituição, mas com a mesma, guarda perfeita harmonia e reforça a proteção do princípio da livre concorrência em sua vertente de diretriz, conforme visto acima, vale dizer, dever do Estado em garantir a livre iniciativa e a harmonia do mercado concorrencial editando regras a fim de evitar e reprimir atitudes de agentes econômicos que possam colocar em risco o valor maior erigido pelo Constituinte no art. 170, IV.

O art. 20, § 3º, I do SCD 06/2016 não só se reveste de constitucionalidade como é consequência natural da aplicação do art. 173, § 4º da Magna Carta, vez que determina este o Poder-dever do Estado de conter anomalias mercadológicas ao dispor que “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Ao nosso ver a norma afigura-se constitucional uma vez que o dever de o Estado em coibir práticas anticoncorrenciais através da edição de normas deve passar pelo crivo da razoabilidade destas últimas a fim de que o sistema infraconstitucional esteja em harmonia com o Texto Supremo.

E no caso em análise, a nosso ver, a norma preenche não só o dever de proteger a concorrência, como também, é cristalinamente dotada de razoabilidade já que, em um mercado onde a demanda é exercida pelas instituições financeiras e a oferta pelas empresas prestadoras de serviços de transporte de valores, permitir que os detentores da demanda assumam, também, a posição de detentoras da oferta, colocaria o mercado em explícito desequilíbrio vez que as instituições financeiras estariam nas duas pontas de uma relação que deve ser concorrencial, vale dizer, seriam proprietárias da “oferta e da procura”, colocando os demais agentes econômicos prestadores de serviço em nítida desvantagem competitiva¹⁵.

A atuação de instituições financeiras no mercado de transporte de valores alteraria de plano a possibilidade do mesmo existir em condições de normalidade, atendendo aos princípios e fundamentos constitucionais que regem a ordem econômica pois estariam, à evidência, em nítida, desproporcional e desarrazoada posição de hegemonia perante os demais concorrentes, trazendo grandes riscos à continuidade da atividade mercantil das prestadoras de serviço, podendo obstaculizar a entrada de novos agentes no mercado, desfuncionalizar o processo de precificações do setor entre outros danos à economia de mercado que a Carta Magna buscou proteger. Isto porque sendo as instituições financeiras os agentes

detentores do maior poder econômico em qualquer mercado, leva-as à aniquilação da concorrência no caso, podendo trabalhar com preços extremamente menores que os demais prestadores, suportar prejuízos, bem como, no mercado de transporte de valores, ditarem todas as regras de seu funcionamento, configurando-se tal situação em nítido abuso de poder econômico¹⁶. Haveria, portanto, o risco de uma sensível redução para todos os setores da segurança de empresas especializadas, muitas delas tirando do setor de transporte de valores os recursos maiores para manutenção de outros sistemas de segurança necessários, mas nitidamente menos rentáveis.

Saliente-se que, práticas de abuso de poder econômico e/ou posição dominante, podem se caracterizar de diversas formas. No caso em análise, não se faz necessária a atuação direta de uma instituição financeira através da atividade de transporte de valores. As práticas anticoncorrenciais podem se revestir de forma indireta, por meio de subsidiárias, controladas, empresas nas quais a tomada de decisão e o gerenciamento competem às decisões das instituições financeiras, como se dá na presente. Instituições financeiras unem-se para criação de uma cadeia de empresas dentre elas uma de transporte de valores. Ainda que de forma indireta, nítida continua a posição dominante e o abuso desta, nos termos descritos pela Consulente:

“A TBForte Segurança e Transporte de Valores LTDA. (“TBForte”) empresa que atua na área de Prestação de Serviços de Vigilância e Transporte de Valores, tem como sócia majoritária (99,99%) a empresa TBNet Comércio, Locação e Administração LTDA. (“TBNet”).

Já a TBNET tem como sócia majoritária (99,99%) a empresa Tecnologia Bancária S.A. (“TecBan”).

A TECBAN, por sua vez, é empresa que se dedica à administração de caixas eletrônicos (ATM’s), detendo o monopólio absoluto desse mercado de serviços e possui, como acionistas, os principais bancos públicos e privados do País, a saber:

ACIONISTAS	QUANTIDADE DE AÇÕES	%
Grupo Itaú-Unibanco	935.995.448	24,93%
Grupo Bradesco	913.339.341	24,32%
Santander S. A. Serviços Técnicos, Adm. e de Corretagem de Seguros	743.944.251	19,81%
Grupo Banco do Brasil	470.158.950	12,52%
Caixa Participações S.A.	375.508.013	10,00%
Grupo Citibank	211.743.862	5,64%
Banorte S.A. – liquidação extrajudicial administrada pelo Banco Central do Brasil	104.390.211	2,78%
TOTAL	3.755.080.075	100,00%

Em resumo, a TBFORTE (empresa que atua na prestação de serviços de segurança privada) possui como sócios indiretos, os acionistas da TECBAN.” (grifos nossos).

Ainda nos termos a nós ofertados pela Consulente, a TBFORTE passou a ingressar no mercado não orgânico a partir de 2015 causando desequilíbrio aos demais concorrentes, desemprego e potencial “dumping” que pode ser verificado pelos balanços 2015/2016 do Grupo TECBAN (onde TBFORTE é parte integrante) visto que:

(a) A empresa revelou um prejuízo acumulado na órbita de R\$ 80 milhões;

(b) Não dispendeu nenhum valor a título de investimento;

(c) Constatação patrimonial de que preços praticados pela TBFORTE (subsidiária TECBAN) não são suficientes para cobrir suas despesas.

(d) Operação da empresa com ativo circulante menor do que R\$ 20.000,00, o que demonstra, pela análise do balanço patrimonial que a atividade mercantil da TBFORTE é inviável do ponto de vista econômico.

(e) mesmo sendo inviável comercialmente o negócio, a Consulente nos relata que “ainda assim, a TBFORTE está absorvendo praticamente todos os serviços de atendimento de caixas eletrônicos, tanto da TECBAN, quanto dos bancos que são seus sócios, nas capitais onde atua.

(f) A TBFORTE concentra atividades somente nas capitais dos Estados onde atua, que historicamente são mais rentáveis, “seja em razão de questões logísticas, seja em razão de aspectos relacionados à segurança pública”. Os demais locais são “deixados” para o exercício das outras agentes do mercado de transporte de valores, envolvendo mais custos e menor rentabilidade, afigurando-se, assim, plena dominação de mercado por obstaculizar o exercício da livre iniciativa e colocando as demais empresas em situação não isonômica em relação ao mercado concorrencial por ato unilateral veiculado pelo binômio empresa tomadora de serviços e sua subsidiária transportadora de valores.

(g) Mesmo com prejuízos acumulados na ordem de R\$ 80 milhões, investimento nulo e ativo circulante menor do que 20 milhões, que analisado dentro do balanço da empresa demonstra a inviabilidade negocial, a TBFORTE está absorvendo praticamente todos os serviços de atendimento de caixas eletrônicos, tanto da TECBAN, quanto dos bancos que são seus sócios, nas capitais onde atua.

(h) A empresa TECBAN contrata serviços de outras empresas de transporte de valores, em localidades onde a TBFORTE (sua subsidiária) não desenvolve atividades, demonstrando assim que o exercício do mercadológico em sistemática concorrencial, ou seja, a contratação de serviços de empresas de transporte de valores existentes no mercado é relegado apenas para as regiões onde a empresa pertencente ao grupo societário da tomadora de serviços não participa do mercado. Em outras palavras, só há possibilidade de concorrência fora da região de atuação da empresa transportadora de valores ligada às instituições financeiras, em flagrante ofensa aos fundamentos, princípios e normas constitucionais e legais protetoras da ordem econômica, mais especificamente da livre iniciativa, concorrência e da economia de mercado e escala. E nestas regiões as empresas vinculadas correm um risco maior no atendimento e, por serem regiões mais afastadas, o resultado é bem menor.

Por todo o exposto, entendemos que dada as peculiaridades do mercado de segurança privada, entendemos que o art. 20, § 3º do SCD 06/2016 que veda a participação societária de instituições financeiras no capital de empresas de segurança privada está em plena harmonia com os ditames Constitucionais, que regem a Ordem Econômica, assim como reforça um de seus principais pilares que é a garantia da defesa da livre concorrência.

2) Caso a restrição prevista no art. 20, § 3º do SCD 6/2016 seja excluída do texto, há risco de eliminação da concorrência?

SIM, pela resposta ao quesito nº 01, bem como pelos argumentos expostos no corpo do parecer. Vale frisar que o art. 20, § 3º do SCD 6/2016 é decorrência natural do poder/dever do Estado em defender a concorrência, nos termos expressos do art. 173, § 4º da Constituição Federal.

3) O art. 174, §3º da Constituição Federal, que prevê a repressão, pela Lei, do abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados ou eliminação de concorrência, justifica a restrição estabelecida no art. 20, § 3º, do SCD 6/2016?

SIM, pela resposta aos quesitos nº 02 e 01 e pelos argumentos expostos no corpo do parecer.

4) O princípio da livre iniciativa, estabelecido no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, é absoluto ou comporta restrições visando a repressão ao abuso do poder econômico?

Conforme exposto em toda linha de raciocínio do parecer o princípio da livre iniciativa estabelecido no art. 170, inciso IV, não pode ser interpretado de forma absoluta mas em consonância com os demais princípios, fundamentos, normas e regras constitucionais que o Constituinte elegeu para a harmonia da Ordem Econômica. Caso contrário, teríamos um liberalismo sem fronteiras e sem limites, que foi sopesado, após os escritos de Adam Smith por inúmeros autores no Século XIX e XX para o equilíbrio da valorização do trabalho e livre iniciativa plasmado na Lei Suprema. Neste sentido, o princípio da livre iniciativa está umbilicalmente ligado ao princípio da livre concorrência devendo ambos atender às restrições e limites impostos pelo Constituinte para o bom funcionamento da economia de mercado e escala, tendo sido este o modelo econômico que se depreende da leitura do Texto Maior. Qualquer exercício desmedido da livre iniciativa, que fuja destes balizamentos maculará necessariamente o ordenamento jurídico em vigor.

5) As características da empresa TBFORTE e a verificação de que a empresa opera com prejuízos acumulados e ainda assim está angariando novos serviços e contratos, é indicativo de alguma prática considerada anticoncorrencial?

SIM, pela resposta ao quesito nº 01, bem como pelos argumentos expostos no corpo do parecer. O § 4º do art. 173 da Constituição Federal resta maculado.

6) O fato de os serviços de transporte de valores contratados por instituições financeiras serem repassados para a TBFORTE, nas localidades onde esta opera, sem qualquer tipo de cotação, concorrência ou tomada de preços (mesmo em âmbito privado), é indicativo de alguma prática prevista na lei, que coloca essa empresa em posição de extrema vantagem em relação às demais prestadoras desses serviços?

SIM. Tanto a resposta ao quesito nº 01 quanto os argumentos explicitados neste parecer demonstram, pelos elementos que nos foram oferecidos pela Consultante, que a empresa exerce suas atividades de forma anticoncorrencial, com práticas em desacordo com a legislação que rege a matéria, mais especificamente as Leis nº 12.529/2011, 8.884/94 e 8.137/90, e, por consequência, passíveis de sanção.

7) O fato de as instituições financeiras participarem do capital social e empresa de segurança privada que compete no mercado, sendo as instituições financeiras os principais tomadores desses serviços, pode ser considerado, sob o ponto de vista legal, como exercício de abuso do poder econômico visando a eliminação de concorrência?

SIM, pela resposta aos quesitos nº 02 e 01 e pelos argumentos expostos no corpo do parecer.

8) Existe alguma restrição legal a que instituições financeiras, ou mesmo a TECBAN, como contratante dos serviços de segurança privada, compartilhem informações, dados, e planilhas de custos obtidas de outras empresas, com a TBFORTE?

SIM. Se a empresa prestadora de serviços de transporte de valores TBFORTE, subsidiária das instituições financeiras, e que atua em regime de concorrência com as demais empresas do setor tem acesso, através de suas controladoras (instituições financeiras), a dados e informações acerca de custos e preços das

demais empresas com as quais compete, pois conforme acima relatado pela Consultante as instituições financeiras “na ocasião da formalização de cotações, exigem “planilhas abertas”, ou seja, discriminando pormenorizadamente linhas de custo e de margens de ganho”, nitidamente se apropria de informação privilegiada de mercado, colocando as demais empresas do setor em total desfavorecimento, criando-se um mercado fora dos padrões concorrenciais e praticando, desta forma, infrações contra a ordem econômica, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/2011¹⁷⁻¹⁸.

9) O fato de a TECBAN, sendo uma empresa de serviços não-financeira, deter o monopólio absoluto dos serviços de administração de caixas eletrônicos, é indicativo de abuso de poder econômico, sob o ponto de vista da legislação anticoncorrencial?

SIM. Pelo exposto na questão 01 e no corpo do parecer, a estrutura criada entre a TBFORTE – TBNET – TECBAN – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS desvirtua sensivelmente não só a atividade de transporte de valores, mas também as variantes e mercados subjacentes a este. Ora, no momento em que instituições financeiras passam a deter posição de domínio no mercado de transporte de valores e considerando o fato que empresa criada pelas mesmas (TECBAN) passa a deter o monopólio da administração de caixas eletrônicos, a conclusão que se chega é que a empresa só alcançou referido monopólio através de práticas eivadas de abuso de seu poder econômico, dada a estruturação societária do grupo.

10) Considerando o exposto no tem I desta Consulta, bem como que funcionários de Instituições Financeiras Públicas (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) participam do conselho de administração da TECBAN, questiona-se se a TBFORTE pode participar de licitações públicas realizadas por essas instituições financeiras, diante da previsão do art. 9º, incisos II e III da Lei 8.666/91 (Lei de Licitações)?

Eis a dicção normativa do art. 9º, II e III da Lei nº 8.666/91:

“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – (...)

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação”.

Cuida o artigo dos impedimentos de participação em licitações públicas visando preservar os princípios da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública insculpidos no “caput” do art. 37 da CF¹⁹.

A nosso ver, é claro o impedimento da TBFORTE na participação de licitações, vez que a empresa é controlada pela TECBAN e esta, em seu conselho de administração, possui membros de duas instituições financeiras pertencentes à Administração Pública indireta, uma empresa pública (Caixa Participações S.A.) e de uma sociedade de economia mista (Grupo Banco do Brasil).

Ora, se quaisquer das instituições financeiras pertencentes à Administração Pública realizar licitação pública para a contratação de serviços de transporte de valores, à evidência as vedações dos incisos II e III do art. 9º da Lei nº 8.666/91

restarão infringidas vez que estar-se-á diante de um processo da Administração Pública onde membros da mesma são participantes do certame, em plena dissonância com as regras que geram tal modalidade de contratação.

S.M.J.

São Paulo, 02 de Março de 2018.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS
P2018-004 ABTV ASSOC BRAS DE EMPRS. DE TRANSP.
DE VALORES – PROTEGE – IVES E ROGERIO

NOTAS

- 1 Miguel Reale ensina: “Devemos, pois, concluir que, segundo a Carta de 1988, não é o Estado que, mesmo por lei, determina o que os agentes econômicos privados devem normalmente fazer, porquanto somente lhe cabe, sempre mediante prévia autorização legislativa: a) explorar diretamente a atividade econômica, tão-somente “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, caput); b) reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º); c) estabelecer a responsabilidade das empresas e de seus dirigentes nos atos praticados contra a economia popular (art.173, § 5º); d) atuar como “agente normativo e regulador da atividade econômica” exercendo, “na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”(art. 174); e) estabelecer “as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento (sic) equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (art. 174, § 1º).
À vista de tais imperativos, não vejo como se possa asseverar que o Estado ainda continua com a função ampla e normal de dirigir a economia nacional, e, ainda mais, com o poder ilimitado de congelar e fixar preços, como se ainda vivêssemos sob o domínio da Carta de 1969” (Aplicações da Constituição de 1988, ob. cit., p.16).
- 2 É ainda Miguel Reale que ensina: “Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.
Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o “princípio econômico” segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Acorde com essas diretrizes básicas, é dito no art. 173, que “a exploração direta de atividade econômica pelo estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Há nessa disposição dois valores a destacar, a saber: o caráter excepcional da exploração econômica pelo Estado, e a exigência prévia de lei que a autorize, definindo os fins visados” (Aplicações da Constituição de 1988, Forense, 1990, p.14).
- 3 Estão os artigos 170, 173 e 175 da CF assim redigidos:
“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I – soberania nacional;
II – propriedade privada;
III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”;

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”;

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

4 Está o “caput” do art. 174 da CF assim disposto:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

.....”.

5 O art. 5º inciso XXXII da CF tem a seguinte dicção:

“XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; ...”.

- 6 Diogo de Figueiredo Moreira Neto escreve: “c) Institutos de Intervenção Sancionatória: São em número de cinco, sendo três deles voltados à execução da política urbana, para o combate à especulação imobiliária, todos dependentes de leis infraconstitucionais.
Art. 173, § 4º Repressão ao abuso do poder econômico, visando à dominação dos mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Sua aplicabilidade depende de lei. Hoje, aliás, existente e satisfatória, de vez que a modalidade já estava prevista no art. 160, V, da antiga Carta, embora criticável localização, como se fora um “princípio” da ordem econômica e social.
Art. 173, § 5º Responsabilidade da empresa por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Naturalmente, a ser definida em lei para ser aplicável. Inovação constitucional de questionável valia, uma vez que são os seus dirigentes, em última análise, os responsáveis por aqueles atos” (Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988, ed. APEC, 1989, p.73).
- 7 Áttila de Souza Leão Andrade Jr ensina: “A Sherman Act é lei extremamente parcimoniosa em palavras (o que é próprio do espírito anglo-saxônico) mas conceitualmente vaga e imprecisa (o que não é próprio do espírito anglo-saxônico). Estabelece o art. 1º da Lei Sherman que: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court” (Caderno de Direito Econômico nº 3, Ed. CEEU/ COAD, p.23).
- 8 Celso Bastos e o primeiro subscritor na apresentação dos 15 volumes de seus “Comentários à Constituição do Brasil”, editados pela Saraiva, escreveram sobre a intenção do constituinte o seguinte: “Conscientes de que a realidade fenomênica constitucional difere, nas técnicas exegéticas, das demais realidades dela decorrentes, entendemos necessária uma amplitude maior em seu exame, uma vez que sua conformação jurídica surge pela apreensão de todos os elementos sociais que pertinem às demais ciências relacionadas ao homem vivendo em sociedade, sendo, pois, o perfil técnico o último estágio desta interação de realidades não jurídicas e o primeiro estágio de toda a realidade mandamental que dela decorrerá.
Não se pode estudar o direito constitucional sem que se estude filosofia, política, economia, sociologia, história, geografia, estudos antecipatórios, psicologia e outras ciências correlatas, visto que todas elas esculpem seu desenho final no texto que ordenará a vida de determinado povo, com território e poder soberano para conduzi-lo” (Comentários à Constituição do Brasil, 1º volume, Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2001, p. VII).
- 9 Celso Bastos assim comenta o dispositivo: “É evidente, no entanto, que ela quis enunciar que também à lei é dado criar restrições, visto que a tanto equivale a dizer que depende de autorização. Mas aqui não de ser respeitados os limites impostos pela Constituição ao Estado no campo econômico (arts. 173 e 174). Não é lícito à lei fazer depender de autorização de órgãos públicos atividades não sujeitas à exploração pelo Estado nem a uma especial regulação por parte do poder de polícia. É aceitável, pois, que dependam de autorização certas atividades sobre as quais o Estado tenha necessidade de exercer uma tutela, quanto ao seu desempenho no atinente à segurança, à salubridade pública etc. Traduzir-se-á em inconstitucionalidade se a lei extravasar estes limites e passar, ao seu talento, a fazer depender de autorização legislativa as mais diversas atividades econômicas. Isto equivaleria sem dúvida a uma manifesta negação do princípio da livre iniciativa inserido na cabeça desse artigo” (Comentários à Constituição do Brasil, 7º volume, Saraiva, 1990, p.39).
- 10 “Para melhor entender o conteúdo desses princípios, é importante destacar uma premissa fundamental da ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1988, qual seja, a de que uma economia de mercado, com decisões descentralizadas pelos agentes econômicos, é a forma escolhida para a organização da economia brasileira, e de que ela só pode funcionar de maneira minimamente adequada se: i) indivíduos e organizações puderem desenvolver atividades econômicas com liberdade para escolher e alterar a forma de estruturação dos recursos de que se

dispõem; e ii) se esses mesmos agentes econômicos rivalizarem entre si em seus esforços para disponibilizar e adquirir bens e serviços no mercado. A fim de resguardar esses dois requisitos para o funcionamento de uma economia de mercado, a Constituição estabeleceu dois princípios intimamente relacionados: o da livre-iniciativa e da livre concorrência.” (NETO, Caio Mário da Silva Pereira; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Coleção Direito Econômico – Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 26).

11 Súmula Vinculante 49

“Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

Repercussão geral reconhecida com mérito julgado

O STF tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. [ARE 914.045 RG, rel. min. Edson Fachin, j. 15-10-2015, P, DJE de 19-11-2015, tema 856.] Vide RE 565.048, rel. min. Marco Aurélio, j. 29-5-2014, P, DJE de 9-10-2014, tema 31

12 Eros Roberto Grau assim se manifesta acerca da legislação infraconstitucional confrontando-a com os ditames da Carta Maior: “As regras da Lei n. 12.529/2011 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.” (GRAU, Eros Roberto; *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*, 18 ed., São Paulo, Malheiros, 2018, p. 207).

13 “A Constituição (§ 4º do art. 173) remete à lei ordinária a função de reprimir o abuso do poder econômico, e dá seu conteúdo essencial, ao mesmo tempo em que define o sentido básico do que se entende por ‘abuso do poder econômico’. Primeiro reconhece a existência fática desse tido de poder, que não se confunde com o poder político; mas no texto sobressai a ideia de que ele deve ser por este dominado, por isso sua submissão ao controle legal que tolha seu abuso. Condenado é o abuso, não o poder em si, que é de fato. O abuso caracteriza-se pela dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. (...) No fundo, o que se busca preservar é esse princípio da concorrência (art. 170, IV), porque sua eliminação é o meio pelo qual o poder econômico domina o mercado” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 720).

14 No voto, o Ministro Sydney Sanches, citou longamente seu estudo dizendo:

“15. Ives Gandra da Silva Martins, in *Tabelamentos de Juros, Juros reais e sua conformação jurídica* (Revista de Direito Público, vol. 88, pp. 182/189) começa também, tratando de técnica legislativa (p. 182):

“Segundo a técnica legislativa, o comando normativo encontra-se na regra mãe e só pode ser excepcionado, se expressa a exceção. Vale dizer, sempre que os incisos e parágrafos de uma regra matriz não se opuserem ao determinado no comando primeiro, a norma base prevalece hospedando todos os comandos contidos no artigo.

Tem-se argumentado que a técnica dos parágrafos é forma de excepcionar, no que concordo, mas essa técnica só pode ser utilizada sempre que a exceção expressamente for mencionada, com o que a nova regra mandamental é ofertada para a hipótese contemplada. Como lembrava Carlos Maximiliano: “não se presume a existência de Expressões supérfluas” (Hermenêutica e aplicação do direito, Martins Fontes, 1941, p. 300/1).

À evidência, quando os parágrafos não utilizados de forma canhestra, e, ao invés de disciplinarem exceções já previstas no caput e nos incisos do artigo, veiculam comandos adicionais ali não-contemplados, não se podem tomar pretendidas exceções como implícitas no comando da norma fundamental, principalmente se não defluem de nenhuma formulação lógica ou sistemática.

No caso em concreto, há de se considerar que nada pode justificar interpretação diversa, a partir do texto plasmado na lei suprema”.

15.1. Mais adiante, Ives Gandra acentua (p. 184): “Fosse intenção do legislador subordinar apenas os incisos à lei complementar e o discurso constitucional estaria assim versado: “será regulado em lei complementar que disporá exclusivamente sobre: ...”.

Ao dizer, todavia, o legislador constitucional, que a lei disporá inclusive sobre a matéria dos incisos, à evidência, declarou que, além dos incisos, outros aspectos deveriam ser regulados por lei complementar.

Ora, se a relação dos incisos não é taxativa, claramente há de se interpretar que outras matérias não pertinentes aos incisos seriam objeto de regulamentação.

Quais seriam as outras matérias que deveriam integrar a lei complementar?

A resposta encontra-se no início do comando supremo que se exterioriza da seguinte forma: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade (...)”.

Ora, duas são as vertentes que esculpem o sistema. De um lado, deve ser o Sistema Financeiro um instrumento que promova o desenvolvimento equilibrado do país e, por essa razão, deve ser assim estruturado. De outro lado, tal desenvolvimento deve ser direcionado a servir aos interesses da coletividade, no caso, a coletividade entendida como o povo, constituído de cidadãos, residentes e não-residentes.

Com tal abrangência de atuação, compreende-se: a) que o capítulo IV do Título VII da CF, seja dedicado ao sistema financeiro nacional; b) que o sistema financeiro nacional foi, em nível de princípios, hospedado por um único artigo; c) que este único artigo depende todo de lei complementar, porque o sistema financeiro nacional, sem qualquer exceção expressa, enquanto norma comportamental, será regulado por lei complementar.

Por essa linha de raciocínio, há de se compreender também que os 3 parágrafos do artigo dependem de lei complementar, porque, sobre não se esgotarem suas forças no elenco não-taxativo dos 8 incisos, o caput do dispositivo constitucional exige que tal lei complementar seja veiculada à luz do desenvolvimento econômico e do interesse da coletividade, devendo hospedar a norma intermediária de hierarquia superior à legislação ordinária, todos os aspectos de explicitação ordinária, todos os aspectos de explicitação necessária ao desiderato supremo. Sendo, pois, o § 3º parte do artigo, que cuida do sistema financeiro e do capítulo de idêntico nome, e só podendo ser, o Sistema Financeiro regulado por lei complementar, à evidência do § 3º do art. 192 apenas ganhará eficácia constitucional após a promulgação de lei complementar, permanecendo antes, como mero princípio programático”.

15.2. Quanto aos ‘juros reais’ de que trata o § 3º do art. 192 da Constituição, diz Ives Gandra (p. 184/188):

“Não há conceito jurídico de juros reais. A matéria deve ser investigada na Economia, que doutrinariamente também não oferta contexto definitivo sobre a matéria.

Em 1982, fui relator nacional pelo Brasil, no XXXVI Congresso da IFA International Fiscal Association, em Montreal, no Canadá, tendo o meu trabalho, redigido com a colaboração de Henry Tilbery, sido apresentado ao lado daqueles dos demais relatores nacionais, a saber: Peter Laube (Alemanha), Carlos A. Prada (Argentina), Ian Langford-Brow/David F. Libling (Austrália), Kurt Neuner (Áustria), Paul Sibille (Bélgica), Brian A. Felesky/Marc Noel (Canadá), Carlos A. Ramirez Guerrero (Colômbia), Jaime Basanta de la Peña (Espanha), Jay M. Gonzáles/Gary Clyde Hufbauer/Jerome B. Libin (Estados Unidos), Edward Anderson (Finlândia), N. Mouillan-Hogberg (França), Panos Mantzouranis/Costas Mingas (Grécia), Patrick B. Paul (Hong-Kong), Josef Pick/Bem-Ami Zuckermann (Israel), Massino Alderighi (Itália), Susumu Hijikata (Japão), André Elvinger/Jean Kaufmann (Luxemburgo), Arnold Rorholt (Noruega), A. Valabh (Nova Zelândia), C.A.M. Rosenberg (Holanda), Eric J. Henbrey (Reino Unido), Hans-Georg Fomback/Lars Jaktling (Suécia) e Alfons R. Schmid (Suíça). O tema único para todos os autores poderia ser traduzido por “O tratamento fiscal dos juros nas relações econômicas internacionais”. Foi relator-geral o Prof. E. Hohn, que pediu a todos os autores que conceituassem, de início, os juros, para que se discutisse a seguir seu tratamento legal (IFA 1938-1988 – International Fiscal Association, Resolutions Book, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1988).

O interessante a notar é que se dúvida inexistia a respeito de ser o juro rendimento de capital, cada relator apresentou variantes sobre a conformação final do seu conceito, inclusive, à falta de indicador absoluto para medir a inflação. Os trabalhos foram publicados em 4 línguas (francês, inglês, alemão e espanhol), nos Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXVII, editados simultaneamente em Boston, Antuérpia, Londres e Frankfurt, com 661 páginas.

As conclusões finais do debate terminaram por espelhar a falta de um perfil definitivo sobre os juros, tendo em alguns dos tópicos tal aspecto sido realçado. A primeira proposta, inclusive, menciona o perfil conjuntural dos mesmos ao dizer: “Les interêts conformes aux conditions du marche que sont verses à des créanciers non residents devraient, en vertu du principe de non discrimination, être déductibles auprès du débiteur de la même façon que les intéréts versés à des créanciers résidents” (IFA 1938/1988, International Fiscal Association, Resolutions Book, cit. p. 303)” (grifos meus) (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 12, Revista dos Tribunais, Ano 3, jul/set/1995, p. 295/6).

- 15 A título exemplificativo vale citar norma que regula a forma pela qual será concedida autorização para que empresas transportadoras de valores exerçam sua atividade, qual seja, a Portaria MJ/DPF nº 3.233/2012, mais especificamente os artigos 20, § 3º e 49, “*verbis*”:

“MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL

PORTARIA Nº 3.233, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2012

DOU de 13/12/2012 (nº 240, Seção 1, pág. 158)

Dispõe sobre as normas relacionadas às atividades de Segurança Privada.

O DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 25 do Anexo I da Portaria nº 2.877, de 30 de dezembro de 2011, e o art. 2º da Portaria nº 195, de 13 de fevereiro de 2009, ambas do Ministério da Justiça, e tendo em vista o disposto na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, no Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983, na Portaria nº 2.494, de 3 de setembro de 2004, do Ministério da Justiça, e na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, resolve:

(...)

Seção II

Do Transporte de Valores

Subseção I

Dos Requisitos de Autorização

(...)

Art. 20 – O exercício da atividade de transporte de valores, cuja propriedade e administração são vedadas a estrangeiros, dependerá de autorização prévia do DPF, através de ato do Coordenador-Geral de Controle de Segurança Privada, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos:

(...)

§ 3º O objeto social da empresa deverá estar relacionado somente às atividades de segurança privada que esteja autorizada a exercer.

(...)

Subseção VII

Da Atividade

(...)

Art. 49. As empresas de transporte de valores não poderão desenvolver atividades econômicas diversas das que estejam autorizadas.”

- 16 Tércio Sampaio Ferraz Junior leciona: “A determinação constitucional de que a lei puna o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros enquadra a legislação antitruste brasileira na segunda hipótese. Isto é, cabe à lei concorrencial reprimir o abuso do poder econômico, isto é, reprimir os desvios no exercício do direito de concorrência, mas não lhe cabe reprimir práticas concorrenciais por si, não lhe cabe definir positivamente os limites do ato concorrencial, dizer o que se admite como ato concorrencial, o que caracterizaria uma intervenção indevida no domínio econômico. Por exemplo, não lhe cabe definir preços, margens de lucro, percentuais de participação

no mercado etc. Mas cabe-lhe reprimir o abuso, isto é, o desvio de finalidade no exercício de um direito por meio de práticas usuais, como cláusulas contratuais de exclusividade, contratos de distribuição, aquisição de participação acionária em concorrentes etc.” (Da abusividade do poder econômico. Disponível através do site <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/85>, acessado em 27/02/18.)

- 17 Na seção de perguntas e respostas expostas no sítio do CADE (Perguntas sobre infrações à ordem econômica) vale mencionar as seguintes questões:

“O que é uma conduta anticompetitiva?

Uma conduta anticompetitiva é qualquer prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que o infrator não tenha tido intenção de prejudicar o mercado.

O poder de mercado por si só não é considerado ilegal, mas quando uma empresa ou grupo de empresas abusa desse poder adotando uma conduta que fere a livre concorrência, a prática configura-se em abuso de poder econômico. Esse abuso não está limitado a um conjunto restrito de práticas específicas, uma vez que a análise sobre a possibilidade de uma conduta causar dano à concorrência é complexa e são muitos os fatores analisados para que se possa caracterizar determinada prática como abuso.

Por isso, a legislação é ampla, permitindo a atuação do Cade para reprimir as condutas que, após investigação, possam ser caracterizadas como danosas à concorrência.

Que tipo de conduta pode caracterizar infração à ordem econômica?

O art. 36 da Lei 12.529/11 elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (§ 3º).

Esse dispositivo estabelece uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que têm a possibilidade de causar danos à concorrência. Se tais condutas realmente terão esse efeito quando adotadas é uma questão a ser analisada caso a caso. Entre as condutas exemplificativas do art. 36, podemos citar, dentre outras:

Cartel; Cartel internacional; Cartel em licitações; Influência de conduta uniforme; Preços predatórios; Fixação de preços de revenda; Restrições territoriais e de base de clientes; Acordos de exclusividade; Venda casada; Abuso de posição dominante; Recusa de contratar; Sham Litigation; e criar dificuldades ao concorrente.

Quando uma conduta é considerada infração à ordem econômica?

De acordo com o art. 36 da Lei 12.529/11, uma conduta é considerada infração à ordem econômica quando sua adoção tem por objeto ou possa acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva.” (grifos nossos) (Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> – último acesso 28.02.2018)

- 18 Eis a dicção normativa do art. 36 da Lei 12.529/2011:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI – exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII – utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII – dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII – destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV – açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI – reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII – cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX – exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

- 19 Está o “caput” do artigo referido assim disposto: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):”



ARQUIVO PESSOAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional.



ARQUIVO PESSOAL

ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS é Advogado especialista e Professor em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária – CEU/IICS.

Motorista não pode ser multado por se recusar a fazer o bafômetro

■ POR FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO

Esta foi a manifestação do Ministério Público Federal – MPF, em Recurso Especial interposto pelo Detran/RJ, em um caso envolvendo um motorista que foi multado por se recusar a fazer o teste do bafômetro, quando parado na fiscalização (“blitz”) da denominada “Lei Seca”, realizada no estado do Rio de Janeiro.

Tal posicionamento do MPF sustenta que a simples recusa à realização do teste do bafômetro, não implica, por si só, no reconhecimento do estado de embriaguez, isto porque existe no Brasil a proibição da obrigação do indivíduo se autoincriminar, uma vez que cabe à autoridade fiscalizadora a prova da embriaguez, para a aplicação das sanções previstas no art. 165 do CTB. A prova da embriaguez poderá ser realizada de várias maneiras, de acordo com o previsto no art. 277 do CTB, como, por exemplo, pelo exame pericial, pela prova testemunhal, ou até pela descrição do estado físico e mental do motorista.

Esta manifestação do MPF também teve por base o disposto na Resolução nº 206/2006, do Conselho Nacional de Trânsito CONTRAN, que dispunha que, quando da recusa à realização dos testes, dos exames e da perícia, a infração poderia ficar caracterizada, de acordo com esta Resolução, mediante a obtenção de outras provas, acerca da presença de sinais resultantes do consumo de álcool ou de qualquer substância entorpecente.

No caso em questão, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cancelou as penalidades impostas ao motorista, anulando a aplicação da multa pela simples recusa em fazer o teste do bafômetro, isto porque, se assim não fosse, caracterizaria uma violação à vedação da autoincriminação, do direito ao silêncio, da ampla defesa e do princípio da presunção de inocência.

Neste mesmo sentido entendeu a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, que anulou o auto de infração e afirmou, em acórdão, que o simples fato do condutor não ter se submetido voluntariamente ao exame de etilômetro, não justifica a sua autuação com as mesmas penas previstas à quem for flagrado dirigindo sob a influência de álcool.

Portanto, com esta decisão do TJ/RJ, agora também cristalizada na manifestação do MPF junto ao STJ, e também com a decisão do TJ/SP, fica evidente que, apesar da luta para se enfrentar o alcoolismo ao volante, não é possível, nem aceitável, num Estado Democrático de Direito, que garantias e princípios, legais e constitucionais, sejam flexibilizados ou desprezados, sob pena de se criar precedentes perigosos de violação às garantias do cidadão.

O Estado deve agir preventivamente para diminuir tantas mortes no trânsito, conscientizando a população, para que jamais beba e dirija; caso isso não resolva, que se puna o infrator, todavia sempre dentro da lei, pois não é permitido ao Estado, por seus agentes, cometer ilegalidades para obrigar o cidadão a cumprir a lei. 



ARQUIVO PESSOAL

FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO é Advogado Criminalista, Conselheiro Estadual da OAB/SP, Mestrando em Direito Penal na USP, Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu, e em Processo Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), com Especialização em Garantias Constitucionais e Direitos Fundamentais pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha) e integra o escritório de advocacia D'Urso e Borges Advogados Associados.

Com a ZK Editora, a informação jurídica chega mais rápido até você!



Tel. (61)
3225-6419
www.zkeditora.com

conceito
jurídico

prática
poreense

trabalhista, sindical
& previdenciário

administrativo
& político