

conceito jurídico

ano II | janeiro de 2018 | nº 13



Ives Gandra da Silva Martins

Tributação sobre a Receita - Pág. 6

www.zkeditora.com/conceito



O incidente de assunção de competência no CPC/2015

DOCTRINA

Demócrito Reinaldo Filho

A nova lei alemã que obriga provedores de redes sociais a remover conteúdo publicado por usuários – um modelo para o Brasil?

TENDÊNCIAS

Reis Friede

Eleição Direta nos Tribunais

PORTAL JURÍDICO

Eduardo Luiz Santos Cabette

Em tempos de febre amarela e Lava Jato todo mundo quer imunidade: vereadores e prisão em flagrante

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

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho – Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

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



ARQUIVO PESSOAL

Evolução e busca de objetivos

Neste aniversário de primeiro ano de vida da Editora Zakarewicz, todos nós das equipes de redação, de revisão, de design e direção agradecemos aos leitores e colaboradores, sobretudo aos articulistas, que gentilmente contribuem com seus estudos, pela participação na difusão da cultura jurídica no Brasil.

Após a ampla experiência que destacou os periódicos do Grupo Consulex, avançamos nas áreas de fornecimento de informações e de formação cultural em nosso país. As revistas **Conceito Jurídico**[®], **Prática Forense**[®], **Conceito Jurídico Administrativo e Político**[®] e ainda a **Conceito Jurídico Trabalhista, Sindical e Previdenciário**[®] inovaram a concepção de periódicos jurídicos, desde que agregaram outros saberes necessários à completa formação dos operadores do Direito.

Ao trazer temas de relevância social aos debates que abordam legislação, Ciência Política, Economia, Sociologia e Psicologia Jurídica, além de outras disciplinas relevantes ao mister dos leitores, as revistas da **ZK Editora** contribuem não apenas para a disseminação do conhecimento, mas também para os profissionais do Direito encontrarem os subsídios de que precisam para aprimorarem a composição de suas peças jurídicas.

Pesquisadores, juristas, militantes e professores das mais diversas áreas do Direito e de outros campos das Ciências Humanas se uniram à missão de abarcar os assuntos em maior efervescência no universo jurídico, transformando as matérias publicadas pela ZK Editora em um verdadeiro jornalismo transdisciplinar.

A visão de propiciar a ampliação do conhecimento jurídico é o valor que orienta todos nós da ZK Editora a produzirmos as revistas orientadas ao pleno exercício profissional dos operadores do Direito.

Que a construção de saberes realmente faça sentido na evolução e busca de objetivos. Este é e sempre será o ideal de nossa organização.

Adriana Zakarewicz
Editora-chefe

SUMÁRIO

6 | Tributação sobre a Receita

ENTREVISTA

Ives Gandra da Silva Martins

14 | O pleito no peito (*Do not resuscitate*)

DIREITO E
BIOÉTICA

Eudes Quintino de
Oliveira Júnior

19 | PEC que prevê possibilidade de candidaturas avulsas – efetividade?

PROPOSTAS
E PROJETOS

Leonardo Sarmento

24 | O incidente de assunção de competência no CPC/2015

CAPA

Antônio Pereira Gaio Júnior

40 | Do Incidente de Assunção de Competência

CAPA

Marcos José Porto Soares

3 | Evolução e busca de objetivos

EDITORIAL

Adriana Zakarewicz

12 | Perspectivas e Riscos em 2018

PAINEL
ECONÔMICO

Armando Castelar

17 | Criminalizar a prática de Fake News é a solução?

PAINEL DO
LEITOR

Luiz Augusto Filizzola D'Urso

22 | O risco de “infantilizar” a gestão pública

DESTAQUE

Bruno Dantas

32 | O incidente de assunção de competência e a sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça

CAPA

Rodrigo Frantz Becker e
Marco Aurélio Peixoto

58 | O direito adquirido na Previdência Social – verdade e mito

IN VOGA

Ana Paula Oriola de Raeffray e
Pierre Moreau

61 | Feliz ano velho – quando a crise institucional insiste em não ter fim

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Henrique Nelson Calandra e
Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

64 | Julgamento de Lula: tensão descabida

ENFOQUE

Euro Bento Maciel Filho

66 | Eleição Direta nos Tribunais

TENDÊNCIAS

Reis Friede

78 | Em tempos de febre amarela e Lava Jato todo mundo quer imunidade: vereadores e prisão em flagrante

PORTAL
JURÍDICO

Eduardo Luiz Santos Cabette

82 | Precisamos falar sobre desigualdade

CONTEXTO

Luís Eduardo Assis

84 | Convênio nº 52/2017 de ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária

CONJUNTURA

Leonardo Dias da Cunha

92 | Gestão do fundo de propaganda de redes de franquia

GESTÃO
EMPRESARIAL

Daniel Alcântara Nastri Cerveira

94 | A nova lei alemã que obriga provedores de redes sociais a remover conteúdo publicado por usuários – um modelo para o Brasil?

DOCTRINA

Demócrito Reinaldo Filho

100 | É a educação, gente!

PONTO DE
VISTA

Cristovam Buarque



POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Tributação sobre a Receita

A Escola de Direito do Instituto Internacional de Ciências Sociais (CEU -IICS), fundada em 1972, na cidade de São Paulo, pelo eminente jurista Dr. Ives Gandra da Silva Martins, associada ao ISE Business School, uma escola de negócios reconhecida #TOP1 em Educação Executiva no mundo pela revista *Financial Times* nos anos de 2015 e 2016, organiza anualmente o tradicional Simpósio Nacional de Direito Tributário, coordenado pelo fundador do CEU-IICS.

Nesta edição, a Revista **Conceito Jurídico** entrevistou o fundador e presidente emérito do CEU-IICS Escola de Direito, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins, que explicou quais foram as conclusões obtidas na 42ª edição do evento, cujo tema foi a “Tributação sobre a Receita”.

CONCEITO JURÍDICO – *Em primeiro lugar, a Revista Conceito Jurídico o parabeniza pelo brilhantismo do 42º Simpósio Nacional Direito Tributário, realizado em 17 de novembro de 2017, em São Paulo. Como todos já sabem, as conclusões do tradicional Simpósio têm grande e significativa influência na doutrina e jurisprudência nacionais e o tema da “Tributação sobre a Receita” parece ter sido uma excelente escolha.*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – Em sua 42ª edição, tivemos a coordenação executiva formada pelos seguintes docentes: Fátima Fernandes Rodrigues de Souza; Marilene Talarico Martins Rodrigues; Ana Claudia Karam; Ana Regina Campos de Sica; Edison Carlos Fernandes; e Rogério Gandra da Silva Martins.

Como ocorre em todas as edições do Simpósio, um professor honorário é convidado para participar juntamente com vários outros professores, os quais respondem às questões propostas. Em 2017, o professor Everardo Maciel, o qual, dentre as várias funções exercidas, também já ocupou em caráter interino os cargos de ministro da Educação, da Fazenda e do Interior (atualmente denominado Ministério da Integração Nacional) e presidente do Centro Interamericano de Tributação, brindou os participantes com relevantes ensinamentos e as sempre certas críticas quanto à forma de tributar do governo.

A Escola de Direito do Instituto Internacional de Ciências Sociais convida renomados juristas para participarem das comissões que debatem algumas questões

previamente formuladas sobre um tema de atual relevância para os especialistas em Direito Tributário responderem e chegarem a conclusões que são redigidas pelo encarregado de produzir os textos das respostas. A importância das conclusões dos participantes do Simpósio é bem grande em virtude de serem encaminhadas a todos os tribunais brasileiros.

CONCEITO JURÍDICO – *Somente para esclarecer aos nossos leitores, durante o Simpósio as questões propostas recebem as respostas elaboradas pelas diversas comissões?*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – Exatamente. Diversas comissões são formadas e cada uma tem um presidente, um relator ou grupo de relatores, os denominados “autores” e um convidado especial, todos escolhidos pela coordenação do evento.

O Simpósio tem início com uma conferência inaugural, que nos últimos anos tem sido proferida pelo Professor Doutor Humberto Ávila, titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Durante 31 anos esta abertura foi feita pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal.

Os participantes formam comissões para juntos, responderem às questões propostas. Uma sessão plenária é realizada no final dos trabalhos a fim de votar as respostas eleitas, as quais serão compiladas como conclusões e, depois, enviadas aos tribunais de todo o país.

CONCEITO JURÍDICO – *Sendo assim, podemos mencionar cada uma das perguntas e o senhor demonstrar como foram as respostas de cada comissão e o resultado final elaborado pela comissão de redação?*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – Certamente. Dessa maneira, o entendimento a respeito das conclusões ficará bem mais fácil para os leitores.

CONCEITO JURÍDICO – *A primeira questão foi a seguinte: a Constituição Federal de 1988 faz expressa referência à “receita” no artigo 149, § 2º, I e III, “a” e no artigo 195, I, “b” e § 13. Existe, então, um conceito constitucional de receita ou o termo deve ser utilizado como um tipo aberto? Qual seria esse conceito ou esse tipo? O conceito contábil de receita pode ser utilizado para fins tributários?*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – A Comissão 1, presidida por Everardo Maciel, teve como relatores os renomados professores Sérgio Magalhães Dias, Jimir Doniak Jr. e Ana Regina Campos de Sica. Já os autores foram André Luiz Costa-Corrêa, Gustavo Miguez de Mello, Luiz Carlos Marques Simões, Ricardo Castagna e eu. O Dr. José Maria Arruda de Andrade foi o convidado especial.

A resposta da Comissão 1, a qual recebeu a unanimidade dos votos, foi dividida em três partes, transcritas na íntegra. Na primeira parte os participantes responderam que “o termo “receita” constante dos arts. 149, § 2º, I e III, “a”; 195, I, “b” e § 13 não é indicativo de um “tipo aberto”, mas um conceito “abrangente”.

Já na segunda parte a resposta foi que “o conceito de “receita”, contido nos dispositivos referidos é o ingresso de bens e direitos no patrimônio do contribuinte, de forma definitiva, sem condições e reservas, independente dos meios para a sua obtenção, e sem implicar em qualquer dever contraposto, podendo ser adjetivado em função de diferentes objetivos”.

A terceira parte alegava que “o conceito contábil tem natureza instrumental sendo utilizado em um âmbito específico, subsidiando a interpretação do conceito jurídico sem sobre ele prevalecer”.

A Comissão 2, presidida por Helenilson Cunha Pontes, com a relatoria de Faissal Yunes Jr., teve Eduardo Flores como convidado especial e como autores os juristas Fabiana Carsoni Alves F. da Silva, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Ramon Tomazela Santos, Ricardo Mariz de Oliveira, Thaís Folgosi Françoso e Vittorio Cassone.

A íntegra da resposta da Comissão 2 é a seguinte: “Por questão de segurança jurídica, a CF estabelece alguns conceitos que delimitam e restringem o poder de tributar das pessoas políticas. No caso da tributação sobre a receita, o constituinte se valeu do “conceito” de receita até então reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência para delimitar o campo de atuação do legislador infraconstitucional, não permitindo que o referido conceito fosse alargado pelo legislador. Sendo assim, há um conceito constitucional de receita. Entende-se por receita o ingresso que se integra no patrimônio, na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições, com caráter contraprestacional. O conceito constitucional de receita não se confunde com conceito contábil. São conceitos distintos e o conceito constitucional não é o contábil. Desta forma, não se deve partir do conceito contábil para a definição do conceito de receita”.

O Dr. Vittorio Cassone entendeu que existe um conceito constitucional de receita, que, na hipótese, é fechado ou restrito.

Por sua vez, a Comissão 3 não obteve votação unânime, já que a resposta foi aprovada por 21 de 27 dos presentes. A ressalva se deu quanto ao conceito constitucional de receita, que deve ser buscado no direito privado. Esta comissão foi presidida por Rogério Gandra da Silva Martins e teve como relatores Cristiano Conceição, Miguel Delgado Gutierrez e Vanessa Rosa Spina. Os convidados especiais foram Fernando Facury Scaff e Rudah Luccas. Os autores foram Ângela Maria da Motta Pacheco, Edison Fernandes, Elidie Palma Bifano e José Eduardo Soares de Melo.

A resposta da Comissão 3 foi que “Existe um conceito constitucional de “receita”. Esse conceito não pode ser utilizado como tipo aberto. Representa ingresso no patrimônio do contribuinte de forma definitiva, sem restrições, decorrente da atividade da empresa. O conceito contábil de “receita” pode ser utilizado para fins tributários, observados os princípios constitucionais”.

Por último, a Comissão de Redação foi composta por Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e Claudia Fonseca Morato Pavan, cuja resposta foi: “Sim, há um conceito constitucional de receita aplicável aos artigos 149, § 2º, I e III, “a” 195, I, “b” e § 13 da CF, que representa ingresso positivo de bens e direitos, de forma definitiva, sem condições, reservas e contrapartidas. O conceito contábil de receita pode ser utilizado para fins tributários, desde que não conflite com o Direito positivo”.

CONCEITO JURÍDICO – *A segunda questão foi: Aplicam-se à tributação da receita a capacidade contributiva (artigo 145, § 1º da Constituição Federal) e a universalidade? Além disso, aplicam-se à receita a disponibilidade jurídica e a disponibilidade econômica, nos mesmos termos do imposto sobre a renda? Assim, a tributação da receita deveria seguir o mesmo modelo para a tributação sobre a renda, no que diz respeito à inadimplência (créditos de liquidação duvidosa)?*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – A resposta da Comissão 1, com votação unânime, foi dividida em três partes, a saber:

PRIMEIRA PARTE

O princípio da capacidade contributiva é aplicável à tributação da receita. Já a universalidade não é aplicável, por ser constitucionalmente restrita ao imposto sobre a renda.

SEGUNDA PARTE

A disponibilidade econômica e jurídica, nos termos do imposto sobre a renda, não são aplicáveis à tributação sobre a receita.

TERCEIRA PARTE

A tributação da receita em relação à inadimplência deve seguir o mesmo modelo de tributação sobre a renda, ou seja, não deve tributar a receita não incorporada de forma definitiva ao patrimônio do contribuinte, vale dizer a tributação deveria adotar o regime de caixa.

A Comissão 2 respondeu o seguinte: “Aplica-se a capacidade contributiva à tributação da receita. Em relação à universalidade, por maioria, não se aplica”.

Vittorio Cassone entende que, conforme o caso, pode ser aplicada da universalidade.

Aplica-se a disponibilidade jurídica e econômica, nos termos da legislação do Imposto sobre a Renda esclarecendo-se que não se trata de disponibilidade financeira. A maioria entende que, embora não aplicável a legislação do IR neste caso, para tributação sobre a receita, no que se refere a inadimplência ocorre o esvaziamento do conteúdo econômico do fato gerador. Fernando entende que não há esvaziamento do conteúdo econômico do fato gerador.

A resposta da Comissão 3 não obteve votação unânime, uma vez que foi aprovada por 20 de 23 presentes. A ressalva ocorreu quanto à parte final da última questão, em que foi sugerida a seguinte redação: “No caso de inadimplência (créditos de liquidação duvidosa) ocorrida após o registro da receita correspondente, não há como excluir o seu montante à tributação, por não ofender o princípio da capacidade contributiva, visto que ela corresponde à frustração na liquidação de crédito e não à geração de receita). A Comissão 3 respondeu que “Embora o art. 145, § 1º, refira-se a “impostos”, o princípio da capacidade contributiva deve ser aplicado também às contribuições sociais incidentes sobre a “receita”. Quanto ao princípio da universalidade, deve ser aplicado, desde que observado o aspecto material de cada tributo (receita e renda) e que não haja vedação constitucional à tributação. Aplicam-se à receita a disponibilidade jurídica e a disponibilidade econômica, nos termos da legislação do Imposto sobre a Renda. A tributação da receita, no caso de inadimplência, deve desconsiderar os valores não recebidos, observada a resposta à próxima questão”.

A resposta da Comissão de Redação foi “Sim, aplica-se à tributação da receita a capacidade contributiva (artigo 145, § 1º da Constituição Federal), e as disponibilidades jurídica e econômica. No que diz respeito à inadimplência (créditos de liquidação duvidosa), a tributação da receita deve seguir o mesmo modelo adotado para a tributação sobre a renda. A universalidade não se aplica à tributação da receita (por maioria)”.

CONCEITO JURÍDICO – *A terceira questão foi a seguinte: A receita deve ser reconhecida para efeito de tributação de acordo com as normas contábeis (regime de competência), conforme o efetivo recebimento (regime de caixa) ou no momento da emissão da nota fiscal?*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – A Comissão 1 respondeu que “A tributação da receita deve ser realizada pelo regime de caixa para que a verdade material da imposição se realize em sua amplitude absoluta, ou seja, com o efetivo ingresso da receita correspondente”. Já a Comissão 2 apresentou duas versões, a saber:

Versão 1 (7 votos) – As receitas devem ser reconhecidas para efeito de tributação, quando incorporadas em caráter definitivo e incondicional ao patrimônio do contribuinte, mediante a adoção do regime legal, que pode ser de caixa ou de competência, sempre tomando por premissa o conceito constitucional de receita.

Versão 2 (18 votos) – As receitas devem ser reconhecidas para efeito de tributação quando incorporadas em caráter definitivo e incondicional ao patrimônio do

contribuinte, portanto a receita não deve ser reconhecida com base nas normas contábeis, ou no respectivo recebimento, embora a lei possa diferir para o momento do recebimento a receita efetivamente auferida. A nota fiscal não necessariamente determina o momento da ocorrência do fato gerador.

A resposta da Comissão 3, com votação não unânime por ter sido aprovada por 26 de 27 participantes, teve a ressalva quanto ao regime de competência, mas entendeu que, para fins de tributação, a “receita” deve ser reconhecida pelo regime de competência. A nota fiscal não deve ser considerada para reconhecimento da “receita”. Já o único divergente entende que deve ser pelo regime de caixa.

A resposta da Comissão de Redação foi que “Para efeito de tributação, a receita deve ser reconhecida no momento do efetivo ingresso no patrimônio do contribuinte, pelo regime de caixa (maioria). Por unanimidade, entendeu-se que o momento da emissão da nota fiscal não é fator determinante para reconhecimento da receita”.

CONCEITO JURÍDICO – *A quarta pergunta foi: Como deve ser entendida a expressão “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica”, do artigo 12, IV do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com a redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014? A previsão da atividade econômica no objeto social da pessoa jurídica (cláusula do contrato social) é essencial para configurar o campo material dos tributos sobre a receita?*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – A resposta da Comissão 1 foi unânime, mas dividida em duas partes. Na primeira parte, “a expressão “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica” deve ser compreendida como aquelas receitas decorrentes do exercício das atividades operacionais da pessoa jurídica”. Na segunda parte entendeu-se que “Não. A previsão no contrato não é determinante”.

A Comissão 2 entendeu, por unanimidade, que as “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica” referidas no artigo 12, IV, são aquelas que não sendo receitas de vendas, prestação de serviços ou operação de conta alheia, são originadas de outras atividades que compõem o objeto da pessoa jurídica, em caráter principal ou acessório. A previsão da atividade econômica da empresa no objeto social, constante dos atos constitutivos, é a forma legal regular para comprovar quais sejam os ingressos que compõem a receita bruta, mas se tal cláusula estiver incompleta ou desatualizada, a realidade empresarial prevalece sobre o ato constitutivo e recomenda-se que este seja alterado”.

Também por unanimidade os 27 participantes da Comissão 3 responderam que “A expressão “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica” refere-se à receita decorrente do exercício de suas atividades principais. Atividade principal é aquela desenvolvida de maneira profissional, habitual e organizada (art. 966 do Código Civil). Não é essencial que essa atividade esteja prevista no objeto social da pessoa jurídica para configurar o campo material dos tributos sobre a receita”.

A resposta Comissão de Redação foi que “A expressão “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica”, adotada no artigo 12, IV do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com a redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014, engloba as demais receitas decorrentes da efetiva atividade empresarial do contribuinte, excluídas aquelas já arroladas nos incisos I a III do referido artigo 12. A previsão da atividade econômica no objeto social da pessoa jurídica (cláusula do contrato social) não é essencial para configurar o campo material dos tributos sobre a receita”.

CONCEITO JURÍDICO – *A quinta pergunta foi: É possível que tributos que incidam sobre receita possuam conceitos (campos materiais) distintos? Se sim, qual deveria ser o*

elemento de diferenciação a ser aplicado pelo legislador tributário para a razoável distinção dos conceitos de receita?

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – A resposta da Comissão 1 foi unânime entre os 23 participantes, os quais entenderam que “Sim, podem ter campos materiais distintos, desde que estejam contidos na regra de competência constitucional. O elemento de diferenciação a ser aplicado pelo legislador é a natureza jurídica do tributo”.

Já a Comissão 2 respondeu que “Sim, é possível que tributos que incidam sobre a receita tenham fatos geradores distintos, sempre levando em consideração a materialidade constitucional do tributo. Dentro do limite constitucional do aspecto material, o legislador pode estabelecer critérios distintos para as respectivas bases de cálculo. A liberdade do legislador está limitada pelo conceito constitucional de receita, de acordo com a natureza do respectivo tributo”.

Os 27 participantes da Comissão 3 entenderam que “Não. O conceito de receita é único”, enquanto a maioria da Comissão de Redação respondeu que “Sim, é possível que tributos que incidam sobre a receita tenham fatos geradores distintos. O critério de diferenciação a ser aplicado pelo legislador deve, necessariamente, observar a materialidade do fato impositivo”.

CONCEITO JURÍDICO – *A sexta e última pergunta foi: Os créditos de subvenção pública configuram receitas dos contribuintes? E dos créditos fiscais presumidos (IPI, ICMS, PIS e COFINS)?*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS – A resposta da Comissão 1 foi unânime, mas dividida em duas partes. Na primeira, “Créditos de subvenção pública de investimento ou custeio não constituem receitas tributáveis porque representam benefícios fiscais, sendo, portanto, contraditório um ente estatal conceder a subvenção e subseqüentemente tributá-la. Essa contradição se amplifica quando se trata de subvenção concedida por outro ente tributante, hipótese na qual haveria violação do pacto federativo e ineficácia, no caso do ICMS, da concessão de benefício fiscal em desacordo com a previsão do art. 155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal”. Já na segunda parte os 23 participantes responderam que “Créditos fiscais presumidos não configuram receita, pois também se configuram benefício fiscal”.

A resposta da Comissão 2 foi que “Tanto os créditos de subvenções públicas, quanto os créditos fiscais presumidos não se enquadram no conceito constitucional de receita. Ainda que as subvenções representem encargos aos contribuintes, não há o caráter contraprestacional, exigido para a caracterização de receita”.

Por sua vez, Vittorio Cassone entendeu que “os créditos presumidos são receitas sujeitas a tributação”.

Todos os 27 participantes da Comissão 3 entenderam que “Os créditos de subvenção pública, embora reconhecidos como receita dos contribuintes, não são e não devem ser tributáveis. Os créditos fiscais presumidos de IPI, ICMS, PIS e COFINS não constituem receita, sendo redução de custo e não devem ser tributados”.

A resposta da Comissão de Redação foi que a “subvenção pública tem natureza jurídica de auxílio, permitindo ao Estado, por exemplo, fomentar determinada atividade privada. Por conseguinte, não detém natureza de receita tributável. Não é, portanto, legítimo que o Estado pretenda tributar a subvenção por ele próprio concedida. Daí porque os créditos de subvenção pública não integram a base de cálculo das exações que têm como fato gerador a receita. De igual modo, os créditos fiscais presumidos têm natureza jurídica de redução do custo dos tributos, sendo, portanto, ilógica a sua tributação”. 



Perspectivas e Riscos em 2018

■ POR ARMANDO CASTELAR

“É preocupante o risco de que os bons indicadores de 2018 levem à complacência com a adoção de reformas, sem reconhecer a excepcionalidade do ambiente que permitirá os resultados.”

Poucas vezes terminamos um ano com expectativa tão positiva em relação ao ano que entra. Com um cenário econômico externo favorável, uma dinâmica doméstica positiva e a possibilidade de as eleições destravarem as reformas que o país precisa, o brasileiro entrou em 2018 com a esperança de um futuro melhor. Há boas razões para o otimismo, mas também o risco de que tal cenário não se materialize.

Depois da longa recessão causada pela Nova Matriz Econômica, e com a economia ainda abaixo do seu potencial, os dois problemas tradicionais vão continuar sem nos incomodar em 2018: a inflação e o equilíbrio das contas externas. Os preços devem subir cerca de 4% em 2018. O saldo comercial, após bater um recorde em 2017, deve permanecer elevado e levar a um déficit em conta corrente facilmente financiável pelas entradas de investimentos diretos estrangeiros.

Ainda que o desemprego vá continuar alto – no IBRE/FGV projetamos que a taxa de desemprego caia 0,4 ponto percentual, para 12,4% – tanto o rendimento real dos trabalhadores ocupados como o emprego devem aumentar. A massa salarial real, em especial, deve

crescer cerca de 3% e, junto com a recuperação da confiança e uma expansão moderada do crédito às pessoas físicas, levar a uma alta significativa do consumo das famílias, que será a âncora da economia em 2018.

O investimento também deve crescer, mas menos do que em outras retomadas cíclicas. Vários fatores contribuirão para isso, como a elevada capacidade ociosa em alguns setores e as limitações à expansão dos gastos públicos. Um freio especialmente importante será a percepção de que vários riscos cercam a atual retomada da economia brasileira. Sem dúvida, o maior deles é que as eleições, em lugar de viabilizar reformas, tragam um governo populista, que acabe por detonar uma crise fiscal.

A retomada da atividade vai elevar as receitas tributárias e, em que pese o ano eleitoral, o governo deve manter alguma disciplina nos gastos, até pela necessidade de respeitar o teto imposto pelo Emenda Constitucional nº 95/2016. Isso permitirá uma pequena redução do déficit primário e, com a queda da despesa com juros, o aumento do PIB e o pagamento pelo BNDES da dívida com o Tesouro, fazer com que a dívida bruta do setor público fique constante como proporção do PIB.

Mas essa será uma melhora ilusória da dinâmica fiscal. O governo a ser eleito em outubro próximo terá de fazer uma ampla reforma nas contas públicas, a começar pela da previdência, que dificilmente será aprovada em 2018, se quiser evitar que a dívida pública continue crescendo como nos últimos anos. Terá o novo governo interesse e apoio para isso? Irá o mercado esperar para ver ou se assustará com as pesquisas, fugindo de ativos brasileiros ainda em 2018?

Há outros três riscos que podem atrapalhar o bom desempenho da nossa economia em 2018. O primeiro é a escassez de energia elétrica, que pode resultar de uma baixa precipitação no verão. Há vários reservatórios de hidrelétricas em baixo nível e se as chuvas forem desfavoráveis será preciso recorrer mais intensamente às térmicas, o que elevará significativamente as tarifas e prejudicará o desempenho da indústria de transformação.

O segundo é o risco de algum acidente geopolítico. Fala-se muito da Coreia do Norte, mas a situação no Oriente Médio também anda muito complicada. Um conflito ou uma crise econômica na região pode elevar a aversão ao risco, com consequências negativas para os ativos de mercados emergentes. A boa situação das nossas contas externas vai amortecer o impacto de uma crise, mas não integralmente.

O terceiro risco é que a normalização da política monetária nos países ricos, que vai prosseguir em 2018, acabe nos afetando mais do que está hoje precificado. Em especial, é possível que a reforma tributária nos EUA e a inflação que já subiu em alguns países nos preços ao produtor pressionem mais os preços ao consumidor do que hoje se prevê.

Acima de tudo, é preocupante o risco de que os bons indicadores de 2018 levem à complacência com a adoção de reformas, sem reconhecer a excepcionalidade do ambiente que permitirá os resultados. O risco é que as reformas sejam empurradas para a frente, até o dia em que as condições externas, principalmente, ou a confiança dos investidores se alterem, e aí nos vejamos mergulhados em outra crise séria. **■**



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

O pleito no peito (*Do not resuscitate*)

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



“Num futuro não muito distante, o biochip, implante corporal que fará o armazenamento de informações médicas, será o instrumento apropriado para a leitura da real vontade do paciente.”

Fato interessante e com grande repercussão bioética e, obliquamente, no Biodireito, ocorreu recentemente em Miami, Estados Unidos, quando um paciente com setenta anos de idade, sem documentos ou familiares, diabético, com histórico de doenças no coração e pulmão, foi encaminhado e atendido em hospital, oportunidade em que os médicos respon-

sáveis pela primeira avaliação constataram uma tatuagem cravada no seu peito, que dizia: “Do not resuscitate”, com o “not” sublinhado – conhecida pela sigla DNR. No vernáculo pátrio: “Não ressuscite” ou “Ordem para não reanimar”.¹

Para os que não têm intimidade com a expressão, significa que o médico, vendo que o paciente se encontra em estado de irreversibilidade, poderá abrir mão das intervenções e procedimentos, como massagem cardíaca, choque elétrico, intubação e outros. Quer dizer, o não reanimar compreende uma decisão médica impeditiva de atuação, fazendo com que o paciente vá a óbito, caminho natural pelo estado terminal em que se encontra. Tal advertência causou grande impacto nos profissionais, estabelecendo, de plano, invencível conflito médico, obrigando-os a buscar auxílio na comissão de ética da instituição que, após as discussões pertinentes, entendeu que o pleito do paciente deveria ser atendido. Assim foi feito.

Será que a tatuagem, com seus dizeres, por si só, é suficiente para demonstrar a intenção do paciente? É fonte reveladora e autorizadora para que os médicos possam interpretá-la como a vontade indiscutível do paciente, no âmbito de sua autonomia? A situação é realmente embaraçosa para qualquer médico, levando-se em consideração as diretrizes contidas no Código de Ética Médica, dentre elas a priorização da saúde humana, obrigando-o a agir com o máximo zelo e o melhor de sua capacidade profissional, além das determinações constitucionais que conferem a inviolabilidade do direito à vida e a tutela da dignidade da pessoa humana.

A tatuagem, como é notório, vem se intensificando entre os jovens e até mesmo adultos que durante muitos anos nutriram a vontade de ceder parte do corpo para uma expressão de arte (*body art*). É corriqueiro já encontrar homens e mulheres com várias partes do corpo tatuadas, em um universo de imagens que rodam ao redor do mundo, com significados subjetivos, explícitos e mensagens de diversos conteúdos. Quem faz tal opção irá buscar símbolos, imagens ou escritos que representem a sua intenção ou até mesmo sua vontade explicitada. Pode-se dizer que a escolha da tatuagem faz refletir a personalidade do indivíduo, sua marca pessoal e até mesmo a forma de chamar a atenção para assuntos considerados relevantes e, em alguns casos, um processo de compartilhamento de informações, passando uma mensagem que muitas vezes rompe com a convenção social.

Assim, nesta linha de raciocínio, no caso do paciente tatuado, o comitê de ética do hospital entendeu que a manifestação de vontade estava mais do que evidenciada e não justificava, no paciente sem chance de cura, a prática de qualquer conduta que resultaria em fúteis tentativas e infrutíferas intervenções, outorgando, desta forma, total crédito à autonomia da vontade daquele paciente. Por tal princípio deve se entender que a decisão por ele tomada, com plena capacidade de discernimento, em determinado momento ou que tenha deixado documento a respeito de um procedimento médico, no caso lavrado em seu próprio peito, deve ser respeitada, por ser a legítima expressão de sua vontade. Daí que a ordem de não reanimação representa a determinação de um comportamento negativo do médico, impedindo-o de utilizar as técnicas de suporte vital.

A autonomia do paciente, verdadeiro direito a ser exercido, vem num crescente e ganhou consideráveis espaços no Código de Ética Médica, sendo uma das suas vertentes. Com a argúcia que lhe é peculiar, Gracia (2010, p. 360) assim se manifestou: “Cada vez há maior consenso de que a gestão do corpo humano é um direito personalíssimo dos seres humanos, que ninguém, salvo em casos excepcionais, está autorizado a restringir”.

No Brasil, prestigiando a autonomia da vontade do paciente e sua determinação, a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu uma disciplina de final de vida, compatível com a ética médica, sem afrontar qualquer texto legal. Assim proclama o artigo 1º:

Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Presentes tais condições, sendo a pessoa maior e habilitada para a vida civil, poderá deixar sua vontade expressa no documento chamado “diretrizes antecipadas de vontade do paciente” ou “testamento vital”, revogável a qualquer tempo, permitindo-se até mesmo a nomeação de um procurador para tal fim, no qual expresse, de forma inequívoca, quais são as diretrizes antecipadas de sua vontade com relação aos cuidados de saúde que deseja – ou não – receber, quando se encontrar em estágio de irreversibilidade. O demonstrativo da vontade do paciente prevalecerá sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. Só não prevalecerá quando colidir com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica, por exemplo, a opção pela eutanásia.

Finalizando, portanto, o caso *sub studio*, de um lado tem-se, em tese, a obrigatoriedade de intervenção médica na tentativa de salvar uma vida e, de outro, a vontade explicitada pelo paciente por meio de uma tatuagem. Na realidade, fazendo-se uma interpretação mais restritiva e rigorosa, a tatuagem, por si só, não carrega amparo legal que, no caso específico, deveria contar com a assinatura do paciente em documento próprio ou em outro lavrado anteriormente, com tal finalidade. Mas, lançando mão de uma interpretação mais liberal, consentânea com o caso, também não pode ser descartada a vontade declinada pelo paciente em tatuagem moldada em seu corpo, justamente no local onde seria feita a reanimação.

Num futuro não muito distante, o biochip, implante corporal que fará o armazenamento de informações médicas, será o instrumento apropriado para a leitura da real vontade do paciente.

Talvez caia a tatuagem. Biochip é mais chique. 🇧🇷

NOTA

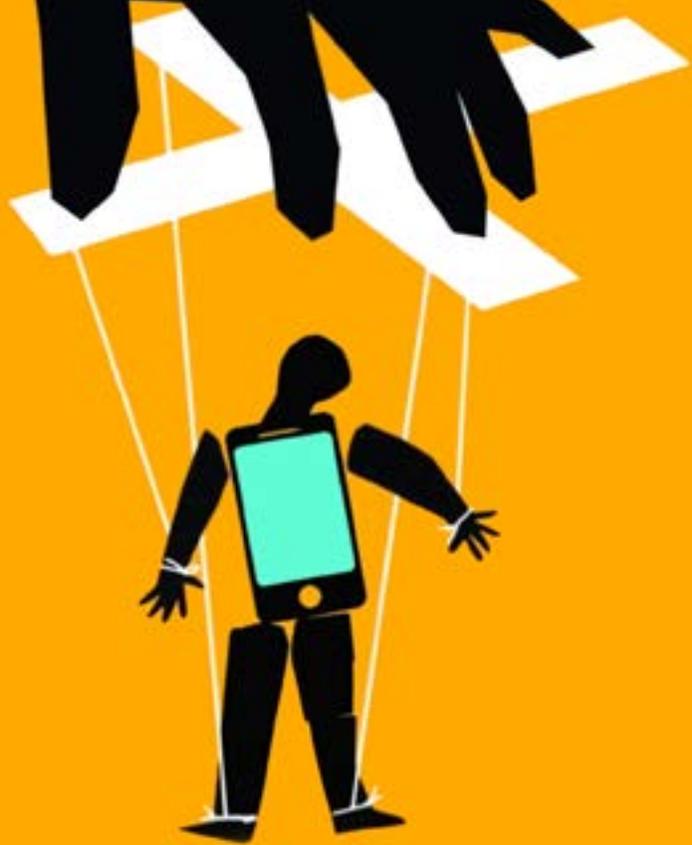
Médicos enfrentam dilema com tatuagem no peito de paciente inconsciente: ‘Não reanimar’. 1.12.2017. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/pagenotfound/post/medicos-enfrentam-dilema-com-tatuagem-no-peito-de-paciente-inconsciente-nao-reanimar.html>. Acesso em: 25 fev. 2018.

REFERÊNCIAS

GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. Trad. Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Edições Loyola, 2010.



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, membro da CONEP/CNS/MS.



Criminalizar a prática de Fake News é a solução?

■ POR LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO

“O combate imediato às *fake news* deve ser realizado com a colaboração de todos, que devem verificar a informação antes de compartilhá-la ou publicá-la.”

Nas eleições de 2014, no Espírito Santo, ocorreu o indiciamento, pela Polícia Federal, de um empresário capixaba, em razão do compartilhamento de uma pesquisa eleitoral falsa, durante a campanha ao governo do Estado. Este foi um dos primeiros indiciamentos por compartilhamento de *fake news* ocorrido no Brasil. Ressalte-se que a conduta de divulgação de pesquisa falsa já está tipificada como crime.

O dano provocado pelas *fake news* é indiscutível, e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), preocupado com o tema, já está se mobilizando para monitorar e combater-las durante as campanhas eleitorais de 2018. Também a Polícia Federal tem se ocupado do tema, e cogita apresentar um projeto de lei para criminalizar tal conduta, pois, à exceção da divulgação de pesquisa falsa, a publicação de notícias falsas na internet não é punida criminalmente.

Atualmente, é possível localizar facilmente *fake news* sendo compartilhadas com a utilização de uma das três redes sociais mais populares entre os brasileiros (Facebook, Youtube e WhatsApp).

Os brasileiros são os usuários que mais compartilham conteúdo no Facebook, sendo o Brasil é o segundo país com maior número de usuários nesta rede social, em relação ao resto do mundo. Com o costume de compartilhamento, as *fake news* têm ganhado muito espaço na internet.

Tais notícias falsas, apesar de serem danosas e mentirosas, se proliferam, pois o seu criador se aproveita da internet e do compartilhamento irresponsável feito pelos usuários para disseminá-las.

A criminalização da conduta de publicar *fake news* não solucionará o problema, pois não há comprovação de que a utilização do Direito Penal para combater um comportamento resulte em redução significativa de sua prática.

Inclusive, mesmo se houver a criminalização das *fake news*, não seria fácil identificar o autor para puni-lo, muito mais complexo seria identificar aqueles que compartilharam, porque após a viralização, com milhares de compartilhamentos, seria muito difícil ter certeza da origem e da autoria da notícia falsa, até porque ela poderia ter sido alterada diversas vezes, durante os milhares de compartilhamentos. Seria muito complexo também identificar e punir todos aqueles que compartilharam a falsa notícia de má-fé.

Outro problema nas investigações seria o caso de as *fake news* que se disseminam pelo WhatsApp, pois o aplicativo conta com criptografia, o que mantém em segredo quem compartilha, impedindo o rastreamento do conteúdo.

Portanto, o combate imediato às *fake news* deve ser realizado com a colaboração de todos, que devem verificar a informação antes de compartilhá-la ou publicá-la. Assim agindo, irá se verificar uma diminuição na viralização de notícias falsas na internet e uma evolução no seu combate, pois de nada adiantará a criação de uma notícia falsa.

Criminalizar tal conduta não será a solução. **C**



ARQUIVO PESSOAL

LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO é advogado criminalista, presidente da Comissão Nacional de Estudos dos Crimes Cibernéticos da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Pós-Graduado pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha) e integra o escritório *D'Urso e Borges Advogados Associados*.



PEC que prevê possibilidade de candidaturas avulsas - efetividade?

■ POR LEONARDO SARMENTO

Em um momento em que os partidos políticos estão jogados pela mídia no centro da crise política no Brasil, com o envolvimento de quase a totalidade deles em esquemas de corrupção investigados na Operação Lava Jato, tramita no Senado Federal uma proposta que pode excluí-los como requi-

sito obrigatório para as candidaturas a cargos eletivos. Nos termos da Proposta de Emenda à Constituição nº 5/2015, qualquer brasileiro poderá concorrer como avulso se tiver a assinatura de pelo menos 1% dos eleitores aptos a votar na região em que disputar a eleição.

Pelo texto em tramitação, de autoria do senador José Reguffe, a filiação a partido político continua a ser direito de todo cidadão, mas fica vedada a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade ou requisito de qualquer espécie para o pleno exercício dos direitos políticos.

Traríamos à baila o princípio da soberania popular, que prevê o exercício do poder político diretamente pelo povo ou por intermédio de seus representantes – não necessariamente escolhidos pelos partidos políticos, como propaga o nobre autor a proposta? Consabido é que uma maioria considerável da população, hoje, não se considera representada por partidos políticos. Essa resposta traremos no decorrer do presente artigo.

“Assim que a PEC 5/2015, nos termos que se apresenta em seu voo solo, sem as demais modificações em nosso sistema eleitoral de representação – algumas apresentadas por nós – não promoverá qualquer efetividade, seria o que na batalha naval chamaríamos de tiro na água.”

Ocorre um verdadeiro ciclo vicioso sistêmico corroborado por nossa ordem jurídica “imposta” pelos nossos representantes. Candidatos são escolhidos pelos partidos políticos, e só entre os escolhidos é dado ao povo escolher quem serão os seus representantes. É justamente neste caminho que se enaltece o momento do voto que os desvios de finalidade já se pactuaram e o momento democrático do voto se perpetra “para inglês ver”.

A partir de um sistema partidário absolutamente prostituído e acima de qualquer sindicância moral, já que constitucionalizados os partidos políticos escolhem em quem poderemos votar, o que retira força do princípio democrático de representação e atribui força ao dirigismo político de quem tem vendido a mãe por qualquer “mais valia”.

Os partidos políticos escolhem quem serão os seus candidatos a partir de critérios nada ortodoxos, que, como regra, possui requisitos intrínsecos tratar-se de um cidadão acostumado ao corrompido sistema do toma lá dá cá, das negociatas à margem da ordem imposta (legislação), que tenha capacidade de exercer a “política” nos padrões nauseabundos que a nossa República de hoje pratica. A partir desta conjuntura que ludibria os princípios morais, democráticos e republicanos de representação, quem nunca se viu na difícil escolha de votar em quem imaginaria ser o menos pior, e, via de regra, arrepende-se de ter votado na certeza de que as outras opções certamente também não lhe representariam?

A política no país funciona à semelhança do que ocorre com o tráfico. Temos um sistema montado em que sai um traficante – político no exercício de seu mandato e outro lhe rende nos mesmos moldes de atuação. Aqui no Brasil, excepcionalmente, se prende o traficante – político, que mantém o controle do presídio dos seus negócios políticos, enquanto outro traficante – pode ser um vice ou um suplente que executa “tudo como antes no quartel de Abrantes”. É o que se conhece como “enxugar gelo”.

Não é de difícil cognição que a PEC supramencionada, nos termos que se coloca, em nada alteraria o quadro caótico de tortura democrática. Uma mudança desse talante não promoveria qualquer alteração com um mínimo de efetividade se não for acompanhada de uma brusca ruptura com os verdadeiros aditivos do sistema eleitoral que já se ordena constitucionalmente hábil para o ludíbrio.

É impensável uma proposta que atribua a possibilidade de candidaturas avulsas mantendo-se a possibilidade de campanhas milionárias aos candidatos apoiados por partidos políticos. É de uma obviedade ululante que a candidatura avulsa não terá visibilidade alguma e alcançará o fracasso. O candidato avulso que tentasse encontrar apoio para sua campanha e angariar recursos mínimos para competir teria que também vender a sua pobre mãe e comprometer todo seu mandato caso eleito com as promessas que lhe renderam apoio e recursos de campanha. Neste momento, o interesse público, que deveria ser seu único mister, já haveria ido absolutamente todo para o vinagre.

Nada mudará em um país carcomido pelo espírito desviado do “mais valia”, do toma lá dá cá em toda sua estrutura de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário – neste, precipuamente, a partir das instâncias colegiadas) se a mudança não colocar um limite para as campanhas políticas a partir de um severo controle para garantir-se o princípio da isonomia, de nada adiantaria uma PEC nestes termos se as instâncias colegiadas do Judiciário brasileiro se mantiverem pautadas por decisões jurídicas hipócritas fundamentadas por compadrinamento político em lugar do que seria o melhor direito pautado na equidade, na justiça e na moralidade.

Pelas experiências do nosso pobre Brasil não existe a possibilidade de a população se ver representada com dignidade e nos termos constitucionais de interesse público se quem escolhe os nossos representantes, em verdade, são aqueles que a parcela de boa-fé e discernida da sociedade esperava que estivessem enjaulados. Temos um sistema de representação partidária putrefato pela mais saburrosa imoralidade, que, enquanto possuir a legitimidade para escolher quem serão os nossos candidatos, nosso democrático direito de votar pelo nosso sistema indireto de representação jamais será verdadeiramente democrático, nem para inglês ver. Assim que a PEC, nos termos que se apresenta em seu voo solo, sem as demais modificações em nosso sistema eleitoral de representação – algumas apresentadas por nós – não promoverá qualquer efetividade, seria o que na batalha naval chamaríamos de tiro na água. 





Bruno Dantas

O risco de “infantilizar” a gestão pública

O controle da Administração pública passou por profunda transformação nos últimos 30 anos, impulsionado pela configuração institucional da Constituição de 1988, que em boa hora fortaleceu órgãos como o MP e o TCU. Deve haver, porém, equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um “apagão decisório”, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 lançou bases para uma administração gerencial, mitigando o modelo burocrático, de matriz weberiana. Aos novos instrumentos que propugnam uma gestão voltada para resultados deve corresponder um controle de mesma índole.

A busca da eficiência, todavia, não pode significar o afrouxamento do controle de legalidade, e o combate à improbidade deve prosseguir com rigor. A transição de modelos, contudo, tem sido tormentosa tanto para o gestor, quanto para o controlador. Num quadro pavoroso de corrupção, o risco que se corre é o da generalização indevida, e é preciso responsabilidade para resistir a esse impulso.

O controle de legalidade possui contornos bem definidos, já o de eficiência é menos preciso e mais subjetivo. Exatamente por isso, a hipertrofia e o voluntarismo devem ser repelidos nos órgãos de controle, pois não possuem legitimação democrática para formular políticas públicas. O controlador da administração gerencial deve agir com autocontenção e noção de consequencialismo.

Richard Posner caracteriza o consequencialismo pela necessidade de se observar os impactos econômicos das decisões estatais, tendo em vista que a maximização de riqueza incrementa o bem-estar das pessoas, e esse é o objetivo de qualquer nação. É comum decisões bem-intencionadas causarem resultados desastrosos. Segundo Posner, decisões assim são intrinsecamente erradas.

Se do ponto de vista administrativo uma política pública que consome dezenas ou centenas de bilhões de reais do orçamento e não resulta em benefícios para a população é tão condenável quanto uma licitação fraudada ou um contrato superfaturado, que ferramentas órgãos de controle têm para medir e controlar a eficiência desta ação de governo?

O TCU tem se esmerado em realizar auditorias operacionais que identificam fragilidades, riscos e oportunidades de aperfeiçoamento na gestão governamental. Justamente por navegar nos mares da eficiência, e não no controle estrito da legalidade, é preciso resistir à tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem ao Poder Executivo, e é essa a autocontenção que defendo.

É comum que especialistas – como são os auditores – tenham concepções e fórmulas até mais inteligentes para os problemas identificados, mas o controle de eficiência deve mirar processos de tomada de decisão e a razoabilidade dos critérios adotados, sem pretensões quixotescas ou salvacionistas.

A hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública. Agências reguladoras e gestores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio do TCU. Para remediar isso, é preciso introduzir uma dose de consequencialismo.

Em correspondência recente, fui lembrado pelo professor Adilson Dallari (PUC/SP) daquilo que o jurista argentino Roberto Dromi apelidou de código do fracasso na Administração pública: “Art. 1º: não pode; Art. 2º: em caso de dúvida, abstenha-se; Art. 3º: se é urgente, espere; Art. 4º: sempre é mais prudente não fazer nada”. O Brasil precisa revogar esse código urgentemente. 

O incidente de assunção de competência no CPC/2015

■ POR ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR

“O incidente de assunção de competência se coloca como um dos instrumentos legislativos aptos a perseguir os predicados supracitados, de modo a possibilitar racionalidade a uma relevante questão de direito entendida como de relevância social com potencial de gerar, em caso de possíveis interpretações díspares, grave ofensa a isonomia, o que, bem por isso, possui a virtude da prevenção a tal ofensa como sua característica preponderante e por tudo, louvável se bem operada.”



A ideologia da isonomia e a verticalização das decisões é ponto característico no Código de Processo Civil de 2015. É cediço o volume de demandas que transbordam nas secretarias das numerosas comarcas que compõem a estrutura do Poder Judiciário pátrio (GAIO JÚNIOR, 2018, p. 35).

Notadamente, boa parte das ditas demandas relacionam-se com conflitos que possuem, em seu particular âmago, similitude na causa de pedir, gerando, inegavelmente, lides envoltas em questões ora denominadas repetitivas. Como bem pontua Ada Pellegrini (2008, p. 1):

A grande massa de processo que aflige aos tribunais, elevando sobremaneira o número de demandas e atravancando a administração da justiça, é constituída em grande parte por causas em que se discutem e se reavivam questões de direito repetitivas.

Tal panorama se mostra indissociável do próprio Estado de Direito com o equilíbrio das relações sociais, ainda que, a partir da concepção abstrata da lei, pondera o seu exercício prático à razoabilidade através de soluções comuns à mesma medida do conflito a ser dissolvido pelo Poder Judiciante estatal.

É ilógico e, por isso, inaceitável que, diante da analogia em casos concretos, repousem decisões gravemente discrepantes. Neste mesmo diapasão, bem norteiam Marinoni e Mitidiero (2010, p. 16), ao lecionarem que:

Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.

O incidente de assunção de competência possui o condão de tentar minorar as discrepâncias decisórias quando, diante de questão de direito dotada de repercussão social, objeto de recurso interposto, cabendo ainda o seu manejo de forma conveniente e preventiva, com o objetivo de evitar possíveis decisões antagônicas sobre uma mesma questão de direito com repercussão social e ainda, como já de muito conhecida no CPC/1973, a interposição do incidente no intuito de compor divergência entre câmaras e turmas de um determinado tribunal.

O INCIDENTE

Ainda que não seja novidade entre nós, o CPC/2015 procurou atestar em capítulo próprio o “incidente de assunção de competência”, um dos mecanismos do Direito Processual Civil com o fito de estabelecer padrões decisórios, os quais são necessários para se evitar discrepâncias de entendimentos dos tribunais que se revela, notadamente, nos dias atuais, prática inaceitável, contribuindo, assim, o seu manejo, para levar a cabo a necessária isonomia nas decisões judiciais, fator indissociável para o estabelecimento da segurança jurídica.

Vale dizer que no sistema do CPC/1973, revogado, quando ocorresse, no julgamento de apelação ou agravo, relevante questão de direito que fosse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderia o

relator propor que fosse o julgamento do recurso pelo órgão colegiado que o regimento indicasse. Daí, uma vez reconhecido o interesse público na assunção de competência, o órgão colegiado julgaria o recurso consoante o art. 555, § 1º do CPC/1973.

Pois bem. Já no novato CPC, o presente incidente de assunção de competência se encontra disposto na Parte Especial, Livro III (*Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*), Título I (*Da Ordem dos Processos e dos Processo de Competência Originária dos Tribunais*), Capítulo III, art. 947.

Dispõe o digitado artigo, em seu *caput*, o que se segue:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Note-se que, diferentemente do modelo do CPC/1973, não há qualquer limitação quanto a recurso específico para a incidência hipotética de manejo do incidente de assunção de competência.

Como dito, no *Codex* revogado os recursos de apelação e de agravo eram aqueles aptos a uma possível assunção de competência, quando em relevante questão de direito se fizesse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

No CPC/2015, entende-se que seja decorrente do julgamento de qualquer recurso, remessa necessária ou mesmo causa de competência originária do tribunal, ensejando o envolvimento de questão de direito, esta com notável repercussão social¹ e, como expresso pelo legislador, sem repetição em uma multiplicidade de processos.²

Aliás, insta registrar que, para fins de uniformização de entendimento em matéria de relevância e repercussão social, objetivando com a instauração do incidente de assunção de competência e de seu resultado, a sintonia para pôr fim a decisões díspares, sempre em consonância com o princípio da isonomia no resultado dos julgados frente a uma mesma questão de direito, entendemos como desarrazoada para os propósitos do presente incidente a disposição contida no art. 947, *caput*, *in fine*, em que se limita o manejo do incidente quando houver inexistência de multiplicidade de processos.

Ora, como o próprio § 4º do art. 947 expressa, a assunção de competência é aplicável, igualmente, quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Neste caso, é perfeitamente possível a incidência de questões de direito em divergência entre câmaras ou turmas e de um tribunal sobre assuntos que se projetam em uma variedade de recursos, portanto, processos, por exemplo, das apelações TJ-RS - Apelação Cível AC 70057657892 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação Cível AC 70057457012 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação e Reexame Necessário REEX 70057601510 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação Cível AC 70058319880 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação Cível AC 70058319666 RS (TJ-RS), em que se discutia o direito do servidor público ao reajuste do vale-refeição no Estado do Rio Grande do Sul no período de 2000 a 2010.

LEGITIMIDADE

Expressa o § 1º do art. 947 do CPC que, ocorrendo a hipótese de assunção de competência, caberá ao relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, propor o incidente para que seja o recurso a remessa necessária ou a causa originária julgada pelo órgão colegiado ao qual o regimento interno do tribunal reportar.³

PROCEDIMENTO

Uma vez provocado e, reconhecendo os requisitos para a incidência da assunção de competência, estes devidamente comprovados pelo ofício do relator ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, o órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária do tribunal em questão (§ 2º do art. 947) e mesmo sendo conveniente a prevenção quanto à questão de direito reconhecida como relevante em sede de divergência entre câmaras ou turmas do próprio tribunal, como já observado no § 4º do 947 do CPC/2015.

Vale pontuar que, da instauração do incidente, prudente se fará a suspensão das demandas que versarem sobre a mesma matéria, até que se resolva a controvérsia. Proferido o acórdão no âmbito do incidente de assunção de competência, este vinculará, indistintamente, todos os juízes e órgãos fracionários a ele submetidos, salvo, evidentemente, a revisão da tese ali reconhecida (§ 3º do art. 947).

CASUÍSMOS DA ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

A respeito da prática da assunção de competência pelos tribunais brasileiros, muitas foram as decisões no sentido de utilizá-la, possibilitando, assim, o direcionamento ao colegiado destinado pelo relator, a fim de que a matéria fosse por aquele julgada, eliminando, desta forma, possíveis divergências sobre o tema, afastando o desconforto de decisões contrapostas em situações idênticas.

Tem-se como exemplo a situação oriunda do vale-refeição, instituído pela Lei Estadual (RS) nº 10.002/1993, em favor dos servidores estaduais, mas que, em razão de seu valor pecuniário ter sido fixado pela última vez pelo Decreto nº 35.139/1994, os pedidos judiciais de pagamento acabaram resultando em entendimentos judiciais distintos, ou seja, alguns magistrados entenderam não ser devido pelo Estado o vale-refeição, já que não se tinha novos valores fixados, enquanto outros juízes decidiam em sentido contrário.

Tal circunstância resultou num dissídio entre a 3ª Câmara Cível do TJRS, que reconheceu o direito dos servidores ao referido benefício, e a 4ª Câmara Cível do TJRS, com entendimento contrário.

Na sessão de julgamento da 4ª Câmara, de 19.5.2010, foi reconhecida a assunção de competência, na forma do art. 555, § 1º, do CPC/1973, determinando a suspensão de todos os recursos pertinentes ao tema no TJRS. Ao final, o incidente foi julgado pela 2ª Turma do TJRS (processo nº 70036863231) e acolhido por unanimidade (8 votos).

Na mesma oportunidade, a referida Turma julgou as apelações, reconhecendo o direito de os servidores públicos estaduais receberem o vale-refeição mensal, por maioria (5x3), resolvendo a divergência existente e promovendo o alcance da segurança jurídica.

Então, a assunção de competência se mostrou instrumento útil na promoção da economia processual, bem como no alcance à segurança jurídica.⁴

Na dicção do ministro Sidnei Benetti (RP 171/2012), do STJ, esta:

[...] Talvez mais nociva que a morosidade e a perda da qualidade jurisdicional, contudo, seja a dispersão jurisprudencial decorrente do julgamento individualístico (...). Essa dispersão gera perplexidades nos participantes dos negócios e incompreensão pública das coisas da Justiça [...].

Outro exemplo diz respeito ao direito de gratificação por assiduidade, paga aos professores do Estado de São Paulo. A Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na ocasião presidida pelo desembargador Antônio Carlos Viana Santos, fez uso do instituto da assunção de competência previsto no § 1º do artigo 555 do Código de Processo Civil de 1973.

No caso em tela, o que se discutia era o direito, ou não, ao pagamento da referida gratificação que o Governo do Estado de São Paulo oferece no final do ano aos professores assíduos durante o ano letivo. Beneficiários de ex-docentes, que recebem pensão estadual pediam a incorporação da gratificação em seus benefícios. Em defesa, o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (Ipesp) rebatia o pedido com base no argumento de que a gratificação chamada 'bônus mérito' é uma vantagem em prol do trabalho que está sendo realizado. Desta forma, ao cessar o trabalho desaparece o fato que dá causa à gratificação, devendo o seu pagamento ser suspenso.

A juíza de primeira instância julgou a favor do Ipesp e, diante da apelação dos pensionistas, a Décima Câmara de Direito Público – em julgamento que teve a participação dos desembargadores Antônio Celso Aguillar Cortez, Reynaldo Miliuzzi, Antônio Carlos Villen e Teresa Ramos Marques – decidiu evocar a assunção de competência e encaminhar a questão à Seção de Direito Público. Por conta do elevado número de processos que tratava do mesmo tema e da divergência que vinha ocorrendo entre as câmaras, a Décima Câmara considerou importante “dar a todos aqueles que estão em idêntica situação jurídica idêntico tratamento”.⁵

De acordo com Teresa Ramos Marques, relatora da apelação:

O deslocamento do julgamento permitiria o conhecimento da jurisprudência dominante sobre o tema, ensejando não só maior celeridade no julgamento dos demais processos em andamento, como também a influência do entendimento majoritário.

A relatora ainda afirmou que, embora a decisão dali gerada não fosse vinculante, “o entendimento jurisprudencial dominante convence a minoria, que também prefere evitar a injustiça do tratamento desigual”. E concluiu que a tomada de posição uniforme “reflete até mesmo na conduta processual das partes, pois tendem a cessar a interposição de recursos quando constatam que serão ineficazes”.

Ao final, a tese vencedora, votada pelos membros da Seção de Direito Público, foi de que não cabe aos pensionistas e aposentados o direito de receber o bônus.⁶

Nesta mesma toada, a assunção de competência alcança também o Direito Processual do Trabalho, sendo, até então, utilizada pelos tribunais trabalhistas por meio de aplicação subsidiária do art. 555 do § 1º do CPC, mas passando a ser por este utilizada, especificamente no recurso de revista, por força da Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, que promoveu profundas alterações na CLT, mais especificamente no capítulo atinente aos recursos trabalhistas, em especial sobre os recursos de revista, tratando ainda de temas de relevância, como uniformização da jurisprudência, recursos repetitivos e assunção de competência.

No que se refere à aplicação da assunção de competência pela Justiça do Trabalho, ainda por meio de utilização subsidiária do Código de Processo Civil, quando não se tinha lei específica afeta à matéria pôde-se ilustrar através da situação específica apresentada no agravo de petição, interposto no processo de Execução Fiscal, originário da 4ª Vara do Trabalho de Vitória – Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (Processo n. 0104100-25.2005.5.17.0004) –⁷ cujo relator foi o desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, ocasião em que se discutia a aplicação, ou não, da remissão prevista na Lei nº 11.941/2009, no tocante à interpretação do § 1º do artigo 14, quando o relator, considerando se tratar de matéria envolvendo interesse público, manifestou-se no sentido de submeter a questão ao Tribunal Pleno, aplicando, assim, a assunção de competência para o julgamento do recurso, nos termos do artigo 555, § 1º do CPC/1973.

Em consonância com o posicionamento do relator, os demais julgadores, por unanimidade, se posicionaram favoráveis à submissão da questão ao Tribunal Pleno do referido TRT, o qual foi submetido à sessão ordinária do Pleno do dia 23/06/10, ante o pedido de vista do desembargador José Luiz Serafini, após, por maioria, admitir a assunção de competência no tocante à interpretação do § 1º do artigo 14 da Lei nº 11.941/2009 e, quanto ao ônus da União demonstrar a dívida separada ou globalmente sobre cada débito, isto porque o mencionado dispositivo legal determina, justamente, que a remissão se dará dentro dos limites de prazo e valores estabelecidos no *caput* do art. 14 e que tal limite deve ser considerado por sujeito passivo, separadamente, de acordo com a natureza do débito com a União.

Em decorrência de a matéria ter sido debatida na sessão oriunda da assunção de competência pelo Pleno do referido Tribunal, foi editada a Súmula nº 12 do TRT 17, consolidando entendimento sobre o tema, evitando-se, assim, a proliferação de decisões divergentes.

Outra situação afeta ao processo do trabalho decorreu da necessidade de o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná compor divergências ocasionadas por entendimentos variados sobre o prazo prescricional para o exercício do direito de ação, no qual se pleiteava o pagamento de diferenças sobre a multa do FGTS, diferenças estas advindas de expurgos inflacionários.

Os pedidos eram pautados na Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, que reconheceu as lesões praticadas e estabeleceu os índices devidos, atribuindo aos trabalhadores o direito à correção do FGTS pelos expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos denominados “Collor I” e “Verão”. E, a partir daí, discussões surgiam quanto ao prazo prescricional para propositura da referida ação.

Assim, visando prevenir e/ou compor divergências, a Segunda Turma do TRT/PR suscitou assunção de competência ao Pleno daquele Tribunal Regional e, tendo sido reconhecido o interesse público na matéria, admitiu a referida assunção nos termos do art. 55, I, do Regimento Interno, conforme Certidão de Julgamento no processo TRT-PR 51068-2004-658-09-00-6 (ROPS 01436-2004), de 25.10.2004.⁸

Tendo como relatora a desembargadora Ana Carolina Zaina, o Pleno reconheceu o precedente intramuros, firmando, sobre o tema, o entendimento de ser “da data da publicação da lei complementar o termo inicial da prescrição para reclamar”,⁹ justificando o posicionamento com a afirmativa de que somente com o advento da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, restou reconhecido o direito dos trabalhadores à correção do FGTS pelos citados expurgos inflacionários. Logo, o direito de ação para os empregados dispensados antes da referida lei foi renovado, iniciando a fluência de prazo a partir da data de sua publicação.¹⁰

Com base em tal posicionamento firmado pelo Pleno Regional, a Justiça do Trabalho do Paraná, por meio de seus magistrados, passou a adotar o referido posicionamento de forma a se evitar decisões discrepantes. Evidencia-se, portanto, mais uma vez, a contribuição da assunção de competência na promoção do acesso à Justiça.

Conforme a redação do *caput* do artigo 896-C da CLT, resultante da Lei nº 13.015/2014, a CLT passou a prever que, quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os ministros desta Seção ou das Turmas do Tribunal.

Este é justamente o incidente de assunção de competência, tratado na lei trabalhista como afetação de competência, sendo cabível apenas para o recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, mas buscando alcançar os mesmos propósitos já idealizados pelo processo civil quando de sua construção.

No que se refere ao procedimento a ser adotado pelo tribunal, neste caso específico de assunção de competência trabalhista, conforme determina o § 2º do artigo 896-C da CLT, o presidente da Turma ou da Seção Especializada que afetar processo para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos deverá expedir comunicação aos demais presidentes de Turma ou de Seção Especializada, que poderão afetar outros processos sobre a questão para julgamento conjunto, a fim de conferir ao órgão julgador visão global da questão.

Complementando o raciocínio, tem-se o § 5º do mesmo artigo, o qual deixa claro que o “relator no Tribunal Superior do Trabalho poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo”.

Desta forma, fica evidenciado que a Lei nº 13.015/2014, ao inserir a assunção de competência na CLT, se apropriou da técnica prevista no CPC, visando obter não só maior celeridade no processamento dos julgamentos dos recursos de revista, mas também possibilitando a redução das divergências nos resultados dos julgados, fator que resulta em segurança jurídica, convergindo também para o cumprimento do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF, acrescentado pela EC nº

45/2014, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que a tônica norteadora do CPC/2015 se faz expressada pela tentativa de conceder isonomia e previsibilidade aos julgados, de modo a operar a necessária segurança jurídica aos jurisdicionados, labor hercúleo e de esforços comuns a todos os que operam junto ao serviço público da Justiça.

O incidente de assunção de competência se coloca como um dos instrumentos legislativos aptos a perseguir os predicados supracitados, de modo a possibilitar racionalidade a uma relevante questão de direito entendida como de relevância social com potencial de gerar, em caso de possíveis interpretações díspares, grave ofensa a isonomia, o que, bem por isso, possui a virtude da prevenção a tal ofensa como sua característica preponderante e por tudo, louvável se bem operada. **■**

NOTAS

- 1 Enunciado n. 469 do FPPC: “A ‘grande repercussão social’, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política”.
- 2 Enunciado n. 334 do FPPC: “Por força da expressão “sem repetição em múltiplos processos”, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos”.
- 3 Enunciado n. 468 do FPPC: “O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal”.
- 4 Disponível em: <www.espacovital.com.br>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- 5 Disponível em: <www.oabsp.org.br>. Acesso em: 21 dez. 2017.
- 6 Idem.
- 7 Disponível em: <<http://www.trt17.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2017.
- 8 Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>> Acesso em 20.12.2017.
- 9 Idem.
- 10 Idem.

REFERÊNCIAS

- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Coords.). *Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*. Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.



ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR é Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – PT. Pós-Doutor em Processo e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito pela UGF. Pós-Graduado em Direito Processual pela UGF. Professor adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRJ. Membro ordinário efetivo da *International Association of Procedural Law* – IAPL. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro efetivo do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da Associação de Direito e Economia Europeia – ADEE. Membro efetivo da Comissão Permanente de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB NACIONAL. Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/MG. Advogado.

O incidente de assunção de competência e a sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça

■ POR RODRIGO FRANTZ BECKER E MARCO AURÉLIO PEIXOTO

“Trata-se, sem dúvida, de incidente dos mais úteis previstos no CPC/2015, que ainda sedimenta suas bases na doutrina e começa a fincar seus pilares na jurisprudência. Ao lado de outros instrumentos, como os recursos repetitivos e o IRDR, certamente haverá de contribuir, dentro em muito breve, para a segurança jurídica e para a estabilidade de nosso ordenamento processual.”



O Código de Processo Civil de 2015 idealizou uma nova forma de se proceder ao julgamento de processos nos tribunais, que se fundamenta na relevância do caso concreto, a partir da análise da repercussão social e do interesse público envolvidos na hipótese concreta.

Trata-se do incidente de assunção de competência, regulamentado pelo art. 947 do código, que dispõe ser admissível a assunção de competência em duas hipóteses: i) quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos; e ii) quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

O IAC veio a substituir o antigo incidente de uniformização de jurisprudência, que era regido pelos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil de 1973, o qual, por sua vez, já havia substituído os prejudgados do Código de Processo Civil de 1939.

Por óbvio, inserido na sistemática de valorização dos precedentes, fruto da novel legislação processual, o IAC apresentou distinções em relação ao instituto previsto no Código revogado. E a mais importante delas reside exatamente na força vinculante da tese que houver por se firmar em seu julgamento, outrora inexistente.

O uso do IAC tem se dado em escala bem maior que o uso do antigo incidente de uniformização de jurisprudência. Não era tão comum a utilização do antigo incidente, mormente pela ausência do referido efeito vinculante, mas também em função do fracionamento que existia entre a decisão da tese jurídica e o julgamento do mérito do processo/recurso. Já há vários casos de IAC admitidos no âmbito de tribunais inferiores, quer estaduais, quer federais, bem como, no próprio STJ.

Verifica-se, de pronto, pela redação do dispositivo que não se cuida efetivamente de uma medida apartada, de um novo processo ou de um recurso, mas tão somente de uma dinâmica diferenciada de julgamento, chamada de incidente, porque ocorrerá a partir de um impulso de um dos seus legitimados, no curso de um processo em tramitação no Tribunal.

Esse impulso será processado como um incidente, nos próprios autos, e, caso admitido, será julgado na forma determinada pelo art. 947, § 1º, do CPC/15, que estabelece

que tal julgamento ocorra no órgão especial indicado pelo regimento interno dos tribunais.

Para que o procedimento diferenciado seja aplicado a um processo, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, permitindo, assim, que seja dado a ele o destaque necessário:

- a) questão de direito;
- b) grande repercussão social;
- c) sem repetição em múltiplos processos;
- d) existência de interesse público.

Vê-se, portanto, que os requisitos são cumulativos, daí por que todos devem estar presentes para que seja admitido pelo relator e levado a julgamento pelo órgão especial.

Quanto aos requisitos, pode a questão de direito ser tanto de direito material quanto processual, excluindo-se, por certo, as questões fáticas.

Deve, ainda, haver grande repercussão social, expressão aberta, que deixará a critério do julgador a interpretação, mas que certamente origina-se da necessidade de haver reflexos da decisão na sociedade em geral.

O requisito da dispensabilidade de repetição em múltiplos processos é que distingue essa figura do incidente de resolução de demandas repetitivas, em que a exigência da repetição da tese em vários processos é indispensável.

Por fim, o interesse público (art. 947, § 2º, do CPC) relaciona-se diretamente com a repercussão social, na medida em que é necessário que o processo tenha relevância social com potencial para afetar determinada esfera da sociedade nos mais variados segmentos.

Vale ressaltar que cabe ao relator do processo a verificação dos três primeiros requisitos, enquanto o último cabe ao órgão especial a sua análise, no momento do julgamento.

Como visto acima, o momento para se suscitar o incidente ocorre quando no julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, desde que haja relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Todavia, o incidente de assunção de competência também é cabível quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (art. 947, § 4º), hipótese que muito se aproxima do antigo incidente de uniformização de jurisprudência do CPC/73. Referida hipótese é similar à que se tinha no antigo incidente de uniformização de jurisprudência, já que se destina àquelas situações em que houver relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Para esses casos, a questão não precisa necessariamente ser de grande repercussão social¹.

Esta técnica de julgamento, revelada na forma de incidente, expõe uma das facetas do novo CPC, consubstanciada na formação de precedentes. Ainda que não seja o método histórico de se criar um precedente, originado no direito anglo-saxão², certo é que o código pretendeu que assim fosse ao dispor que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

Para garantir a observância dos acórdãos proferidos em julgamento de IAC, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público, conforme o inciso IV do art. 988 do CPC.

Exsurge, assim, que o incidente de assunção de competência é uma técnica que visa criar um “precedente”, com efeito vinculante, que certamente terá reflexos importantes, na medida em que possibilitará a redução de demandas e objetivação dos julgamentos posteriores que tratem de tema idêntico.

Sobre a diferença deste incidente dos demais meios de formação de precedentes do novo CPC, valem as observações de Marco José Porto Soares:

É a única técnica vinculante, entre as outras do nosso sistema processual, em que há o julgamento de um caso concreto isolado (e não apenas formação de teses jurídicas), o que é condição *sine qua non* para a formação de um precedente.

(...)

A característica que distingue o incidente de assunção de competência dos demais, a ponto de vê-lo mais próximo da linha de formação dos precedentes no sistema do *common law*, é que por meio dele se dá efetivamente e prioritariamente o julgamento de um caso específico e concreto, com a explicitação de uma *ratio decidendi*, o que não ocorre para a criação das súmulas vinculantes, das orientações jurisprudenciais, e até mesmo de decisão emanada de um incidente de resolução de demandas repetitivas.³

O poder vinculante possuído pelo IAC é também detido pelo incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, o que tem levado alguns operadores do Direito, inclusive no âmbito dos tribunais, a certa confusão quanto ao uso dos dois institutos.

De fato, há semelhanças entre o IAC e o IRDR, que não se limitam ao poder vinculante por ambos possuído. Tanto um como o outro geram, por exemplo, a partir de suas teses, a possibilidade de julgamento pela improcedência liminar do pedido (art. 332, III), a possibilidade de julgamento monocrático pelo improvimento ou pelo provimento (art. 932, IV e V) e representam exceções específicas ao cabimento da remessa necessária (art. 496, § 4º, III).

No entanto, há diferenças conceituais e práticas que não podem e nem devem ser ignoradas entre os dois incidentes. Uma das distinções reside no cabimento dos incidentes nos tribunais superiores. Apesar de algumas posições doutrinárias em contrário⁴, entendemos que o IRDR haverá de ser julgado apenas nos tribunais inferiores, ao passo em que o IAC tanto pode ser suscitado nos tribunais inferiores, como também no âmbito dos tribunais superiores, como o STJ e o STF. Pensamos não ser cabível o IRDR nos tribunais superiores porque, para o julgamento de casos repetitivos nestas cortes, já há os recursos excepcionais repetitivos, que igualmente produzem teses com força vinculante.

Outra diferença é no que toca à suspensão dos processos. Ao passo em que há previsão expressa para tanto no IRDR (art. 982, I, do CPC/2015), não há idêntica regra no art. 947. Ocorre que, fazendo parte do microsistema de formação de precedentes obrigatórios ou vinculantes, ao IAC devem ser aplicadas normas outras que compõem esse microsistema. Assim, por uma questão de coerência, se está sob análise de um tribunal um IAC, para formação de uma tese, se no âmbito

desse tribunal surgirem questões que sejam alusivas àquela temática afetada, não há razões para o prosseguimento de tais questões, merecendo para tanto a suspensão, por analogia ao art. 982, I, do CPC/2015. O STJ, como se verá mais adiante, vem aplicando dita interpretação, visto que, nos três IAC que já foram admitidos naquela corte superior, há processos suspensos em razão da decisão de admissão. Não é o caso, por outro lado, de se aplicar o art. 982, §3º, que versa sobre o pedido de suspensão nacional, por se tratar de regra direcionada à gestão e julgamento de casos repetitivos⁵.

Há diferenças significativas também no que pertine às hipóteses de cabimento. O IRDR está previsto no art. 976 do CPC/2015 como cabível quando houver, de modo simultâneo, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Não há IRDR preventivo, ou seja, é necessário que as demandas já sejam múltiplas e com decisões divergentes, e não com mero potencial de virem a ser.

Já o IAC não apresenta ditos requisitos. Pelo contrário, há expressa vedação ao cabimento do IAC quando houver multiplicidade de processos. Há inclusive enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, de número 334, que indica que não cabe o IAC quando houver julgamento de casos repetitivos. Cabe o IAC, por outro lado, diante de relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

No tocante ao procedimento do IAC, uma vez suscitado o incidente de ofício, a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, e preenchidos os requisitos, compete ao órgão especial, indicado pelo regimento o julgamento do processo.

Cabe observar que o CPC utiliza o termo “assunção” no sentido de elevar a competência, remetendo o processo a um órgão de composição mais recheada, permitindo, assim, um debate mais amplo sobre a matéria, notadamente em razão da relevância social e do interesse público que envolvem o julgamento.⁶ Há, portanto, deslocamento que se dá no campo da competência funcional, que é de natureza absoluta.

Como o CPC remeteu ao regimento interno a escolha do órgão especial que deverá julgar o incidente, e ainda em razão da necessidade de se regulamentar esse incidente no âmbito da Corte, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Emenda Regimental 24, de 28 de setembro de 2016.

Por tal emenda, agora, os recursos especiais repetitivos, os enunciados de súmula do STJ, e os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência são identificados como “precedentes qualificados” (art. 121-A do Regimento Interno).

Disciplinou, ainda, a emenda, que caso preenchidos os requisitos regulados no código, o relator ou o presidente deverá propor, de ofício, a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que o julgamento seja realizado pelo órgão colegiado indicado pelo Regimento Interno e que a decisão que admite o processamento do IAC é irrecorrível (art. 271-B do RISTJ).

De acordo com o RISTJ, cabe à Corte Especial daquele Tribunal o julgamento do IAC quando a matéria for comum a mais de uma seção (art. 11, VI, do RISTJ),

alterado pela emenda 24), e a uma das Seções quando a matéria for restrita a uma seção (art. 12, IX, do RISTJ, alterado pela emenda 24).

Ainda de acordo com a redação da Emenda 24, a Corte Especial ou a Seção, conforme o caso, deve admitir o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária caso reconheça interesse público na assunção de competência (parágrafo 1º do art. 271-B. do RISTJ).

Outra novidade é que a votação quanto à admissibilidade do processo para julgamento sob o rito da assunção de competência se dará em meio eletrônico.

Mesmo em caso de desistência ou de abandono, persistirá a análise do mérito, porquanto, nessa hipótese, desde que não seja requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente e assumirá a titularidade do processo (parágrafos 2º e 3º do art. 271-B, do RISTJ).

A nova emenda regimental também permite que o relator ou o presidente façam diligências necessárias ao deslinde da controvérsia, bem como permite a presença de *amicus curiae* (pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia), que poderão requerer a juntada de documentos e a adoção de outros procedimentos que considerarem necessários (art. 271-D, do RISTJ).

A emenda determina que o quórum mínimo de presença para iniciar o julgamento seja de dois terços dos membros do colegiado (art. 271-E)

No passo do CPC/15, o acórdão proferido pela Corte Especial vinculará todos os órgãos do tribunal, e, se prolatado por Seção, vinculará as turmas e os ministros que a compõem, exceto se houver revisão de tese (art. 271-G).

Por fim, para dar mais transparência à tramitação desses precedentes, o parágrafo único do art. 271-G, do RISTJ, determina que a relação dos incidentes de assunção de competência pendentes de julgamento e julgados, delimitados e numerados, deve ser divulgada, em destaque, no *site* do STJ na internet.

A novidade é interessante no CPC/2015, e andou bem o Superior Tribunal de Justiça em regulamentar o incidente de assunção de competência nestes termos, permitindo que seja realizado um julgamento mais democrático, haja vista a importância e a relevância dos temas que serão submetidos a este rito processual.

No STJ, já há, até o momento, três incidentes de assunção de competência admitidos.

Como visto, o procedimento de admissão dos incidentes de assunção de competência no STJ deve obediência, além das disposições do CPC/2015, ao contido no Regimento Interno daquela Corte, com as alterações decorrentes da Emenda Regimental n. 24/2016. Tal emenda considera os acórdãos proferidos nos incidentes precedentes qualificados, e estabeleceu que cabe à Corte Especial o julgamento do IAC quando a matéria for comum a mais de uma Seção e à Seção quando a matéria for a ela restrita. Além disso, a mesma emenda previu, na linha do que muitos já defendiam, a aplicabilidade de algumas disposições do IRDR para o procedimento do IAC, a exemplo da oitiva de partes e demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 271-D, caput, do Regimento Interno) e da possibilidade de realização de audiências públicas (art. 271-D, § 1º, do Regimento Interno).

Nas três situações até então admitidas, em nenhuma delas o IAC foi afetado à Corte Especial.

O tema 1, cuja admissão se deu em sessão ocorrida em 08 de fevereiro de 2017, na Segunda Seção, deu-se no âmbito do RESP 1.604.412/SC, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Bellize, e diz respeito a duas questões, quais sejam, o cabimento de prescrição intercorrente e eventual imprescindibilidade de intimação prévia do credor, e a necessidade de oportunidade para o autor dar andamento ao processo paralisado por prazo superior àquele previsto para a prescrição da pretensão veiculada na demanda.

Neste caso, a suscitação se deu de ofício, e a controvérsia gira em torno basicamente da definição se, para o reconhecimento da prescrição intercorrente, é imprescindível a intimação do credor, bem como a garantia de oportunidade para que dê andamento ao processo paralisado por prazo superior àquele previsto para a prescrição da pretensão executiva. Verificou-se que a Terceira Turma do STJ possuía entendimentos no mesmo sentido do acórdão que gerou o recurso especial, no sentido da desnecessidade. Por outro lado, foram identificados entendimentos contrários no âmbito da Quarta Turma, o que revelou atual e notória divergência dentro da Segunda Seção, sendo a matéria de direito e de relevante interesse social, de sorte a ser o caso da aplicação do art. 947, §4º, no intuito de ser composta a divergência entre as turmas daquela seção.

O incidente foi admitido por unanimidade, e já teve o julgamento iniciado, em sessão de 08 de novembro de 2017, quando o Ministro Relator conheceu do recurso especial, dando-lhe provimento e fixando a tese do IAC. O julgamento foi suspenso em razão do pedido de vistas antecipado do Ministro Luís Felipe Salomão. Conforme atualização constante do site do STJ, há cinquenta processos suspensos em decorrência de tal IAC.

O tema 2, admitido em 14 de junho de 2016, também na Segunda Seção, ocorreu no RESP 1.303.374/ES, tem como relator o Ministro Luís Felipe Salomão, e cuida do prazo anual de prescrição em todas as pretensões que envolvam interesses de segurado e segurador em contrato de seguro.

A instauração do incidente também se deu de ofício, e diz respeito à questão de ser ou não anual o prazo da prescrição em todas as pretensões que envolvam segurado e segurador, e não apenas nas ações indenizatórias e independentemente do nomen iuris declinado na exordial e da extensão do pedido formulado. O relator observou que a posição do STJ, até então, era de aplicar a prescrição anual aos casos decorrentes de indenização securitária, não tendo se deparado ainda com a tese da aplicação ampla. Para tanto, a admissão se deu, diferentemente da tese 1, não em função da existência de divergência atual entre turmas da mesma seção, mas em função da necessidade de prevenir futura divergência, dada a relevância social da questão. A admissão se deu por unanimidade, tendo havido maioria apenas no que disse respeito à delimitação da tese objeto do IAC. Ainda pendente de julgamento no mérito, há atualmente dez processos suspensos em função da admissão do IAC em tela.

Já o tema 3, admitido em 11 de outubro de 2017, ocorreu na Primeira Seção, fruto de dois processos (RMS 53720/SP e RMS 54712/SP), tem como relator o Ministro Sérgio Kukina e versa sobre a adequação do manejo do mandado de segurança para atacar decisão judicial que extingue execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80.

O cerne da controvérsia, cuja instauração igualmente se deu de ofício, reside na definição se é adequado o manejo do mandado de segurança para atacar decisões judiciais que extinguem execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80. Havia entendimento anterior da Seção quanto ao cabimento, mas houve modificação no entendimento das turmas, que passaram a não mais admitir o remédio constitucional. Apesar disso, foram detectadas outras decisões, restaurando o entendimento anterior, pela admissão do mandado de segurança. Para tanto, a exemplo da tese 1, o objetivo foi o de compor a divergência detectada, no sentido de que seja uniformizada a questão no âmbito da Primeira Seção daquela Corte Superior. No caso concreto, o recurso estava afeto à sistemática dos repetitivos e, por maioria, foi retirada a sua afetação e determinado que fosse afetado de acordo com o rito do IAC. Também está pendente de julgamento no mérito. Estão suspensos, em decorrência desse IAC, onze processos.

Trata-se, sem dúvida, de incidente dos mais úteis previstos no CPC/2015, que ainda sedimenta suas bases na doutrina e começa a fincar seus pilares na jurisprudência. Ao lado de outros instrumentos, como os recursos repetitivos e o IRDR, certamente haverá de contribuir, dentro em muito breve, para a segurança jurídica e para a estabilidade de nosso ordenamento processual. 

NOTAS

- 1 PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Há possibilidade de utilização do incidente de assunção de competência quando houver repetição de demandas a respeito de uma mesma relevante questão de direito?*In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOLBACH, Marcela (coordenadoras). *Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 346.
- 2 O precedente não era formado *a priori*, e sim, *a posteriori*, depois de um tempo de maturação da tese em diversos julgados.
- 3 SOARES, Marco José Porto. Do incidente de assunção de competência, disponível em: https://www.academia.edu/28789900/Do_Incidente_de_Assunção_de_Competência, p. 6-7.
- 4 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 630.
- 5 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 669.
- 6 Este deslocamento é chamado de afetação por CORTES, Osmar Mendes Paixão *in*Breves Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenação Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 2111.

ARQUIVO PESSOAL



RODRIGO FRANTZ BECKER é Advogado da União. Mestre em Direito pela UnB. Ex-Procurador-Geral da União. Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB/DF. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do IDP em Brasília e Goiânia e da Pós-Graduação da Atame. Membro-fundador e Vice-Presidente da ABPC(Associação Brasileira de Direito Processual Civil). Membro da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual).

ARQUIVO PESSOAL



MARCO AURÉLIO PEIXOTO é Advogado da União. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista em Direito Público pela UnB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Associado Fundador da ANNEP - Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo, Professor Honorário da Escola Superior da Advocacia Ruy da OAB/PE, da Graduação em Direito da Faculdade Estácio do Recife, das Especializações em Direito Processual Civil da Faculdade Estácio do Recife, Facesf e Espaço Jurídico. Vice-Diretor da Escola da AGU na 5ª Região. Conselheiro Seccional da OAB/PE.



Do Incidente de Assunção de Competência

■ POR MARCOS JOSÉ PORTO SOARES

“Neste caminho para corrigir equívocos do passado, em que em se viu o processo civil muitas vezes servir de canal para tratamento desigual quando não poderia, é que se descortina o incidente de assunção de competência. Um importantíssimo instituto, agora totalmente reformulado, com a base técnica assentada pelo Novo Código de Processo Civil, voltado para a concretização de igualdade e justiça nas decisões do Poder Judiciário.”

“ Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.”¹ E é em razão disso, que objetivando assegurar que demandas de semelhante natureza tenham desfechos similares, o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 947, contemplou o “Incidente de Assunção de Competência”, ao dispor:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito do qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

A assunção de competência consiste no deslocamento da competência funcional de órgão fracionário que seria originariamente competente para apreciar o recurso, processo de competência originário ou remessa necessária, para um órgão colegiado de maior composição, devendo a lide ser isolada e envolver situação de relevante questão de direito com repercussão social. O acórdão proferido pelo órgão colegiado consubstanciará em um precedente que vinculará todos os órgãos daquele tribunal, que diante de outro caso igual não poderão decidir de maneira diversa.

Imagine o julgamento que envolva a alteração de um registro de nascimento para a mudança de sexo, de feminino para masculino, depois de realizada cirurgia de redesignação sexual. Este julgamento, apesar de ser de um caso isolado, aparenta ser de grande importância para a sociedade, diante da evolução da consciência moral que a condição do gênero não pode se dissociar da dignidade da pessoa humana. O relator, ao apreciar o recurso, poderá, ou mesmo deverá, tratando-se de uma relevante questão de direito e tenha repercussão social, determinar a instauração do incidente de assunção de competência. Uma vez que a decisão do Tribunal terá o condão de servir como precedente para outras situações idênticas, deverá ela ser proferida por um órgão colegiado maior. Entendendo este órgão que não se pode vedar a alteração de registro de nascimento, esta decisão será um precedente, que vinculará todos os juízes e órgãos fracionários daquele tribunal.

UM NOVO INSTITUTO: DISTINÇÕES ENTRE O VELHO E O NOVO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Grande parte da doutrina que se forma com base no novel Código de Processo Civil diz que este instituto não é novidade, sendo que já existia no Código de 1973, em seu art. 555, § 1º.²

Com efeito, as expressões utilizadas nos dois dispositivos são semelhantes, e uma leitura rápida destes pode trazer a ilusão de tratarem de idêntica técnica processual. Mas, como se verá adiante, são tantas as diferenças que crê-se que o novo Código de Processo Civil trouxe para o sistema jurídico brasileiro um novíssimo e importante instituto vocacionado para a formação e aplicação de precedentes vinculantes.

Conquanto tenham sido batizados com o mesmo nome, não é correto dizer que o incidente de assunção de competência previsto no art. 555, §1º do Código de Processo Civil de 1973 fora simplesmente transportado para o art. 947 do Novo Código.

Mediante uma leitura atenta das redações dos referidos artigos é possível extrair que as divergências iniciam com os requisitos para o seu processamento, pois enquanto o velho código exigia apenas “relevante questão de direito”, o NCPC³ roga para que esta relevante questão de direito seja qualificada pela “repercussão social” e ainda expressamente o afasta das hipóteses em que há repetição em múltiplos processos.

Ademais, houve ampliação de forma considerável do campo de atuação do instituto, isso porque antes era cabível apenas nos agravos e apelações, ao passo que agora poderá ser invocado em qualquer recurso, remessa necessária e em processos de competência originária do tribunal.

As diferenças não param por aí. Outra alteração significativa se encontra no fato de que sob a égide do Código Buzaid o relator *poderia* propor a assunção, já segundo o art. 947 do novo *Codex*, “ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator *proporá*”. Nota-se, portanto, que verificada a possibilidade da assunção de competência, o relator deverá, obrigatoriamente, propô-la.

O Novo CPC também inova com a previsão legal de que as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública estão legitimados a requerer o incidente de assunção de competência.

E, por fim a mais importante novidade - a que crê-se fulminar de vez o incidente do código revogado para dar lugar a um novo instituto - uma vez proferido acórdão em assunção de competência, todos os demais juízes e órgãos fracionários estarão à ele vinculados, de modo que toda a atividade desenvolvida durante o incidente terá como objetivo a formação de um precedente vinculante.

Essas alterações estão consoantes com o espírito federativo sobre o qual se assenta a organização dos entes na Constituição Federal. Ela possibilitará aos tribunais estaduais e regionais federais a consolidação jurisprudencial dentro de cada ente federativo, levando-se em conta a sua própria legislação, seus usos e costumes, contribuindo, desta forma, com a identidade e autonomia do estado federado também na sua jurisdição, pondo em prática o determinado no art. 926 do NCPC, segundo o qual “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTE VINCULANTE

Precedente vinculante

Antes de apontar por que o incidente de assunção de competência é uma técnica de criação de precedente vinculante, importa dissertar sucintamente sobre a origem, o conceito e os requisitos dos precedentes vinculantes.

A técnica dos precedentes vinculantes, também denominada de *stare decisis*⁴, foi moldada na Inglaterra e posteriormente levada aos Estados Unidos da América. A sua característica principal é dar força ao precedente, para que este tenha poder de vincular futura decisão. Na Inglaterra, até meados do século XIX não havia propriamente uma regra jurídica que obrigasse a vinculação ao precedente. Existia apenas uma tradição de seguir as decisões da mesma Corte ou de Cortes hierarquicamente superiores. Foi em um precedente judicial datado de 1861 que a Câmara dos Lordes arraigou-se do poder de manter imutáveis suas próprias decisões.

No *common law* a atuação do juiz se limita a decisões anteriormente proferidas. Só que não é toda e qualquer decisão que se consubstanciará em precedente. Marinoni⁵ assinala que: “Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.”

Para que um precedente exerça a sua aptidão vinculante, no *common law*, deverão estar presentes três requisitos: a) a força vertical, ou seja, deverá ser emanado por uma corte hierarquicamente superior e da mesma jurisdição daquele órgão julgador que o utilizará⁶; b) a sua não superação⁷, e; c) haver identidade entre as matérias, ou seja, que os casos julgados possuam a mesma *ratio decidendi*.

Nota-se que para que uma decisão seja um precedente é imprescindível que ela tenha se constituído sobre um caso concreto. Pois dele é que se extraíra o núcleo irradiador da razão – a *ratio decidendi* – que levou o julgador a decidir daquele modo específico, e que vinculará os demais casos levados, com idêntica razão de decidir, àquele tribunal.⁸

Importa enfatizar que do precedente não se emana uma regra abstrata: este será sempre dotado de concretude por estar ligado a um caso específico levado a julgamento. E por isso, assinala Rossi⁹: “Construir um precedente não é tarefa simples, pois exige exaustiva fundamentação.”

O incidente de assunção de competência do NCPC como técnica que mais se aproxima da formação dos precedentes do *common law*

Já é constatação comum na seara processual a aproximação do sistema brasileiro ao *common law* de origem inglesa. O Código de Processo Civil de 2015 é o ponto culminante deste movimento, tanto por criar novos institutos, como manter algumas técnicas de vinculação das decisões, sejam os precedentes ou equiparados.

O poder de vinculação do acórdão proferido em um incidente de assunção de competência está previsto em diversos dispositivos do NCPC. O § 3º do art. 947, assinala que: “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários (...)”. Além desse, destacam-se o teor dos art. 332, inciso III¹⁰ e o 932, inciso IV, alínea c¹¹. E por fim, ressalta-se o disposto no art. 927, que impõe a observância dos acórdãos em incidente assunção de competência aos juízes e aos tribunais.

Aliado ao incidente de assunção de competência, o código processual civil também desfere força vinculante: às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados das súmulas vinculantes; aos acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e repetitivos; aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e, às orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ousa-se dizer, como forma de exaltar a sua importância, que o incidente de assunção de competência, em comparação com os demais institutos vinculantes acima dispostos, é técnica que mais se aproxima daquela em que se cria um precedente no sistema *common law*. É a única técnica vinculante, entre as outras do

nosso sistema processual, em que há o julgamento de um caso concreto isolado (e não apenas formação de teses jurídicas), o que é condição *sine qua non* para a formação de um precedente. Além do mais, todos os outros elementos de formação de um precedente, como a não derrogação via *ouerruling*, e o respeito a posição hierárquica do órgão que emana a decisão – a chamada força vertical –, estão presentes como requisitos para a formação e aplicação de uma decisão no incidente de assunção de competência.

A ligação do incidente de assunção de competência, tal como previsto no novo Código de Processo Civil, em torno de um caso específico e concreto a ser julgado é uma marca já identificada por respeitáveis juristas. Assinala Cassio Scarpinella Bueno¹², nesse viés, que o julgamento referido neste § 2º deve ser entendido no sentido de haver julgamento do caso concreto e não, apenas, de fixação ou enunciado da tese relativa à “relevante questão de direito”. Este grande diferencial em relação as demais técnicas de formação de decisões vinculantes, também foi visto por Júlio César Rossi, que se refere ainda a outros grandes doutrinadores: “Podemos, desde logo, perceber que nosso modelo de precedentes (Súmula vinculante, Recurso Extraordinário com repercussão geral, Recurso Especial repetitivo e o IRDR) difere, em muito, do genuíno precedente estadunidense ou inglês, como já asseveramos neste trabalho, bem como indicam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud ao analisarem os fundamentos do Novo CPC à luz das particularidades ínsitas à nossa tradição do *civil law* se comparadas ao *common law*.”¹³ A característica que distingue o incidente de assunção de competência dos demais, a ponto de vê-lo mais próximo da linha de formação dos precedentes no sistema do *common law*, é que por meio dele se dá efetivamente e prioritariamente o julgamento de um caso específico e concreto, com a explicitação de uma *ratio decidendi*, o que não ocorre para a criação das súmulas vinculantes, das orientações jurisprudenciais, e até mesmo de decisão emanada de um incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em relação as súmulas, o que se destaca são seus enunciados, que por sua vez são normas abstratas e genéricas, que não se remetem a um caso concreto¹⁴. Localizar a *ratio decidendi* em um enunciado de uma súmula é uma missão quase impossível (para não dizer impossível). Este é o ponto que inviabiliza a inserção das súmulas na mesma categoria dos precedentes, tal como dispostos no sistema originário da *common law*. Abboud¹⁵ e Carreira¹⁶, nessa trilha, explicitam que as súmulas vinculantes não são precedentes judiciais, vez que envolvidas por um grau de generalidade que as distanciam *prima facie* dos casos concretos que justificaram a sua implantação. Por sua vez Streck¹⁷ diz que um precedente não cabe num enunciado. Para o jurista gaúcho existe uma diferença entre o “que é precedente no *common law* e o que pensa que é um precedente no direito brasileiro. Nos Estados Unidos, precedente tem nome e sobre nome; aqui, uma súmula (para falar apenas em um “tipo” de “precedente”) possui apenas um número.” Afirma, ainda, que o precedente lá serve para resolver casos passados; aqui, tem a pretensão de abarcar todos os casos futuros - “aliás, uma súmula é feita exatamente para esse fim”.¹⁸ Não é demais apresentar o posicionamento de Garbelini, Abboud, e Oliveira¹⁹. Asseveram os ilustres professores: “O precedente pode ser conceituado como a decisão pronunciada para solucionar ao caso que historicamente decidiu, ou seja, trata-se de decisão estritamente jurisdicional que torna ou impõe como

padrão normativo para deslinde de decisões análogas. Importante salientar que o precedente, diferentemente de uma súmula (simples ou vinculante), não possui seu conteúdo retratado em curto texto normativo. O precedente somente é efetivamente obtido após diversas aplicações futuras de um caso concreto. Ou seja, não existe um verbete sumular que determina expressamente o que é um precedente.” Acrescentam: “A súmula vinculante possui caráter legislativo, consistente em texto normativo geral e abstrato de aplicação *pro futuro*, podendo ser revisada a qualquer momento das termos da Lei 11.417/2006, o que não se admite em relação às decisões judiciais.”²⁰

Veja-se que por mais que esteja expresso no Código de Processo Civil, em seu art. 926, § 2º, que os enunciados de súmula devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, tal tarefa é impossível, em razão de serem os precedentes e as súmulas duas formas completamente distintas.

Por seu turno, as orientações jurisprudenciais, também por possuírem a mesma característica das súmulas, qual seja, o afastamento da *ratio decidendi*, não podem ser consideradas precedentes vinculantes. Esta é a posição de Michelle Taruffo²¹. Explica o renomado processualista italiano que quando se fala em jurisprudência se faz normalmente referência à pluralidade de decisões, enquanto no precedente o que se forma é uma só decisão que vinculará casos futuros. Assinala, também, que para a aplicação do precedente se faz necessário extrair a *ratio decidendi* do primeiro julgamento, ao passo que na jurisprudência tal tarefa é incabível, vez que ao se aplicá-la não se faz uma análise comparativa dos fatos, mas sim a aplicação de enunciados e ementas.

Por fim cabe observar que mesmo o incidente resolução de demanda repetitiva, que é o mais parecido com o incidente de assunção de competência, também não está tão próximo como este do que é precedente vinculante. A doutrina que se forma em torno do incidente de resolução de demanda repetitiva, previsto nos arts. 976 a 987 do NCPC, o vê como técnica cujo fim é a criação de uma tese jurídica que será aplicada aos múltiplos processos com casos repetidos. A sutileza que aqui se impõe é em relação a finalidade do instituto que não é o julgamento de um caso concreto, mas sim a criação de uma tese jurídica. Esta é a constatação de Humberto Theodoro Júnior²², ao afirmar que: “O incidente de resolução de demandas repetitivas não reúne ações singulares já propostas ou por propor. Seu objetivo é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros processos, cuja existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverão de sujeitar-se a sentenças, caso a caso, pelos diferentes juízes que detêm competência para pronunciá-las. O que momentaneamente, aproxima as diferentes ações é apenas a necessidade de aguardar o estabelecimento da tese de direito de aplicação comum e obrigatória a todas elas”. E também de Júlio Cesar Rossi²³, ao assinalar que a função do incidente de resolução de demanda repetitiva é “conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre as questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos.”

A seguir, passa-se ao aprofundamento dos detalhes e características do procedimento de incidente de assunção de competência, conforme disposto no art. 947 e seus parágrafos do NCPC. Importante delinear o procedimento conforme estipulado nesses dispositivos, pois a utilização deste instituto será de suma

importância para a formação dos precedentes nas Cortes Superiores, além de ser em nosso ordenamento processual, até agora, a construção técnica que mais se aproxima da estrutura dos precedentes no *common law*.

PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 destinou um capítulo inteiro para detalhar o procedimento relativo ao Incidente de Assunção de Competência (Capítulo III do Título I, dentro do Livro III “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”).

O procedimento é a técnica de organizar e sequenciar atos com vistas ao atingimento de um fim com eficiência (rapidez e segurança).²⁴ Nas palavras de Flexa, Macedo e Bastos²⁵ procedimento é “a ordem prática dos atos que compõem o processo”.

Com relação ao presente estudo, denota-se que o procedimento em tela tem como finalidade a criação de um precedente - fonte de direito - pelas Cortes Superiores.²⁶ Por isso, nele estão dispostas diversas fases, nas quais se entrega aos órgãos que dele farão parte a função de emitir, em mais de uma oportunidade, juízos de valores quanto ao preenchimento dos requisitos impostos para prolação do precedente.

Suscintamente, o procedimento, se dá da seguinte forma: primeiramente, com o recebimento do processo pelo Tribunal, o relator fará um juízo cognitivo sobre a presença dos requisitos do art. 947, *caput*, do NCP. Na sequência, observado o seu preenchimento, encaminhará para o órgão fracionário²⁷ (originalmente competente para a matéria), a fim de que este também faça uma análise quanto a existência dos citados requisitos. Após, mais uma vez confirmado, este órgão fracionário encaminhará os autos para o órgão colegiado competente segundo o Regimento Interno para, enfim, proferir a decisão final do incidente de assunção de competência.

Órgãos fracionários e colegiados

Com a assunção de competência, haverá o deslocamento da competência do julgamento de um órgão colegiado menor, chamado de fracionário, para um órgão colegiado maior, denominado simplesmente de colegiado. Relevante esclarecer, o que se faz a seguir, o que são os órgãos fracionários e os órgãos colegiados dos Tribunais.

Diante da impossibilidade de todo o poder estatal estar concentrado em uma só pessoa, foram criados os órgãos públicos, nas esferas de poder, inclusive a jurisdicional. As pessoas jurídicas expressam sua vontade através de seus órgãos, que são ocupados por seus agentes.

O órgão, revestido das funções que lhe foram atribuídas, manifesta a vontade do ente do qual se encontra vinculado. Leciona Hely Lopes Meirelles²⁸ que os órgãos podem ser classificados quanto à atuação funcional, dividindo-se em órgãos singulares e órgãos colegiados.

Os órgãos singulares ou unipessoais atuam mediante um único agente, de modo que a formação da manifestação de vontade destes órgãos não exigem formalidades ou procedimentos especiais, bastando a autenticação do chefe, no limite de suas

competências, para que o ato se torne eficaz. Por outro lado, os órgãos colegiados ou pluripessoais são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta de seus membros. A decisão da maioria é a que prevalece. Neste aspecto, os Juízes Singulares, como os Juízes Federais e Estaduais são órgãos singulares, enquanto os Tribunais Regionais e Superiores, órgãos colegiados. Cada órgão²⁹ dentro da esfera do Judiciário é organizado por seus respectivos regimentos internos.

Em regra os Regimentos Internos assinalam como órgãos do Tribunal de Justiça: o Tribunal Pleno, o Órgão Especial, a Seção Cível, a Seção Criminal, as Câmaras Cíveis, as Câmaras Criminais e Conselho da Magistratura.

O Tribunal pleno é constituído por todos os membros do Tribunal de Justiça, e quando este possua mais de vinte e cinco membros, autoriza a Constituição da República, em seu art. 93, inciso XI, a criação de órgãos especiais, de no mínimo 11 e no máximo 25 membros, para aos quais serão delegadas atribuições de caráter administrativo e jurisdicional.

Ainda é admitido que o Tribunal pleno crie órgãos julgadores restritos à uma matéria, composto pelos membros do próprio pleno, os quais são chamados de órgãos fracionários, normalmente denominados de câmaras ou turmas (ou mesmo “órgãos colegiados menores”). Os órgãos colegiados, por sua vez, seriam formados por uma composição mais ampla que os fracionários, com uma temática especial. Em verdade os órgãos fracionários também são colegiados, mas para facilitar a sua distinção em relação aos órgãos colegiados maiores³⁰ (denominados colegiados), são chamados de fracionários, por opção legislativa. Ensina Osmar Mendes Paixão Cortês³¹ que o órgão colegiado deve “ser um órgão superior às turmas ou câmaras de julgamentos ordinários, como, por exemplo, os órgãos especiais e sessões especializadas dos tribunais”. São exemplos de órgãos colegiados as Seções Cíveis, os Grupos de Câmaras, as Turmas especiais e os Órgãos especiais.

O órgão colegiado competente para o julgamento da assunção de competência, como assinala o § 1º, do art. 947, do Código de Processo Civil, deve ser aquele indicado no Regimento Interno de cada Tribunal. Logo, cada Tribunal pode conferir a competência a um tipo de órgão colegiado. Assinala, por exemplo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo competir este julgamento as Turmas Especiais; o Tribunal de Justiça do Paraná, através de seu Regimento, confere esta competência ao Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas (art. 246, §1º) e, o Rio de Janeiro ao Órgão Especial (art. 3º, II, h, do Regimento Interno).

Assunção de Competência e Deslocamento da Competência Funcional

O termo assunção, no sentido que aqui se impõe, significa elevação. No caso haverá a ascensão da competência de um órgão fracionário que inicialmente seria competente para o julgamento do recurso, remessa necessária ou ação originária no Tribunal, para um órgão colegiado especificado no Regimento Interno do respectivo Tribunal. Há, portanto, deslocamento que se dá no campo da competência funcional, que é de natureza absoluta³².

A competência dos órgãos jurisdicionais é delimitada pela Constituição, pela lei ou por Códigos de Organização Judiciária. Vale citar a afirmação de Eduardo Arruda Alvim de que a “Constituição Federal define qual a Justiça competente; o CPC (ou outras leis extravagantes), qual o foro competente; e as leis de organização judiciária, qual o juízo competente”³³.

A definição da competência de cada órgão segue os critérios territorial, funcional e objetivo, que se subdivide em razão da matéria, pessoa e valor da causa³⁴. O critério funcional atribui a competência de acordo com a função a ser cumprida pelo órgão e pode ser classificado em vertical e horizontal.³⁵ O funcional vertical, também chamado de hierárquico, diz respeito a órgãos de instâncias diferentes (um órgão de uma instância tem uma função e o órgão da outra instância outra. Por exemplo: em regra, o órgão da primeira instância julga a causa e o da segunda instância aprecia os recursos). E, o funcional horizontal aos órgãos da mesma instância, mas com competências e funções diferentes.

É nesse quadro da competência funcional horizontal que ocorre o deslocamento da competência no incidente de assunção de competência uma vez que, tanto o órgão fracionário como os órgãos colegiados, estão situados na mesma instância de segundo grau. Esses órgãos encontram-se no mesmo patamar hierárquico, mas com funções diferentes, delineadas conforme a competência prescrita nos Regimentos Internos de cada Tribunal.

Hipóteses em que o Tribunal recebe um processo para a instauração do incidente de assunção de competência. Recurso. Remessa Necessária. Processo de Competência Originária

Em conformidade ao art. 947, caput, do Código de Processo Civil é admissível a assunção de competência quando o tribunal receber um processo para julgamento de recurso, ou em decorrência de remessa necessária ou quando ser o tribunal competente originariamente para o julgamento da causa.

Em relação ao julgamento de recursos nos quais poderá ser suscitado o incidente, como não há restrição imposta na referida norma, caberá a assunção de competência em todos eles, seja julgamento de recurso de apelação ou em agravo de instrumento.

No que tange a apelação, não há maiores indagações por ser ela o instrumento recursal cabível para reformar uma sentença, ato que põe fim a uma das fases processuais, seja de conhecimento ou de execução. Destarte, em regra, a discussão em sede de apelação, girará em torno do mérito da causa, ou seja, da aplicação do direito material ao caso concreto. A decisão que revisará ou confirmará a sentença será suscetível, por meio do incidente de assunção, a se transformar em precedente vinculante.

Quanto ao agravo, em que pese inicialmente ter sido construído para rediscussão de questões processuais (sobre as quais também não se vê óbice para que sejam objetos de um precedente), há muito, o sistema brasileiro o direcionou também servir de instrumento recursal para abordagem de mérito. Confirma-se isso através dos posicionamentos que enxergam o mérito atrelado as condições da ação³⁶ e aos pressupostos processuais³⁷, mas sobretudo com a própria norma do art. 356 do CPC que possibilitou a prolação de decisões parciais de mérito que são, segundo o NCPC, suscetíveis de agravo de instrumento.

A segunda hipótese em que um processo pode chegar ao Tribunal é mediante a remessa necessária, disposta no art. 496 do Código de Processo Civil. Essa norma expressa que estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, independentemente de recurso, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações de direito público, que julgar procedentes os embargos à execução fiscal (salvo as hipóteses mencionadas no § 3º, do art. 496).

Por derradeiro, os processos de competência originária remetem-se as hipóteses em que a ação é recebida e o processo instaurado pelo Tribunal. Em razão das pessoas envolvidas e de certos temas a serem julgados, as Constituições Estaduais e Federal destinam aos órgãos de segundo grau o papel dado comumente aos órgãos de primeiro grau.

Participação do Ministério Público, Defensoria Pública e *Amicus Curiae*

O art. 947, § 2º, do Código de Processo explicita que o Ministério Público (na condição de parte e na de *custus legis*) e a Defensoria Pública (enquanto defensora dos interesses de pessoas hipossuficientes) são órgãos legitimados³⁸ para formular ao relator o pedido de instauração do incidente de assunção de competência. Esse pedido pode ser feito tanto nas razões dos recursos ou contrarrazões recursais, bem como em simples petição ao Relator, antes dele obviamente tomar a decisão³⁹ quanto a instauração (que pode até ser de ofício).

No que toca a participação do *amicus curiae*, em que pese inexistir previsão no art. 957 sobre ela, a doutrina⁴⁰ já indica essa possibilidade. Com efeito, dentro da ótica da democracia participativa, e com base na ideia que processo além de buscar a solução de uma lide é espaço para a construção do direito⁴¹, é curial no incidente em tela, voltado para a criação de um precedente, fonte de direito, a participação do *amicus curie*.⁴²

Função do relator: Art. 947, § 1º

Ao serem os autos recebidos no Tribunal, seja em razão de recurso, de ação de competência originária do Tribunal, ou remessa necessária, deverá o relator valorar a matéria discutida, para ver se ela possui ou não as qualidades definidas no art. 947, *caput*, do Código de Processo Civil. A decisão do relator é de natureza intermediária, pois ela não decide o incidente, mas tão somente se o processo tem possibilidade de ser encaminhado ou não ao órgão colegiado, que proferirá o acórdão criador do precedente vinculante.

Caberá ao relator verificar se há relevante questão de direito e grande repercussão social. Além disso, deverá averiguar se em relação a controvérsia há repetidos processos em julgamento. Logo, existem dois pontos a serem observados pelo relator, um qualitativo e outro quantitativo.

No que diz respeito ao requisito da relevante questão de direito percebe-se que o termo “relevante” é muito vago. Para explicar em que sentido deva ser aplicado, Marinoni, Arenhart e Mitiero⁴³ sugerem que relevante questão de direito é aquela cuja solução redunde em grande repercussão social. Fazem assim uma junção entre os dois requisitos qualitativos do art. 947, *caput*, do Código de Processo Civil.

Nota-se que o § 4º, do art. 947, do Código de Processo Civil traz uma hipótese em que a repercussão social é presumida, qual seja, quando o tribunal se deparar com “relevante questão de direito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”. Aqui, o incidente poderá ser preventivo⁴⁴ (quando ainda não se instalou a pluralidade de entendimentos) ou efetivo⁴⁵ (quando já há divergência de entendimentos).

Quanto ao requisito quantitativo, em sendo observada a um número expressivo de demandas repetidas sobre o mesma controvérsia, o relator não poderá autorizar

o prosseguimento do incidente de assunção de competência, uma vez que para tanto existe o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 976 a 985 do Código de Processo Civil.

Identificado o preenchimento dos requisitos previstos no art. 947, *caput*, o relator deverá propor o julgamento da causa pelo órgão colegiado.

Mais uma vez, ressalta-se a importância do incidente de assunção de competência, pois na prática todo processo que for remetido a um Tribunal deverá passar pelo crivo do art. 947 do Código de Processo Civil. Em qualquer situação, o relator terá que decidir se é ou não hipótese de prosseguimento do incidente de assunção de competência.

Quanto à possibilidade de recurso contra a decisão do relator que decidir ou não pela remessa dos autos ao órgão colegiado, entende-se somente possível a interposição o agravo interno regimental⁴⁶ quando o relator indeferir a remessa, sendo que em caso de deferimento, como explica Osmar Paixão⁴⁷ não haverá interesse recursal na medida em que não será o relator, e sim o órgão colegiado que deliberará, ao final, sobre a pertinência ou não da assunção de competência.

Função do órgão colegiado: Art. 947, §§ 2º e 3º

A última etapa do procedimento de incidente de assunção de competência se dá no órgão colegiado, após este receber os autos do órgão fracionário.

Em um primeiro momento, o órgão colegiado terá que fazer mais uma análise de admissibilidade do incidente, que é a verificação da presença do interesse público, exigência prevista no § 2º do art. 947 do Código de Processo Civil.

O interesse público a ser atestado não pode se distanciar do que também é compreendido por repercussão social, tal como expressa no *caput*, do art. 947 do código processual civil. Este é também o posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁸ que elucida: “O dispositivo não deixa de ser peculiar porque nos termos do *caput* do art. ora analisado o requisito positivo para o julgamento do incidente ora analisado é a repercussão geral, enquanto pelo § 2º, do mesmo dispositivo o incidente só será admitido, e assim julgado em seu mérito, se houver interesse público. Afinal, é preciso ter repercussão social ou interesse público para ser cabível o incidente de assunção de competência? O mais provável é que as expressões sejam consideradas como sinônimas - ainda que não o sejam - sendo admissível o incidente sempre que interessar a quantidade razoável de sujeitos.”

Caso não esteja presente o chamado interesse público, os autos deverão ser encaminhados ao órgão originalmente competente para que este profira o julgamento.⁴⁹

Mas presentes todos requisitos, e superada esta análise preliminar, o órgão colegiado assumirá o julgamento do caso concreto, em toda a sua amplitude.⁵⁰ E, é neste momento, que se dará o julgamento principal de todo o procedimento, a análise da controvérsia deduzida em juízo, e a decisão definitiva em torno dela, que se constituirá em um precedente vinculante.

O poder vinculante do acórdão proferido pelo órgão colegiado atingirá todos os juízes e órgãos fracionários do Tribunal, e é referido em diversos dispositivos legais do NCPC (arts. 332, inciso III; 927; 932, inciso IV, alínea c; e § 3º do art. 947).

Caso, haja o desrespeito por um órgão quanto a observância do precedente, prevê o art. 988 do CPC a possibilidade do engendramento de reclamação.

Revisão de tese: *overruling*. Hipótese do §3º do art. 947 do Código de Processo

A força dos precedentes serve para manter a previsibilidade e a segurança jurídica, moles indispensáveis para a paz social. Sendo medida excepcional a superação de um precedente, cuja ocorrência dependerá de exaustiva motivação. O *overruling* encaixa-se nesta situação, é ele fenômeno de superação de um precedente.⁵¹ Bem alinhado a técnica dos precedentes do *common law*, o art. 947, § 3º, do CPC, entoa que: “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”. Essa revisão é o *overruling*.

A revisão da tese, logo, deverá ocorrer excepcionalmente e de maneira muito fundamentada, devendo nela ser explicitado os motivos que acarretaram a mudança da forma com que o direito se relacionava com o caso concreto. Mas, como afirma Pedro Germano dos Anjos⁵² nenhum regime jurisprudencial é estático. O direito não convive com o engessamento das normas jurídicas, pois estas terão invariavelmente um destino: acompanhar a evolução da sociedade.⁵³

Isso ocorre vez que a *ratio decidendi* não é uma estrutura imóvel e definitiva, e sim dinâmica e maleável. A lógica é que a imposição de uma prática imutável da teoria do *stare decisis* poderia criar situações de injustiça e também impedir a natural evolução do direito.⁵⁴

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau citado por Gustavo Santana Nogueira⁵⁵ aponta brilhantemente que:

“A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza. Por isso podemos dizer que em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.”

Conclui-se que o *overruling* está inteiramente atrelado a uma mudança de prisma pelo qual o homem enxerga os fatos em busca de um valor maior: a Justiça. Quando um tribunal superior conclui que certo precedente embora antes vinculante não pode mais ser utilizado, exsurge a possibilidade da revisão de tese, tal como prevista no §3º, do art. 947 do Código de Processo Civil.

O *overruling*, no incidente de assunção de competência, só poderá ser feito pelo órgão colegiado maior que criou o precedente, não tendo legitimidade para tanto os órgãos fracionários e singulares (juízes) que compõem o Tribunal.⁵⁶ Isto se dá em razão da obediência vertical que é característica de todo precedente vinculante.

CONCLUSÃO

Um dos maiores processualistas do nosso tempo, José Carlos Barbosa Moreira⁵⁷ no último quadrante do século passado já nos alertava sobre a importância de se buscar a uniformidade na formação das decisões judiciais. A prolação de sentenças e acórdãos desiguais para situações idênticas, sob a ótica do direito, crê-se inconcebível. São as palavras grande mestre:

“Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão.”

Neste caminho para corrigir equívocos do passado, em que em se viu o processo civil muitas vezes servir de canal para tratamento desigual quando não poderia, é que se descortina o incidente de assunção de competência. Um importantíssimo instituto, agora totalmente reformulado, com a base técnica assentada pelo Novo Código de Processo Civil, voltado para a concretização de igualdade e justiça nas decisões do Poder Judiciário. 

NOTAS

- 1 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010, p. 17-18.
- 2 “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de três juízes.
§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor que o recurso seja julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.
- 3 Lei 13.105, de 16 de março de 2015.
- 4 A expressão *stare decisis* (em latim: *stare decisis et non quieta movere*), significa: “mantenha-se a decisão e não altera o que está quieto” (NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. In: Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 161. jul. 2008. p. 101).
- 5 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 215.
- 6 Por exemplo, explana Carpena que o juiz norte-americano “está vinculado aos precedentes da Corte onde se situar a sua jurisdição, bem como da Suprema Corte, não tendo, todavia, de obedecer a precedentes de tribunais outros, ainda que se situem dentro dos Estados Unidos.” (CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. In: Revista do Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.35, n. 180, p. 195-220, fev. 2010, p.195).
- 7 O denominado *overruling*, que será melhor detalhado adiante.
- 8 Cf. SOARES, Marcos José Porto. A *ratio decidendi* dos precedentes judiciais In: Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRO, Belo Horizonte: Editora Fórum, vol. 85, p. 39/52.
- 9 ROSSI, Júlio Cesar. Precedente à Brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. p. 314.
- 10 Dispõe que deverá o magistrado julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de assunção de competência.
- 11 Diz ser dever do relator de qualquer julgamento, negar provimento a recurso que for contrário a entendimento firmado em incidente de assunção de competência.
- 12 BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 593.
- 13 Criticando os institutos vinculantes descritos por não se voltarem para o caso concreto em julgamento. Rossi identifica nove diferenças, entre o que seria um verdadeiro precedente e as características daqueles criados no Brasil, dentre elas aponta: “Nos países de civil law as decisões não abordam os fatos de forma tão detalhada como nos países de common law, o

- que influencia sobremaneira no que pode ou não ser usado como base argumentativa em outros casos.” Em razão das grandes diferenças em relação aos precedentes do *common law*, essas técnicas chegaram a ser batizadas pelo autor no título de seu livro como Precedentes à Brasileira. (ROSSI, Júlio Cesar. *Precedente à Brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 207)
- 14 Há mais um aspecto, talvez menos evidente, mas não menos relevante, sobre o qual a referência ao precedente influi na estrutura da argumentação jurídica. Ele relaciona-se à circunstância de que como o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, é necessário que o significado da regra jurídica, usada como critério de decisão, venha “concretizada” para relacioná-lo à solução do caso particular: não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente como a *fattispecie* concreta que foi decidida. (TARUFFO, Michele. *Precedentes e Jurisprudência*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011, p.139).
 - 15 ABOUD, Georges. *Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos*. In: *Revista de Processo*, Sao Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2008. V. 33, n, 165, p.218-230. p. 289.
 - 16 CARREIRA, Guilherme Sarri. *Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedentes judiciais*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V.36, n. 199, p. 213-245, set. 2011, p.213.
 - 17 STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: necessitamos de uma “Teoria para elaboração de precedentes”?* In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, 2009, p. 284.
 - 18 No prefácio da obra RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
 - 19 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 331.
 - 20 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 339.
 - 21 TARUFFO, Michele. *Precedentes e Jurisprudência*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011, p.139.
 - 22 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Incidente de Resolução de demandas repetitivas*. In: *Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Brasileiro*. Coordenação Humberto Theodor Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 736.
 - 23 ROSSI, Júlio Cesar. *Precedente à Brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 212.
 - 24 Conforme SOARES, Marcos José Porto; ZANARDI, Glaziele Zanardi. *Processo como método e procedimento como técnica*. *Novas Luzes sobre a Diferença entre Processo e Procedimento*. In: *Revista dos Tribunais Sul*. São Paulo: Editora RT, vol. 4-5, p. 229-244, Ano 2. mar-abr./maijun2014.
 - 25 FLEXA, Alexandre. MARCEDO, Daniel. BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2015, p. 261.
 - 26 TJs, TRFs e TRTs.
 - 27 Acompanha-se aqui a linha de pensamento: “Vale ressaltar, que essa decisão é tomada em duas instâncias sucessivamente: em primeiro lugar, pelo órgão que seria naturalmente competente para julgar o recurso e em seguida pelo órgão designado pelo regimento interno como responsável pelo exame do julgamento por assunção de competência. Apenas quando for obtida decisão positiva em ambos os órgãos é que o deslocamento poderá ocorrer, outorgando-se ao novo colegiado competência para julgar o recurso”. Este entendimento é efetivamente o mais coerente, com a finalidade do incidente em tela, tal como existe o processo legislativo, com suas várias etapas, para se criar a lei, exige-se, aqui, também um cuidado em relação ao procedimento, para que não haja atropelos para a produção de um precedente. Pois, em regra, o resultado será a produção de um precedente, fonte de direito, que vinculará todo aquele Tribunal.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz; MITIEIRO, Daniel. *Novo Curso*

- de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p.56)
- 28 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 67-70.
- 29 Conforme o art. 92 da Constituição da República são órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, conforme estabelecido pelo art. 92 da Constituição Federal.
- 30 Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, didaticamente chega a chamar o órgão colegiado de "órgão colegiado maior". (OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro. Do Incidente de Assunção de Competência. In: *Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Brasileiro*. Coordenação Humberto Theodor Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 695).
- 31 CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenação Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 2112.
- 32 Este deslocamento pode ser também chamado de avocação (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.p.593) ou de afetação. (CORTÊS, Osmar Mendes Paixão in: *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenação Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 2111).
- 33 ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.
- 34 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 129.
- 35 "As competências vertical e horizontal, na sistemática brasileira, concernem mais especificamente à competência funcional, sendo certo que a horizontal consiste em casos de competência funcional originária (exercida no mesmo grau de jurisdição), enquanto a vertical, de competência funcional recursal." (CUNHA, Leonardo Carneiro José da. *Jurisdição e Competência*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 108).
- 36 SOARES, Marcos José Porto; DENKER, Tássio Eduardo; ZANARDI, Glaziele; MAILLARD, Rafaela Maria. A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. vol. 195. 2011, p. 399.
- 37 SOARES, Marcos José Porto; ZANARDI, Glaziele. O mérito da demanda e sua repercussão na formação das decisões judiciais. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Ano 6. v. IX. Rio de Janeiro: UERJ. Jan-jun2012. Disponível em: www.redp.com.br.
- 38 Cassio Scarpinella Bueno ensina: "Sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, cabe frisar, fazendo eco ao que dispõe o art. 977, III, a propósito do incidente de resolução de demandas repetitivas, que a regra merece ser interpretada amplamente para admitir que a legitimidade daqueles órgãos dê-se tanto quando atuam como parte (em processos coletivos, portanto) como também quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a Defensoria estiver na representação de hipossuficiente ou, de forma mais ampla, desempenhando seu papel institucional em processos individuais, como amicus curiae." (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 594.)
- 39 "O incidente deve ser suscitado antes do julgamento do recurso". (Neves. Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Lei 13105/2015*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p. 499).
- 40 Neste sentido Osmar Mendes Paixão Côrtes: "Embora não haja a previsão expressa no art. 947 do atual CPC, a participação de amicus curiae é sempre possível, a critério do órgão julgador. Pela legitimidade que dá a decisão vinculativa e pela efetiva contribuição que o amicus curiae

- pode trazer para a tese, sua participação é sempre recomendável. (in: Breves Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenação Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 2113).
- 41 “De qualquer maneira, o importante é compreender que por meio da procedimentalização as respostas para o processo não são mais simplesmente dadas, mas sim passam a ser construídas, não há uma verdade ou decisão já pronta, escondida no processo, na verdade ela se dá na construção e no desenvolvimento do processo.” (CARNIO, Henrique Garbellini. Filosofia do Direito Processual e Procedimentalização do Direito. In: Revista de Processo, vol 231, p.367-378, maio 2014).
- 42 Neste mesmo espírito Cassio Scarpinella Bueno sugere até a realização de audiência pública, antes da decisão que criará o precedente. (BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 594).
- 43 Os Professores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio cruz Arenhart e Daniel Mitiero asseveram: “o conceito de relevância não poderá ser encontrado se for pensado como critério eminentemente subjetivo (aquilo que é relevante para alguém pode não o ser para outrem). Ao que parece, a noção ‘relevante’, para os fins aqui tratados, deve ser encontrada na segunda parte do dispositivo em exame e no seu § 2º, que indicam a necessidade de que haja grande repercussão social na solução da questão e que essa solução implique interesse público. Desta forma, o conceito de ‘relevante’ deve relacionar-se necessariamente com a ideia de interesse público e repercussão social, de maneira que somente será relevante a questão jurídica quando houver interesse público em sua resolução e quando se tratar de questão de ampla repercussão social.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz; MITIEIRO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 567).
- 44 OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro. Do Incidente de Assunção de Competência. In: Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. Coordenação Humberto Theodor Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 694.
- 45 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz; MITIEIRO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 567.
- 46 Como se depreende do art. 1.021 do CPC.
- 47 CORTÊS, Osmar Mendes Paixão in: Breves Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenação Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 2113.
- 48 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil - Lei 13105/2015. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p. 499.
- 49 Conforme OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro. Do Incidente de Assunção de Competência. In: Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. Coordenação Humberto Theodor Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 695.
- 50 Esclarecem: “Vale observar que o presente instituto não tem por objetivo apenas submeter a questão jurídica da interpretação controvertida a um outro colegiado. Isso porque vai além, para atribuir o julgamento de todo o recurso, de todo reexame necessário ou de toda causa a esse outro órgão.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz; MITIEIRO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p.566).
- 51 Com a superação, não significa que ele perderá a sua força persuasiva, podendo ser utilizado como *dictum*. Ou seja, o seu conteúdo poderá ser analisado de forma complementar para a elaboração de um novo precedente.
- 52 ANJOS, Pedro Germano dos. A vigência aplicativa dos regimes jurisprudenciais e a regra da coisa julgada. In: Revista do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 35, n.187, p. 160-180, set. 2010, p.160.

- 53 Gadamer exclama que a interpretação torna-se diferente assim quando se altera a tradição, porque “toda interpretação está obrigada a entrar nos eixos da situação hermenêutica a que pertence” (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. v.1, p. 578).
- 54 Exatamente com base neste raciocínio, o mais tradicional país aplicador do *stare decisis* se rendeu a possibilidade de superação de precedente, como a promulgação do *Practice Statement*, em 1966. Sobre este importante marco histórico, destaca-se o trecho abaixo:
 “Na Inglaterra, em 1966, foi editado o *Practice Statement*, que concedeu autorização para a *House of Lords* (Cada dos Lordes, a Suprema Corte inglesa) de não aplicar o próprio precedente. O texto do *practice statement* ressalta que ele não prejudica a utilização dos precedentes, mas reconhece que ‘ a adesão muito rígida ao precedente pode conduzir à injustiça em um caso particular e também restringir a evolução da lei’. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. In: Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n. 161. jul. 2008, p.161).”
 Nos Estados Unidos também há aplicação do *overruling*. Ensina Nogueira que na “Suprema Corte deste país a não adesão há um precedente ocorre quando “se trata de interpretação de texto constitucional, que aliás é conhecido pela impressionante concisão, o que dá uma maior margem de liberdade na sua interpretação, face a existência de diversos conceitos jurídicos indeterminados.” (NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. In: Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n. 161. jul. 2008, p.101).
 No prisma das Constituições escritas, que ao lado dos Estados Unidos se posiciona o Brasil, com uma carta magna mais absolutamente detalhada que àquela, há evidente espaço para mudança interpretativa ou mutação constitucional.
- 55 NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. In: Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n. 161. jul. 2008. p. 101.
- 56 Neste caso imagina-se que deva haver a possibilidade de instauração de incidente de assunção de competência sem que seja preenchido o requisito da necessidade de que seja composta a divergência ou prevenida. (Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo/ coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 947).
- 57 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. v. 5, p. 5.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 331.
- ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. In: Revista de Processo, Sao Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2008. V. 33, n, 165, p.218-230.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ANJOS, Pedro Germano dos. A vigência aplicativa dos regimes jurisprudenciais e a regra da coisa julgada. In: Revista do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 35, n.187, p. 160-180, set. 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. In: Revista do Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.35, n. 180, p. 195-220, fev. 2010.
- CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedentes judiciais. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. V.36, n. 199, p. 213-245, set. 2011.
- CORTÉS, Osmar Mendes Paixão. Breves Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenação Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015.

- CUNHA, Leonardo Carneiro José da. Jurisdição e Competência. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.
- FLEXA, Alexandre. MARCEDO, Daniel. BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2015.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. v.1
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz; MITIEIRO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil - Lei 13105/2015. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. v. 5,
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. In: Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n. 161. jul. 2008.
- OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro. Do Incidente de Assunção de Competência. In: Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. Coordenação Humberto Theodor Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RAMIRES, Mauricio. Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- ROSSI, Júlio Cesar. Precedente à Brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.
- SOARES, Marcos José Porto. A *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. In: Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRO. Belo Horizonte: Editora Fórum, vol. 85, p.39/52.
- SOARES, Marcos José Porto; ZANARDI, Glaziele Zanardi. Processo como método e procedimento como técnica. Novas Luzes sobre a Diferença entre Processo e Procedimento. In: Revista dos Tribunais Sul. São Paulo: Editora RT, vol. 4-5, p. 229-244, Ano 2. mar-abr./mai-jun2014.
- SOARES, Marcos José Porto; DENKER, Tássio Eduardo; ZANARDI, Glaziele; MAILLARD, Rafaela Maria. A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. vol. 195. 2011, p. 399.
- SOARES, Marcos José Porto; ZANARDI, Glaziele. O mérito da demanda e sua repercussão na formação das decisões judiciais. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 6. v. IX. Rio de Janeiro: UERJ. Jan-jun2012. Disponível em: www.redp.com.br.
- STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em *Terrae Brasilis*: necessitamos de uma "Teoria para elaboração de precedentes"? In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, 2009.
- TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Incidente de Resolução de demandas repetitivas. In: Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. Coordenação Humberto Theodor Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



MARCOS JOSÉ PORTO SOARES é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professor de Direito Processual Civil na Centro Universitário Integrado de Campo Mourão-PR. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Extensão em Democracia e Desenvolvimento- Universidade de Siena, Itália. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica-RJ.

O direito adquirido na Previdência Social – verdade e mito

■ POR ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY E PIERRE MOREAU



A vida em sociedade é uma sucessão de conquistas pelo homem, conquista-se a propriedade, o poder, os direitos, a tecnologia, a longevidade, dentre tantas outras conquistas, grandes e pequenas, que acontecem todos os dias.

Talvez, a principal conquista de direito do homem vivendo em sociedade seja o direito de propriedade, o mais antigo direito e o que propiciou o senso de dignidade humana. Afinal, mesmo

antes das civilizações romana e grega, era a propriedade que proporcionava segurança e também *status*.

É claro que com a evolução da sociedade e o crescimento da população o direito de propriedade foi sofrendo limitações até chegar na limitação contemporânea, quando a propriedade deve cumprir a sua função social.

Quando se fala em direito de propriedade e de seus limites vem logo à mente um princípio que é sempre muito comentado, utilizado em diversas situações e, muitas vezes, é dever dizer, lançado para justificar situações nas quais ele não cabe: o chamado direito adquirido. É fácil dizer que o direito adquirido é aquele que se incorporou definitivamente ao patrimônio da pessoa que o adquiriu. Mas, quando há, de fato, essa incorporação definitiva?

No direito de propriedade a resposta parece ser mais fácil, adquire-se o direito quando, mediante título, obtém-se a posse e a propriedade do bem. Mas quanto a outros direitos, a incorporação do direito a patrimônio pessoal é de mais complexa verificação. Todavia, existe uma verdade, isto é, o direito só é adquirido quando é definitivamente incorporado a esse patrimônio.

O direito adquirido vem sendo invocado, sem muito critério, como um dos motivos pelos quais a reforma de previdência proposta pelo governo federal vem sendo criticada desde o seu nascimento. Aqueles que utilizam o direito adquirido como bandeira de oposição à reforma da previdência social vêm adotando um discurso que não corresponde à realidade do direito adquirido no âmbito da previdência social, criando um mito desnecessário.

“Nenhum de nós quer que, para a garantia de uma expectativa de direito atual, as futuras gerações não consigam contar sequer com um sistema de seguridade social ou com uma previdência social básica. É preciso mudar hoje para garantir o amanhã, sem se deixar levar por mitos.”

Adquire-se o direito à aposentadoria quando os requisitos necessários para se aposentar são preenchidos, ainda que o segurado não se aposente propriamente no momento em que preencha tais requisitos. Apenas e tão somente se adquire o direito à aposentadoria nesta hipótese. O direito à aposentadoria, aí sim, está adquirido, pois o segurado poderá requerer e obter a sua aposentadoria.

Antes de preenchidos os requisitos para a obtenção da aposentadoria, o segurado não titula direito algum, apenas uma mera expectativa de direito, a qual é suscetível a modificações impostas por novas regras, as quais somente não alcançarão o direito de fato adquirido.

A questão do direito adquirido na previdência social já foi, inclusive, objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento pacífico é no sentido de

que na previdência social adquire-se o direito ao benefício apenas quando forem preenchidos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

É por esta razão que não possui fundamento algum a crítica à reforma da previdência quanto à alteração, por exemplo, da idade mínima para a aposentadoria, apresentada como se todos os segurados já houvessem adquirido o direito à determinada idade mínima.

A idade mínima para a aposentadoria não poderá ser alterada apenas para aqueles segurados que preencherem, no momento do início de vigência das novas regras, os requisitos para obtenção do benefício, ou seja, na linguagem própria da previdência social, sejam elegíveis a determinado benefício. Estes são os únicos titulares do direito adquirido.

A proposta de reforma da previdência que será analisada pelo Congresso Nacional não viola o direito adquirido dos segurados, mas modifica a expectativa de direito, o que é possível na previdência social e, na maioria das vezes, necessário, diante do desequilíbrio do sistema.

A previdência social é pura relação de seguro de longa duração. Neste tipo de relação duradoura é preciso verificar se a equação matemática do seguro está fechando, ou seja, se os benefícios que serão concedidos se compatibilizam com as fontes de custeio. Na previdência social brasileira esta equação não fecha e necessita urgentemente ser revista.

Diversos países já realizaram reformas nos seus sistemas de previdência social em função de desequilíbrio financeiro e de necessidade econômica. O direito adquirido, como também está ocorrendo no Brasil, foi respeitado, mas não a expectativa de direito, a qual não é (e nem poderia ser) protegida pela imutabilidade.

A situação econômica brasileira não autoriza que se aguarde mais uma vez a reforma da previdência social, ela tem que se iniciar, pois não será possível manter as regras atuais por muito tempo. Pode-se dizer que a previdência social padece de reformas desde a sua implantação no Brasil, posto que foi adotado modelo que, nos países da Europa, já apresentava certa exaustão financeira.

A previdência social nasceu, na sua roupagem atual, das necessidades sociais verificadas após a Segunda Guerra mundial e, mesmo naquele momento, de extremas necessidades sociais. Muitos economistas já previam que aquela concessão de inúmeros benefícios não se sustentaria economicamente por muito tempo, o que, de fato, ocorreu.

As necessidades sociais e o próprio conceito de bem-estar social se alteram na sociedade, razão pela qual não devem padecer de imutabilidade. Nenhum de nós quer que, para a garantia de uma expectativa de direito atual, as futuras gerações não consigam contar sequer com um sistema de seguridade social ou com uma previdência social básica. É preciso mudar hoje para garantir o amanhã, sem se deixar levar por mitos. 



ARQUIVO PESSOAL

ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY é Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais da PUC/SP. Professora dos cursos de pós-graduação da PUC/SP e da Uniabrap. Membro do IBPCS – Instituto Brasileiro de Previdência Complementar e Saúde Suplementar. Sócia do Raeffray Brugioni Advogados.



ARQUIVO PESSOAL

PIERRE MOREAU é Mestre e Doutor em Direito da PUC/SP. Professor visitante na ST Gallen University na Suíça. Membro do Conselho de Direito do INSPER – SP. Curso Harvard Law School e Harvard Business School. Sócio fundador da Casa do Saber e do Moreau Advogados.

Feliz ano velho – quando a crise institucional insiste em não ter fim



■ POR HENRIQUE NELSON CALANDRA E SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

“O resultado do excesso de vigilância sobre a vida alheia é o retrógrado aumento da judicialização dos conflitos sociais. Já não existe mais um perfil das ações que vão desaguar no Supremo Tribunal Federal”

O réveillon é o dia em que nos despedimos do ano que se esgotou, desejando ver as experiências malogradas definitivamente guardadas nas gavetas da memória. Seja por um brinde do melhor champanhe francesa, ou pelos saltos sobre as ondas do mar, ou tão somente com o olhar catatônico em frente à televisão, até mesmo o mais pessimista dos homens ousa imaginar que dali para a frente muita coisa poderá mudar. Todavia, no campo da política, quem desse sonho compartilhou enquanto realizava a contagem regressiva nos dez segundos finais de 2017, levou menos de uma semana para perceber que, nesse aspecto, o mais adequado teria sido o cumprimento de “feliz ano velho”, parafraseando a obra do escritor Marcelo Rubens Paiva.

A nomeação da deputada federal Cristiane Brasil para a pasta do Ministério do Trabalho foi o início de uma nova crise institucional que insiste em não ter fim. Por decisão liminar de um magistrado da Justiça Federal foi suspensa a solenidade de posse até que o mérito da ação popular fosse definitivamente julgado. A providência judicial teve como fundamento a violação ao princípio da moralidade (art. 37, *caput*, da CF), pelo fato de a referida parlamentar ter sido condenada pela

Justiça do Trabalho devido ao descumprimento de determinadas regras da CLT. A notícia, depois de ter sido amplamente divulgada pelos veículos de comunicação, causou considerável alvoroço nas redes sociais, gerando o clima ideal para que o Tribunal Regional Federal confirmasse a decisão.

Enquanto a Advocacia Geral da União avaliava se levaria a questão ao Superior Tribunal de Justiça, e, eventualmente, ao Supremo Tribunal Federal, os juristas discutiam se os argumentos apresentados ao Poder Judiciário eram idôneos para justificar a medida cautelar. Questionava-se se a existência de condenações perante a Justiça do Trabalho seriam impedimentos constitucionais para que um cidadão pudesse assumir a função de *longa manus* da Presidência da República.

De acordo com o art. 87 da Lei Maior, “os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos”. Preenchidos os mínimos requisitos expostos, compete ao presidente da República, por critérios de caráter meramente subjetivo, a escolha de seus ministros, embora o ato de nomeação não fique livre dos exames de legalidade e moralidade a serem exercidos pelos membros do Judiciário. A indicação de um estrangeiro, por exemplo, para ocupar o cargo de ministro, sem sombra de dúvida teria de sofrer o controle judicial em razão do flagrante desrespeito ao texto da norma constitucional. No tocante à moralidade, o mesmo ocorreria caso o governo pretendesse dar posse a um condenado por tráfico de drogas para comandar o Ministério da Saúde. Ocorre que, no caso em tela, a situação mostrou-se bem peculiar. A razão da medida judicial deveu-se exclusivamente ao fato de a parlamentar indicada para ocupar o cargo ter deixado de assinar a carteira de trabalho de dois dos seus empregados, o que foi regularizado *a posteriori* mediante o pagamento de multa na esfera administrativa. Em que pese o desrespeito aos direitos trabalhistas ser conduta reprovável, totalmente oposta aos discursos elogiosos por parte dos trabalhadores brasileiros, bem como da classe patronal, não se trata de infração grave, muito menos de um relevante penal. Não estamos tratando de crime contra a pessoa, como na hipótese da redução à condição análoga a de escravo, previsto no art. 149 do Código Penal, nem outro tipo penal relacionado entre os crimes contra a organização do trabalho, título do mesmo diploma legal (arts. 197 ao 207). E ainda que houvesse a subsunção do fato a alguma norma penal incriminadora, a proibição de assumir a função ministerial não estaria entre os efeitos da condenação, para que pudessem tentar justificar odioso caráter perpétuo do castigo extremo.

Qualquer pessoa que se preste a investir no setor produtivo, ou em atividades voltadas para a prestação de serviços, não está imune às demandas trabalhistas, mesmo quando imbuídos de consciência social, espírito fraternal e total inclinação ao cumprimento da legislação vigente. Por diversas vezes, a interpretação equivocada da norma, ou até mesmo o seu desconhecimento, induz o patrão, na condição de empresário ou não, a agir à margem da ordem jurídica. Neste contexto, incluem-se aqueles que optam pelas relações informais, acreditando, sinceramente, estarem agindo de forma mais benéfica do ponto de vista do trabalhador, como também os que, abarrotados de compromisso, negligenciam os deveres burocráticos, deixando para depois determinados compromissos que, na falta, acarretam onerosas sanções, inimagináveis para quem não atua na área do Direito.

Há anos, tem-se visto uma tentativa frustrada de buscar requisitos de ordem puramente objetiva para atestar a competência e a retidão dos profissionais de forma geral. Esta é uma das razões para que muitas das nossas instituições não consigam

funcionar em sua plenitude, ficando aquém das expectativas nelas depositadas. A maioria das universidades, por exemplo, exige certificação de doutorado dos candidatos a integrar o corpo docente, ficando em segundo plano virtudes como a didática, a experiência prática, a cultura geral etc. Assim, no campo da engenharia, o bacharel que jamais edificou um prédio, ou sequer um barraco de madeira, vai para a sala de aula ensinar o que nunca aprendeu. Em contrapartida, gênios como Oscar Niemayer, se quisessem lecionar, seriam reprovados em exame seletivo por terem se limitado ao bacharelado no mundo acadêmico. Se não tem título, não serve! Na questão do Ministério do Trabalho, o que ocorre é semelhante, apesar de a análise focar um evento positivo, ao invés de negativo: se respondeu a uma reclamação trabalhista, não está apto a ocupar o cargo! Despertaria curiosidade se fizessem um levantamento de todas as autoridades do país que já figuraram como réus em algum tipo de processo. Seguindo esta mesma linha de avaliação, cuja conclusão é alcançada em detrimento do raciocínio, talvez apenas dez por cento teriam legitimidade para o exercício de suas respectivas funções.

Na realidade, os que aprovam a vedação de cargo no Poder Executivo para a deputada Cristiane Brasil pretendem causar embaraços ao Governo Federal, como costumam fazer os políticos de oposição, e com mais afincamento ainda quando às vésperas das eleições presidenciais. Também há de se ponderar se não constitui um ataque indireto ao deputado Roberto Jefferson, líder do PTB, em razão do fato de ser pai da mandatária em questão. Há quem não esteja satisfeito com a sua condenação pelo escândalo do Mensalão à pena privativa de liberdade, a qual cumpriu fielmente, mesmo quando era submetido a um sofrível tratamento para o câncer. É como se o tamanho do erro sempre sobrepujasse à dosimetria da pena; como se para certos pecados, o arrependimento jamais desviasse o confesso do caminho rumo ao inferno.

O Brasil vem se transformando em um Estado policial, e com o agravante da hipocrisia endêmica. Em um clima de constante patrulhamento ideológico, todos olham para os erros dos que caminham ao lado, mas ninguém faz o exercício diário de voltar o olhar para si mesmo. Por essa razão, virou rotina ouvirmos discursos moralistas saindo da boca dos degenerados pelo enriquecimento sem causa, pelo ócio, ou pelo comportamento que se qualificaria como ultrajante até para os habitantes de Sodoma e Gomorra. Com o dedo em riste, apontam as inferioridades do mundo inteiro, ao estilo de quem se apavora com a possibilidade de ser revelado algo de muito podre que guarda em segredo.

O resultado do excesso de vigilância sobre a vida alheia é o retrógrado aumento da judicialização dos conflitos sociais. Já não existe mais um perfil das ações que vão desaguar no Supremo Tribunal Federal, pois, em plenário, chega-se a discutir até mesmo questões envolvendo briga de galo. E estando as câmeras ligadas, os discursos podem durar algumas horas. No momento atual, o alvo é a União, que perde o controle sobre as próprias decisões que dependeriam exclusivamente de um juízo de conveniência e oportunidade. Dentro ou fora da legalidade, o controle extrapola o ponderável e ameaça as instituições democráticas. ❏

ARQUIVO PESSOAL

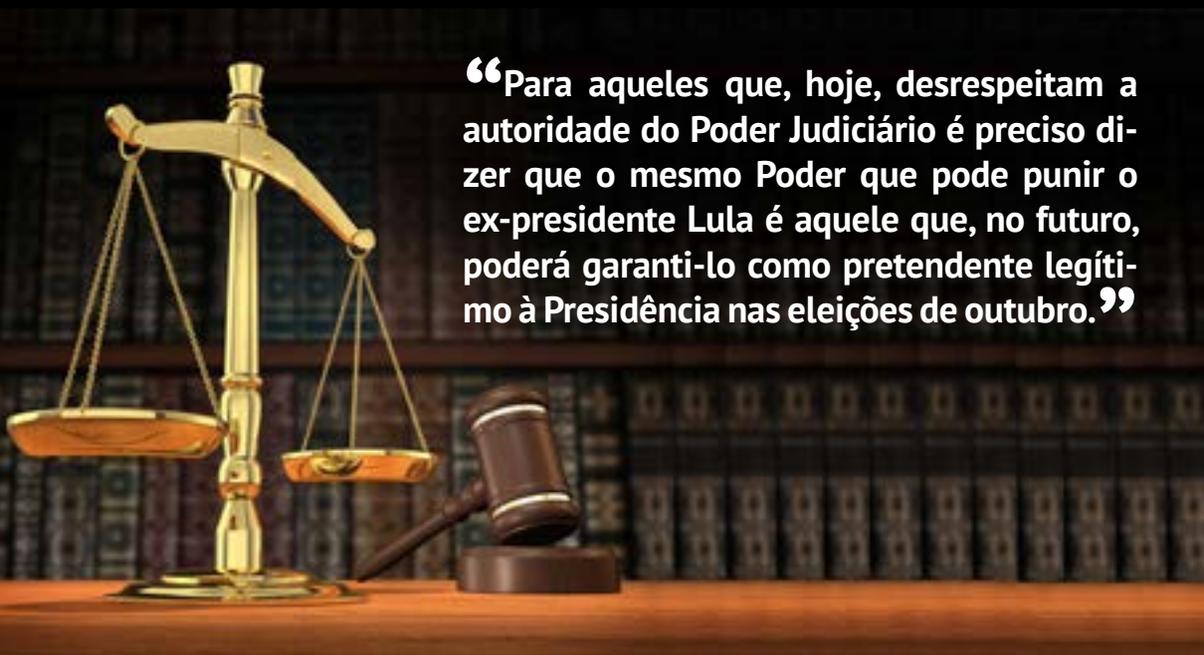


HENRIQUE NELSON CALANDRA é desembargador no TJSP e Especialista em Direito Empresarial, presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil nos anos de 2011-2013; ex-presidente da APAMAGIS - Associação Paulista de Magistrados, professor emérito da Escola Paulista da Magistratura.

ARQUIVO PESSOAL



SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é advogado na *Amaral Gurgel Advogados*, autor da Editora Impetus, professor de Direito Penal e Processo Penal.



“Para aqueles que, hoje, desrespeitam a autoridade do Poder Judiciário é preciso dizer que o mesmo Poder que pode punir o ex-presidente Lula é aquele que, no futuro, poderá garanti-lo como pretendente legítimo à Presidência nas eleições de outubro.”

Julgamento de Lula: tensão descabida

■ POR EURO BENTO MACIEL FILHO

Já não é de hoje que a velha máxima “decisão judicial não se discute, cumpre-se”, vem caindo em descrédito no país. Primeiro, porque em tempos não muito remotos importantes figurões da República simplesmente se negaram a cumprir decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal (STF) e, apesar da desobediência, não foram sequer advertidos.

Outro fator que vem afetando a força do Poder Judiciário está na judicialização indevida da política, que vem sendo patrocinada, pasmem, pelo próprio Poder Judiciário.

De uns tempos para cá, nossas Cortes de Justiça – em todas as esferas e instâncias – têm reiteradamente adotado posicionamentos com profundos matizes ideológicos e políticos, fator que vem se traduzindo, na prática, numa descabida interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes da nação.

Com isso, situações que antes demandavam uma decisão apenas no meio político passaram a ser analisadas e resolvidas por nossos Tribunais, às vezes, até com transmissão simultânea pela TV para todo o país.

Exemplo recente, que bem comprova a força atual do Poder Judiciário, está na sucessão de decisões judiciais proferidas em torno da “escolha” da deputada Cristiane Brasil para assumir o cargo de ministra do Trabalho. Ora, até onde se saiba, a escolha dos ministros é, e sempre foi, ato privativo do presidente da República, cujos limites não deveriam esbarrar em questões subjetivas e de difícil compreensão ligadas às ideias de idoneidade e moralidade.

Vivemos, sem dúvida, um período que faria Montesquieu se revirar em seu túmulo, tamanha é a distorção que a sua sagrada teoria da tripartição dos Poderes vem sofrendo. Lamentavelmente, os Poderes da nossa República já não estão se entendendo há tempos, o que é extremamente prejudicial à sociedade, que se deixa contaminar pela bagunça generalizada que vivenciamos.

Com efeito, não é por acaso que, de uns tempos para cá, bloqueios de ruas, manifestações em avenidas de grande circulação, atos de protesto violentos, greves gerais etc., não só têm sido praticados diuturnamente pelo país afora, como também, lamentavelmente, vêm sendo confundidos com os sagrados direitos de manifestação e expressão. Aqui, sempre é preciso lembrar que a liberdade de um esbarra, e sempre esbarrará, no limite da liberdade do outro.

Ou seja, uma passeata, um ato de protesto ou coisa que o valha só deveria ser legitimamente exercida, e aceita, se fossem respeitados os direitos dos demais cidadãos; do contrário, vira bagunça.

E é justamente nisso que pretenderam transformar o julgamento (legítimo) do ex-presidente Lula. Milhares de manifestantes – pró e contra – se posicionaram pelas ruas da capital gaúcha, num frenesi nunca antes visto para uma simples decisão judicial.

Parecia clima de final de campeonato. Uma tensão nervosa pairava no ar, como se o futuro do país dependesse daquilo decidido pelo TRF 4.

O curioso nisso tudo é que, desta vez, pelo menos, a atuação do Poder Judiciário esteve dentro daquilo que lhe reservou a Constituição Federal, ou seja, zelar pela correta aplicação da lei. Em meio a tantas indevidas interferências e exageros recentemente patrocinados por nossas Cortes de Justiça, que até agora passaram incólumes e sem protestos, seja justamente em torno de uma situação típica da legítima atuação do Judiciário que a turba venha pregar a bagunça e o desrespeito à decisão adotada.

Positivamente, toda a agitação a respeito do julgamento do ex-presidente Lula, embora seja algo absolutamente inédito na história deste país, é totalmente inadequada, impertinente e descabida em uma sociedade verdadeiramente democrática. Afinal, como já dito, no caso específico do ex-presidente Lula, a atuação do Poder Judiciário está absolutamente dentro daquilo que lhe compete, vale dizer, julgamento de crimes e criminosos.

Portanto, é hora de se pôr fim nesse oba-oba generalizado que vem tomando o país. O recurso à violência, ao vandalismo e à desobediência civil não fazem parte do ideal democrático.

Independentemente do resultado do julgamento, a democracia exige que a decisão seja aceita e, principalmente, cumprida. Doa a quem doer!

Por fim, apenas para que a questão não passe em branco, é bom dizer que, mesmo com a decisão desfavorável ao ex-presidente, é muito provável que, em razão do nosso intrincado sistema jurídico, ele consiga, em tempo hábil, inscrever a sua candidatura junto aos órgãos próprios e candidatar-se ao cargo de presidente da República, sem qualquer tipo de restrição. Ou seja, para aqueles que, hoje, desrespeitam a autoridade do Poder Judiciário é preciso dizer que o mesmo Poder que pode punir o ex-presidente Lula é aquele que, no futuro, poderá garanti-lo como pretendente legítimo à Presidência nas eleições de outubro. 



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 Advogados Associados.



Eleição Direta nos Tribunais

■ POR REIS FRIEDE

“Não é possível que se cogite faltar *democracia* no fato de continuarmos a seguir o consagrado *critério de antiguidade* na eleição de presidentes dos Tribunais pátrios, como medida de salutar *equilíbrio e não-politização* do Poder Judiciário nacional, seguindo os melhores e mais diversos exemplos presentes nos países mais democráticos da atualidade, bem como do próprio processo de *democratização do Judiciário*, inaugurado a partir de 1946.”

É da tradição de nossos Tribunais – tradição esta muito anterior ao advento do *Regime Militar* (1964-1985) – o critério da *antiguidade* para o acesso e exercício de sua presidência, através de referendo ratificador por parte de seus membros. Ainda que seja cedo reconhecer que esta tradição já vem sendo, de certa forma, rompida, haja vista o que vem ocorrendo em alguns *Tribunais Estaduais* (nos quais a escolha para a presidência acontece por intermédio da eleição de uma chapa composta por parte de seus membros, não necessariamente os mais antigos, mas com um colégio eleitoral composto apenas pelos desembargadores que compõem a Corte), é lícito concluir, todavia, que os resultados colhidos até a presente data indubitavelmente nos dão conta, em maior ou menor medida, de um elevado grau de criticável *politização* do Poder Judiciário local, além de um relativo comprometimento da recomendável isenção (corolário do princípio basilar da eficiência) na administração destes Tribunais.

Ainda assim, salta aos olhos a tramitação no Congresso Nacional da Proposta de Emenda Constitucional – PEC 187/2012, que propõe, simplesmente, alterar a Constituição para permitir, de forma muito mais elástica, a eleição livre para os órgãos diretores de todos os Tribunais de 2º grau.

Em linhas gerais, a chamada “*PEC de Democratização do Judiciário*” estabelece que os Tribunais Intermediários deverão passar a eleger os integrantes dos seus cargos de direção (à exceção do cargo de Corregedor) por maioria absoluta de todos os magistrados vitalícios, e não apenas de seus membros.

O argumento central repousa no frágil entendimento de que a Administração dos Tribunais “mantém suas decisões concentradas nas mãos de poucos, sem a devida justiça, e que sua concepção é baseada na hierarquia militar, reflexo dos tempos de regime militar, e que, por esta razão, sua escolha não deveria pertencer à Corte” (BOLLMANN, 2013).

UMA BREVE ANÁLISE DA PEC 187/2012

As mudanças propostas pela PEC¹ em análise resumem-se em prover uma nova redação às alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, renominar as alíneas subsequentes e acrescentar ao artigo um parágrafo único, dispondo sobre a eleição dos órgãos diretivos dos Tribunais de 2º grau. Destarte, o texto do art. 96 passaria a ostentar a seguinte redação, *verbis*:

“Art. 96. Compete privativamente:

I – aos Tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos, por maioria absoluta e voto direto e secreto, dentre os membros do tribunal pleno, exceto os cargos de corregedoria, por todos os magistrados vitalícios em atividade, de primeiro e segundo graus, da respectiva jurisdição, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução.

b) Elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a criação, a competência, a composição e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

c) (redação da atual alínea “b”);

d) (redação da atual alínea “c”);

e) (redação da atual alínea “d”)

f) (redação da atual alínea “e”);

g) (redação da atual alínea “f”);

Parágrafo único: “Não se aplica ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais Regionais Eleitorais o disposto no inciso I, “a”, competindo-lhes eleger os seus órgãos diretivos na forma dos seus regimentos interno, observado o previsto no § 2º do art. 120” (grifos nossos)

A par de toda a respeitável linha argumentativa, delineada pelos mais arduos defensores da presente tese, o mais interessante é que a referida PEC não se apresenta com o necessário *dever de coerência argumentativa* quando exclui, expressamente, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, – ou seja, o *Supremo Tribunal Federal* (STF) e o *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ), bem como o próprio “*tribunal da cidadania*”, o *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) –, onde provavelmente o argumento pelo “*clamor democrático*” seria muito mais perceptível, apreciável e adequado.

Também, vale ressaltar que a enfática defesa de que o atual *Colégio Eleitoral* para eleições nos órgãos diretivos dos Tribunais deveria ser ampliado para igualmente incluir *juízes de 1º grau* – “justamente os que têm no dia-a-dia contato direto com o cidadão que demanda justiça” (BOLLMANN, 2013) –, resta, no mínimo, contraditória, posto que, por esta mesma linha de raciocínio, seria necessário incluir os demais operadores do Direito (membros do Ministério Público e advogados) pelas mesmas razões apontadas.

É curioso observar que ninguém se preocupou em estudar mais aprofundadamente e, sobretudo, entender, com maior atenção, as razões históricas de o consagrado *critério de antiguidade* ter se fixado no Poder Judiciário como uma salutar tradição que se iniciou após o fim do Estado Novo (1937 a 1945)², exatamente como uma importante e necessária resposta ao *clamor democrático* que repudiou, de forma veemente, o anterior *critério eletivo amplo* que somente serviu aos interesses populistas daquele odioso e repulsivo momento histórico, que se caracterizou pela centralização de poder, fortemente travestida de nacionalismo e exacerbado autoritarismo.

É importante registrar que todas as Constituições posteriores a este momento ditatorial³ outorgaram plena *autonomia* aos Tribunais para elegerem seus cargos de direção, – exclusivamente por voto de seus membros e observado o critério de antiguidade e a impossibilidade de reeleição –, o que acabou por consagrar o importantíssimo princípio do *autogoverno da magistratura* em nosso país.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão de 14 de dezembro de 2016, inclusive, *anulou* pleito eleitoral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que havia, no dia 5 de dezembro de 2016, outorgado vitória ao Desembargador LUIZ ZVEITER, ao argumento de afronta ao art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/79), que preconiza que “*quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade*”, desautorizando a Resolução nº 1/2014 do tribunal fluminense, que havia flexibilizado a rigidez das eleições, inclusive mitigando o critério de *antiguidade* e prevendo a possibilidade de *reeleição*.

Ademais, a razão de ter sido historicamente privilegiado o *critério de antiguidade* nos referidos processos de escolha dos órgãos diretivos de nossos Tribunais se deve ao fato de que, não obstante o Poder Judiciário ser um reconhecido *poder*

político, inerente ao Estado Democrático, sua função precípua (jurisdicional) é exercitada de forma predominantemente *técnica*, através de uma tríade indissociável a incluir a *imparcialidade*, a *impressoalidade* e a *independência*, paradigmas que revelam um imperativo de necessário e saudável distanciamento político e de ações políticas por parte de seus membros.

A prevalecer, *data maxima venia*, essa irrefletida, descabida (e pouco debatida) proposta de emenda à Constituição, passaríamos a ter, – de forma impositiva e desafiadora da própria *autonomia* judiciária –, nos Tribunais Estaduais e, em particular, nos Tribunais Regionais Federais – caracterizados pelo número restrito de desembargadores – inéditas *disputas político-eleitorais* que não somente poderiam vir a paralisar o bom andamento de seus trabalhos, a envolver seus membros em intensas campanhas eleitorais por vários meses anteriores ao pleito (se assemelhando, em muito, ao que ocorre nas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil/OAB), mas também abrir um verdadeiro leque de possibilidades inimagináveis, como a de que desembargadores advindos do quinto constitucional e recém-empossados, sem qualquer conhecimento sobre o funcionamento administrativo de um tribunal – mas com excelente trânsito político – possam ser eleitos para a alta administração do tribunal e, inclusive, para a sua presidência, pondo muitas vezes a perder, por seu conhecimento incipiente da função, uma organização eficiente construída ao longo de décadas e forjada em vigorosa experiência e maturidade que somente o tempo efetivamente propicia.

Igualmente, ao excluir, dos novos critérios propostos, o cargo de Corregedor, poderia vir a ocorrer a esdrúxula situação factual em que o cargo de *Corregedor*, eventualmente ocupado por desembargador mais antigo, teria uma certa *ascendência* sobre o *Presidente*, em sinérgica subversão hierárquica não somente da estrutura do próprio tribunal, mas também em relação à organização vertical do Poder Judiciário⁴.

Temerariamente, parece que tais situações pontuais encontram-se, ainda que de maneira implícita, na justificação para a propositura da PEC em comento, haja vista a atual realidade pátria, em que muito tem sido conseguido, lamentavelmente, através do “compadrio”.

Em necessária adição argumentativa, deve ser consignado, em tom de sublime advertência, que tal alteração, uma vez conduzida a efeito, seria de monta suficiente para causar graves danos à imagem de *imparcialidade* do Poder Judiciário, com o conseqüente e eventual surgimento de possíveis *lobbies* de empresários e políticos por trás das chapas concorrentes aos cargos diretivos dos Tribunais, tudo com vistas a verem seus interesses privilegiados.

Dessa feita, verifica-se, a toda evidência, – especialmente pelas várias possíveis conseqüências derivadas –, que a proposta *sub examen* é por demais complexa para ser reduzida a uma simples *identidade democrática*; afinal, dentre os vários poderes de um presidente de tribunal, encontra-se não somente a prerrogativa de estabelecer a pauta de julgamento⁵, como ainda a própria ordem dos trabalhos, influenciando, sobremaneira, o destino temporal dos julgamentos.

“Na minha gestão, não estimularei esse tipo de coisa, a demagogia dentro do Judiciário. O Judiciário é um órgão da democracia, assim como as Forças Armadas. Não pode haver eleição direta nas Forças Armadas nem no Poder Judiciário.” (Fábio Prieto de Souza, Presidente do TRF3, *Jornal do Advogado*, nº 394, maio/2014, p. 15)

CRITÉRIOS PARA O ACESSO E EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DE TRIBUNAIS EM OUTROS PAÍSES

A título comparativo, vale, neste momento, trazer à baila como funcionam o acesso e exercício da presidência nos Tribunais em alguns países com governo reconhecidamente democrático.

Na Índia, a maior democracia do mundo, o presidente da Suprema Corte é nomeado pelo Presidente do país, recaindo esta designação, geralmente, sobre o juiz mais antigo da Corte naquele momento, ou seja, é seguido o *critério de antiguidade*, assim como ocorre no Brasil⁶.

No Chile, país de raízes culturais também ibéricas, com sistema legal próximo ao nosso e reconhecida recuperação democrática após os duros anos da *Ditadura Pinochet*, a eleição para a presidência de sua Corte Suprema segue a tradição de os magistrados elegerem o ministro mais antigo⁷, assim como ocorre com os demais Tribunais inferiores, como nas chamadas Cortes de Apelação.

Por outro lado, na Espanha, país no qual a Constituição, promulgada em 1978, é contemporânea à nossa e que também foi redigida após vários anos de regime ditatorial, a designação para a presidência dos Tribunais superiores de justiça das comunidades autônomas se dá, em efetiva contraposição, por meio da realização de criticáveis *acordos políticos*, o que tem gerado grandes problemas, em especial nas regiões tradicionalmente avessas ao poder central emanado de Madri, tais como a Catalunha e o País Basco, apenas para citar algumas. Ademais, a própria categoria dos magistrados daquela nação tem visto com grande apreensão esta *politização* da Justiça, que não seria de forma alguma um reflexo de uma maior democracia, mas apenas a certeza de que verdadeiros “*conchavos políticos*” conseguem melhores resultados na hora de se buscar a posição de presidente, o que, de forma alguma, é o que se espera que ocorra em uma instituição que pugna pela necessária imparcialidade.

A SITUAÇÃO ATUAL DAS ELEIÇÕES PARA A PRESIDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Voltando os olhos à nossa própria situação fática, insta salientar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) vigente expressamente prevê, em seu art. 102, que “*Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição*”.

Referido fato nunca preocupou os Tribunais com poucos desembargadores. Salvo raras exceções, neles vem sendo seguida a antiguidade nos cargos de direção, sendo que todos, ou quase todos, chegam à presidência, vice-presidência ou corregedoria.

A situação, contudo, apresenta-se diferente nos Tribunais maiores, e por um motivo muito simples: quem entra em um tribunal com 30 (trinta) juízes ou mais provavelmente nunca chegará aos cargos de direção. Ainda que 15 (quinze) de seus colegas já tenham presidido a Corte, morram ou se aposentem, os 15 (quinze) restantes significarão 30 (trinta) anos de espera. Isto obviamente desagrade aos mais novos, alguns com uma enorme vontade (e mesmo vocação) em atuar como presidentes.

Assim, são os Tribunais de porte médio (20 a 49 desembargadores) e os de grande porte (50 ou mais desembargadores, caso do TJ-SC, PR, MG, RJ, RS e SP)

que não têm aceitado a antiguidade como critério único de escolha⁸, ainda que não a tenham renegado por completo.

DE FREITAS (2011), desembargador federal aposentado do TRF 4ª Região, onde foi presidente, e consagrado professor universitário, entende que *“o anseio de presidir um tribunal é uma aspiração legítima e nada tem de errado. Pelo contrário, é ótimo que quem assuma tão difícil posição esteja preparado e disposto, física e psicologicamente, a dedicar dois anos de sua existência à causa pública”*.

Aduz o douto colega, ademais, que a presidência de um Tribunal Intermediário (TJ, TRF ou TRT) é onde se pode fazer mais pela efetividade da Justiça, posto ser o presidente destes Tribunais quem dá a política da gestão judiciária no estado ou na região, que pode incentivar os juízes e servidores, instalar Varas, realizar concursos, conduzir a construção de Fóruns, implementar o processo eletrônico, estimular a conciliação e pôr em prática tantas outras importantíssimas medidas.

DE FREITAS menciona também, contrariamente ao pensamento dos defensores da PEC 187/2012, *que não tem qualquer cabimento a pretensão de que todos os juízes votem para presidente*, pois isto culminaria em campanhas pelo interior, promessas de favores, animosidade entre facções em disputa e outros tantos problemas.

Nessa linha, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, cujo Tribunal de Justiça possui 180 (cento e oitenta) desembargadores, com 25 (vinte e cinco) fazendo parte do Órgão Especial, a escolha da presidência se dá por votação secreta pela *maioria dos membros do Tribunal*, podendo concorrer apenas os *membros efetivos do Órgão Especial*, cuja metade é provida pelo *critério de antiguidade*. Assim, constata-se, neste ente federativo, a adoção de um critério de eleição que poderia ser considerado misto, haja vista o fato de, dentre os desembargadores elegíveis, metade ser composta dos membros mais antigos do Tribunal, mas, ainda assim, excluídos, em qualquer hipótese, os juízes de 1º grau como sujeitos eleitorais *ativos*.

Analisando a questão no âmbito da Justiça Federal, cabe salientar que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em seu Regimento Interno, deixa claro que a eleição para sua Presidência dar-se-á por votação de seus 27 (vinte e sete) desembargadores, recaindo a escolha, *preferencialmente*, sobre os *desembargadores federais mais antigos*, ou seja, utiliza-se do *critério de antiguidade*.

Tal critério é o que também é utilizado, tradicionalmente, por nossa Corte máxima, o Supremo Tribunal Federal – STF. Assim, nem todos os ministros chegam à Presidência do Supremo. Nas eleições, atualmente feitas a cada 2 (dois) anos, é respeitada a antiguidade, tendo prioridade o ministro que entrou há mais tempo na Corte, com o presidente sendo eleito por seus pares em Plenário, por voto secreto⁹.

Igualmente, é o critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, desde a sua criação e instalação em 1989, em repetição ao idêntico critério aplicado historicamente, desde sempre¹⁰, ao Tribunal Federal de Recursos – TFR, quando de sua criação, em 1946, durante o importantíssimo processo de *redemocratização* do Brasil.

Uma das anunciadas temeridades no caso de uma eventual aprovação da PEC 187/2012 recai exatamente no fato de que, como a *base* da pirâmide hierárquica do Judiciário é muito maior do que a sua *Cúpula*, na prática, seriam os juízes vitálícios com *menos* de 5 (cinco) anos na carreira, muitos com menos de 30 (trinta) anos de idade e pouquíssima experiência judicante, quem, de fato, decidiriam as eleições. E ainda, – o que é mais grave –, para que estes, em um segundo *“momento*

democratizante”, passem de simples eleitores (sujeitos eleitorais *ativos*) a *membros elegíveis* (sujeitos eleitorais *passivos*)¹¹, seria relativamente simples, do ponto de vista político, permitindo o risco de começarmos a ver Tribunais espalhados pelo país inteiro presididos por juízes de 1º grau com *menos* de 5 (cinco) anos de carreira, ou seja, com pouquíssima experiência no que pertine à administração complexa que envolve a estrutura de um tribunal, além de uma idade cronológica em que a própria maturidade humana, – essencial à função judicante e administrativa –, ainda não se encontra plenamente assentada.

A ESFERA DO PODER LEGISLATIVO: AS ELEIÇÕES PARA A PRESIDÊNCIA DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL

É interessante destacar que no âmbito do Poder Legislativo – no que pertine ao fato de não recair na massa da população com capacidade eleitoral *ativa* a escolha de seus cargos diretivos –, a eleição para a presidência da Câmara dos Deputados igualmente não inclui os senadores, que também são congressistas, sendo certo que, inclusive, para eleição da Mesa Diretora do Senado Federal – incluindo o cargo de Presidente do Senado e de todo o *Congresso Nacional* –, não votam os deputados federais¹², mesmo sendo fato que, nos trabalhos conjuntos englobando ambas as Casas Legislativas, a presidência recai sobre um senador, escolhido exclusivamente por seus pares.

O CLAMOR PELA DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Resta incontestável que uma das naturais aspirações de um juiz de carreira, – que através de seus reconhecidos méritos logrou aprovação em difícilíssimo concurso público de acesso –, é não somente ser promovido ao respectivo tribunal a que se encontra adstrito, na medida em que avança temporalmente na carreira, como também participar mais ativamente das decisões que, em grande medida, alteram os rumos do Poder Judiciário.

É exatamente dentro desse contexto que não somente se faz imperativa, como, igualmente, se almeja, – como um autêntico clamor de seus membros –, uma verdadeira “*democratização do Poder Judiciário*”. Tal pretensão, legítima em sua origem e em sua intenção, – resta lícito concluir –, passa, necessariamente, por amplas e profundas mudanças estruturais que afastem definitivamente o *conservadorismo predominante*, sobretudo aquele ditado pelo *poder político* a que, reconhecidamente, o Judiciário se encontra criticavelmente subordinado.

Assim, é de se registrar que, essencialmente, as legítimas aspirações dos magistrados de 1º grau, em última análise, não são satisfeitas pelo simples fato de que os mesmos não possuem o direito de eleger (ou serem eleitos para) os cargos de direção dos Tribunais, mas, muito mais acertadamente, porque dificilmente chegarão a estes importantes cargos pelo isento *critério de antiguidade* em razão da própria carreira não permitir esta natural evolução gradualística, em razão, sobretudo, de *antidemocráticas intervenções políticas externas* que permitem admitir, de forma ampla e gradual, nas instâncias superiores, o ingresso de juízes oriundos de outras carreiras ou funções, como a advocacia ou o Ministério Público, e que, – além de simplesmente não se submeterem ao concurso público de acesso à magistratura nacional –, *subvertem a natural ordem hierárquica implícita* em todas as

carreiras do serviço público (situação em que a carreira da *magistratura* não pode ser apontada como exceção), em efetivo prejuízo das mais corriqueiras aspirações daqueles que continuam a aguardar, ano após ano, por uma ansiada promoção aos Tribunais dos mais variados graus e, porque não, à última instância, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal.

Este é exatamente o cerne da *questão democrática* que precisa ser verdadeiramente enfrentado, sem os “*desvios de atenção*” que se pretende, ainda que inconscientemente, impor, camuflando os verdadeiros caminhos a serem trilhados para efetivamente se avançar no *processo democrático*, rompendo com as últimas amarras da herança autoritária do período getulista.

Senão, vejamos: 100% das vagas de Juízes de 1º grau são, atualmente, providas exclusivamente por candidatos que, unicamente pelo critério meritório do concurso público de provas e títulos, lograram aprovação no mesmo, revelando um grande avanço democrático, na exata medida em que, no período compreendido entre 1966 e 1973, os cargos de juízes federais de 1º grau eram providos por simples indicação política do Poder Executivo¹³.

Todavia, nos Tribunais Intermediários, por uma herança da Era Vargas¹⁴ (até hoje não objeto de necessária correção democratizante), apenas 80% das vagas de desembargadores (Juízes de 2º grau) são destinadas aos magistrados de carreira e, ainda assim, apenas metade destas, ou seja, 40% do total são reservadas aos juízes de 1º grau pelo critério de antiguidade, sem qualquer ingerência política¹⁵.

Nos Tribunais Superiores a situação é ainda mais desafiadora, posto que no Tribunal da Cidadania, o STJ, órgão de cúpula das justiças comum local (estadual e distrital) e federal, o *quinto constitucional* é transformado em *terço constitucional*, ou seja, o percentual de 80% de acesso de juízes de carreira é reduzido para 67%, sendo certo que todas as vagas são providas por critérios políticos de formação da lista tríplice com posterior escolha discricionária e soberana pelo Chefe do Poder Executivo¹⁶.

No Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário, todas as vagas (11 no total), insta salientar, são exclusivamente providas por livre escolha do Chefe do Executivo, excluída qualquer vinculação à necessária nomeação de juízes de carreira¹⁷.

O clamor por mais *democracia no Poder Judiciário*, portanto, preconiza, em tom sublime, uma maior defesa pelo *fortalecimento da carreira*, o que se traduz pelo reforço dos critérios meritórios e, conseqüentemente, por cada vez menos ingerências políticas de outros Poderes e, sobretudo, menor politização *interna corporis*, reafirmando o preceito democrático de amplo acesso de seus membros exclusivamente por *critérios de antiguidade* que melhor traduzem os esforços naturais de desempenho na carreira judicante.

CONCLUSÕES

É importante salientar que, nos últimos tempos, o verbo “*democratizar*” ganhou uma notável importância que, entretanto, não tem sido acompanhada de sua correspondente e correta interpretação.

Democratizar não significa, necessariamente, tornar todas as funções do Estado elegíveis e, de igual forma, ampliar irrestritamente o Colégio Eleitoral daquelas em que se faz pertinente o critério de escolha.

Em verdade, é muito mais o princípio do *amplo acesso*, – ainda que por critérios distintos da *eleição*, tais como o *concurso público* –, o caminho que se revela mais democrático para o preenchimento dos cargos e funções do Estado, em praticamente todos os seus níveis, notadamente nos que se exercem à margem da *política* e que se afirmam por *desempenho técnico*.

No caso específico da função judicante, não é possível deixar de reconhecer que, hodiernamente, esta se perfaz através de um viés no qual a experiência de vida permite uma interpretação crescentemente mais justa das leis, tornando-se cada vez melhor quanto maior for o tempo em atividade. Relembre-se, neste sentido, que, na antiguidade, os julgamentos eram efetuados por conselhos de anciãos, ou seja, a *“justiça”* era proporcionada pelos indivíduos mais experientes no seio social, reconhecendo-se a *maturidade*, a *experiência de vida* e o *conhecimento prático e teórico acumulado ao longo do tempo* como essenciais ao mister da função jurisdicional e administrativa correlata.

É exatamente por esta razão que não é possível que se cogite faltar *democracia* no fato de continuarmos a seguir o consagrado *critério de antiguidade* na eleição de presidentes dos Tribunais pátrios, como medida de salutar *equilíbrio e não-politização* do Poder Judiciário nacional, seguindo os melhores e mais diversos exemplos presentes nos países mais democráticos da atualidade, bem como do próprio processo de *democratização do Judiciário*, inaugurado a partir de 1946, que buscou sepultar, em definitivo, o *“populismo”* da Ditadura Vargas, que permitiu curvar todos os Tribunais sobreviventes (é importante lembrar que a Constituição de 1937 simplesmente extinguiu a Justiça Federal) às suas ordens e interesses, através, e sobretudo, da aplicação do amplo critério eletivo (e eleitoreiro) de seus Presidentes.

Não é por outra sorte de considerações, portanto, que devemos sempre ter em mente que o verdadeiro caminho para a *democratização do Judiciário* passa, não pela *politização* tanto de sua estrutura como de seus membros, mas sim (e principalmente) pelo *fortalecimento* da própria *carreira* (exclusivamente composta de magistrados concursados), como ainda e fundamentalmente, pela sinérgica efetividade do poder jurisdicional inerente aos magistrados de 1º grau, o que implica dizer em restringir os inúmeros recursos e a ampla gama de nefastos efeitos suspensivos que vêm transformando, na prática, os juízos monocráticos em simples *juízos de instrução*, como bem assim seus respectivos julgadores em meros magistrados de *iniciação processual*¹⁸.

Por efeito conclusivo, é exatamente a *despolitização* e o afastamento do *caráter populista e eleitoreiro* nos Tribunais que, historicamente, – ao reverso do que preconizam os mais desavisados –, se constituem na grande e verdadeira conquista democrática *pós-ditadura Vargas*, sendo certo que ainda resta o desafio de ver sepultada a última herança daquele sombrio regime, ou seja, a extinção da figura política do *quinto constitucional*, a permitir, por derradeiro, a prevalência do critério *meritocrático* de acesso a todos os Tribunais, com a conseqüente promoção de seus membros circundada exclusivamente aos juízes de carreira, afastando-se, desta feita, qualquer ingerência política de outros poderes ou mesmo de *politizações* indesejadas, em efetiva consagração da *democracia* (e dos valores democráticos) que preconiza a existência de um Poder Judiciário realmente independente. Afinal, não é do interesse do povo brasileiro que o *Poder Judiciário* venha a se transformar em simples *Serviço Judiciário*.

NOTAS

- 1 A PEC 187/2012 teve sua origem encabeçada pelo Deputado Wellington Fagundes, congressista filiado ao Partido da República (PR) e eleito pelo estado do Mato Grosso. Foi apresentada em 05/06/2012, tramitando sob o regime especial, sendo a última ação legislativa referente a ela a aprovação de parecer pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 15/10/2013.
- 2 A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas logo após o início do período ditatorial do Estado Novo e que ficou conhecida vulgarmente como a “Polaca”, em virtude de sua grande semelhança com a contemporânea constituição autoritária da Polônia, simplesmente extinguiu a Justiça Federal, bem como retirou poderes dos Tribunais pátrios, dentre eles o de elegerem seus próprios dirigentes, restando apenas o disposto em seu art. 93, *verbis*:
“Art 93. Compete aos Tribunais:
a) elaborar os Regimentos Internos, organizar as Secretarias, os Cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos;
b) conceder licença, nos termos da lei, aos seus membros, aos Juizes e serentunários, que lhes são imediatamente subordinados.”
- 3 Constituição de 1946: art. 97, I; Constituição de 1967: art. 110, I; Constituição de 1988: art. 96, I, “a”.
- 4 É conveniente lembrar que toda a *estrutura corporativa*, – seja no contexto interno dos Tribunais, ou mesmo de *todo o Poder Judiciário* –, encontra-se indubitavelmente construída sobre os pilares do critério da *antiguidade na carreira*. Assim, a própria organização da *disposição física* (assentos) no *Plenário* é por *ordem de antiguidade*, bem como, nos juízos monocráticos, o acesso à *titularidade* das *Varas Judiciárias* é realizado por *antiguidade*, sendo certo que quando providas (quer a titularidade dos juízos, que a promoção ao tribunal) pelo *critério alternativo de merecimento*, os juízes precisam figurar necessariamente na *quinta parte da lista de antiguidade*.
- 5 É de se pensar refletidamente que a aprovação da PEC 187/2012 abriria um importante precedente para se promover, em uma segunda etapa, a ampliação da medida supostamente “*democratizante*” para os Tribunais superiores – e mesmo para o STF –, permitindo-nos questionar, neste momento, que, caso tal hipótese já se constituísse em uma realidade e, conseqüentemente, se houvesse eleições para a Presidência do STF, a *Ação Penal nº 470* (“mensalão”) já teria sido julgada com os excepcionais (e inéditos) resultados alcançados?
- 6 Insta salientar que referida tradição convencionada só foi posta de lado durante o governo de Indira Gandhi, no qual foi nomeado presidente da Suprema Corte A. N. Ray, apesar de haver 3 (três) juizes mais antigos do que ele naquele momento. Pressupõe-se que a nomeação de A. N. Ray deu-se por ser um grande defensor do governo de Gandhi, algo muito importante em um período em que tal governo estava visivelmente se atolando em uma crise política e constitucional.
- 7 É importante esclarecer, por dever de lealdade acadêmica, que tal tradição somente foi afastada por uma única vez, quando da eleição para substituir o presidente Milton Juica. Os ministros Adalis Oyarzún e Jaime Rodríguez Espoz eram os subsequentes na ordem de antiguidade mas, por lhes faltar pouco tempo para atingir 75 (setenta e cinco) anos de idade e aposentar-se obrigatoriamente, os outros ministros calcularam que, se ocorresse a eleição de um dos dois, muitos dos que os seguiam na linha de antiguidade atingiriam a idade expulsória antes de poderem ter acesso à Presidência. Nesta ocasião, optou-se então por uma votação fechada, na qual cada juiz escreveu em um papel o nome de seu candidato, sendo vencedor Rubén Ballesteros Cárcamo, o quarto ministro na ordem de antiguidade daquela Corte Suprema.
- 8 Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi palco de movimentação em favor da adoção de eleições diretas. De acordo com o desembargador Nelson Missias de Moraes, as eleições democráticas, nas quais todos possam participar, são um forte instrumento de aperfeiçoamento do Poder Judiciário, em razão dos debates acerca das questões institucionais e compromissos de cada candidato. Ainda segundo ele, “*dessa forma, com vontade política e atitude, Minas se antecipará ao legislador e, de maneira pioneira, reconhecerá o juiz de 1ª instância como membro de Poder, e o é, tal qual os desembargadores*”.

Já em São Paulo, onde o Tribunal de Justiça é composto de 350 (trezentos e cinquenta) desembargadores, a eleição para a presidência do órgão já ocorre sem se atentar especificamente para o critério da antiguidade, havendo atualmente uma forte movimentação política no sentido de que não apenas os desembargadores, mas todos os magistrados possam participar da escolha.

- 9 Vale salientar que muitos ministros do STF se aposentam antes de chegarem ao topo da lista de mais antigos, como foi o caso recente do ministro Eros Grau, que completou 70 (setenta) anos e foi aposentado compulsoriamente, sendo à época o quarto mais moderno do STF.
- 10 Deve ser consignado que o texto do art. 8º da Lei nº 33/47, que dispõe sobre a criação do Tribunal Federal de Recursos – TFR, expressamente previu que o referido tribunal seria instalado sob a presidência do mais velho de seus titulares.
- 11 É importante ressaltar que tal previsão normativa não se encontra prevista no texto da PEC 187/2012. Todavia, após sua aprovação, seria um natural desdobramento de sua aplicação prática, posto que em qualquer sistema eleitoral, o direito de eleger encontra-se irremediavelmente adstrito à potencialidade eleitoral de também poder ser eleito.
- 12 Na Câmara dos Deputados, seu Regimento Interno dispõe, no art. 7º, que a eleição dos membros de sua Mesa Diretora far-se-á em votação por escrutínio secreto e pelo sistema eletrônico, exigida maioria absoluta de votos, em primeiro escrutínio, e maioria simples, em segundo escrutínio, presente a maioria absoluta dos Deputados.
O Senado Federal é igualmente dirigido pela Mesa, composta pelo Presidente, Primeiro e Segundo Vice-Presidentes e 4 (quatro) Secretários. São indicados também, 4 (quatro) suplentes de Secretários para substituir os titulares em caso de impedimento. Os senadores se reúnem, em sessão preparatória, para eleger os componentes da Mesa, sendo a votação realizada de maneira secreta, por maioria de votos, presente a maioria dos senadores e assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação na Casa (Regimento Interno, arts. 3º e 46).
Vale lembrar que o Presidente do Senado Federal acumula a função de Presidente do Congresso Nacional.
- 13 Esta sim revelou-se uma grande *conquista democrática*, na exata medida em que não somente restringiu, pelo menos na 1ª instância da Justiça Federal, as interferências políticas no Judiciário que tanto comprometiam sua necessária isenção, independência e imparcialidade.
- 14 A implementação nos Tribunais pátrios do chamado *quinto constitucional*, ideia corporativista do governo Getúlio Vargas, ocorreu com a inserção desta no art. 104, §6º, da Constituição de 1934.
- 15 As demais vagas (40% do total) são providas pelos magistrados de carreira, porém pelo *critério político do “merecimento”* em que a escolha final, dentre uma lista tríplice constituída pelos integrantes do Tribunal, é submetida ao Chefe do Executivo (estadual – Governador; ou federal – Presidente da República, conforme o caso) para sua livre escolha. Vale registrar que o próprio Presidente do STF já se manifestou contrariamente a tal critério (O Globo, ed. digital, 20/12/2012), defendendo a exclusividade do *critério de antiguidade* para a promoção de juízes aos Tribunais, que é objetivo.
- 16 Deve ser registrado, por oportuno, que das 22 vagas (dentre um total de 33) destinadas a desembargadores estaduais ou distritais (11 vagas) e federais (11 vagas), as mesmas incluem os desembargadores oriundos do quinto constitucional, o que, na verdade, reduz, por vias transversas, o percentual real de magistrados de carreira a menos de 50% do total. Apenas no *Tribunal Superior do Trabalho* tal anomalia foi corrigida pelo disposto no art. 111-A da CRFB, que não somente manteve o critério do quinto constitucional, mas tornou exclusivo o acesso de 80% das vagas aos desembargadores do trabalho de carreira.
- 17 O critério de acesso ao STF, previsto no art. 101 da CRFB, preconiza exclusivamente o “notável saber jurídico”, o que implica dizer que não somente é possível não nomear nenhum juiz de carreira, como ainda nomear um juiz de 1º grau, em virtual subversão da própria carreira da magistratura nacional.
- 18 É exatamente esta esdrúxula e condenável situação que clama pelo urgente resgate da própria dignidade da magistratura e do necessário orgulho de ostentar a condição de magistrado.

REFERÊNCIAS

- BOLLMANN, Vilian. *A completa democratização do Judiciário*. *Correio Braziliense*, Brasília, 26 Mar 2014. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/imprensa/ajufe-na-imprensa/a-completa-democratizacao-do-judiciario/>> Acessado em: <8 Abr 2014>.
- Estado Novo (Brasil)*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_\(Brasil\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_(Brasil))> Acessado em: <3 Abr 2014>.
- Chief Justice of India*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Chief_Justice_of_India> Acessado em: <8 Abr 2014>.
- Chile – Ruben Ballesteros y los Derechos Humanos. *Correo Semanal*, Santiago do Chile, 20 Dez 2011. Disponível em: <<http://correosemanal.blogspot.com.br/2011/12/chile-ruben-ballesteros-y-los-derechos.html>> Acessado em: <3 Abr 2014>.
- Cortes de Apelaciones de Chile*. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Cortes_de_Apelaciones_de_Chile> Acessado em: <8 Abr 2014>.
- DÍAZ, Felipe. *La Tercera*, Santiago do Chile, 15 Dez 2013. Disponível em: <<http://diario.latercera.com/2013/12/15/01/contenido/pais/31-153388-9-jueces-alistan-eleccion-de-sergio-munoz-como-nuevo-presidente-de-la-suprema.shtml>> Acessado em: <31 Mar 2014>.
- El Mundo*, Madri, 28 Jan 2010. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/28/espana/1264698515.html>> Acessado em: <31 Mar 2014>.
- DE FREITAS, Vladimir Passos. *As novidades nas eleições à presidência dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-11/segunda-leitura-novidades-eleicoes-presidencia-Tribunais>> Acessado em: <31 Mar 2014>.
- Democratização do Judiciário. *Consultor Jurídico*. 17 Mar 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-17/magistrados-farao-ato-dia-31-marco-pedir-eleicoes-diretas-Tribunais>> Acessado em: <31 Mar 2014>.
- CODJERJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj_novo.pdf> Acesso: 01/04/2014.
- MANDEL, Gabriel. CNJ bloqueia Sartori e afeta processo eleitoral em São Paulo. *Consultor Jurídico*. 12 Nov 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-12/indefinicao-candidatura-ivan-sartori-mexe-eleicao-tj-sp>> Acessado em: <1 Abr 2014>.
- Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. Disponível em: <<http://professorjoselias.blogspot.com.br/2011/10/regimento-interno-trf-2-regiao-titulo-i.html>> Acessado em: <1 Abr 2014>.
- Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124564>> Acessado em: <1 Abr 2014>.
- História da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.jfpr.gov.br/institucional/jfpr/historia.php>> Acessado em: <9 Abr 2014>.
- Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=4> Acessado em: <1 Abr 2014>.
- Composição da Mesa do Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/mesadiretora.asp>> Acessado em: <3 Abr 2014>.
- CARDOSO, Antonio Pessoa. *Quinto Constitucional*. Disponível em: <<http://www.profpito.com/QuintoconstitucionalCardoso.html>> Acessado em: <9 Abr 2014>.
- Presidente do STF defende fim da promoção por merecimento. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 Dez 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/presidente-do-stf-defende-fim-da-promocao-por-merecimento-7113007>> Acessado em: <9 Abr 2014>.
- HOUAISS, A. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*.





Em tempos de febre amarela e Lava Jato todo mundo quer imunidade: vereadores e prisão em flagrante

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“A existência de tantas imunidades previstas legalmente, ao menos obedecendo ao processo legislativo em sua competência constitucional, já causa incômodo e violação injustificáveis ao princípio da igualdade (artigo 5º, “caput”, CF), merecendo uma urgente revisão pelos meios adequados. Se isso já é motivo de insatisfação a todo aquele que tenha a mínima noção do “justo”, imagine-se a inconveniência, a indesejabilidade de uma espúria lei municipal que cria mais um caso esdrúxulo ou bizarro de privilégio insustentável.”

Antes de expor o tema central deste trabalho é preciso deixar claro que se entende que qualquer imunidade, perante a prisão provisória, em flagrante ou não, excetuando o caso de liberdade de expressão por palavras e votos dos parlamentares em geral (imunidade material), não se justifica de forma alguma. A legislação e a Constituição Federal cria um arcabouço de privilégios ilegítimos, violando a igualdade sem o necessário lastro de razoabilidade. Há uma casta de pessoas que se acha protegida por um véu de intocabilidade, ainda que diante do cometimento flagrante de infrações penais. Isso é incorreto, desnecessário, injusto e contraproducente.

Dentre os vários beneficiados com imunidade, por exemplo, à prisão em flagrante, estão o presidente da República (art. 86, § 3º, CF), os membros do Ministério Público e magistrados em infrações penais afiançáveis (art. 40, III, da Lei nº 8.625/1993 – LONMP e art. 33, II da LC nº 35/1979 – LOMN), os deputados estaduais (art. 27, § 1º, CF) e os membros do Congresso Nacional (deputados federais e senadores – art. 53, § 2º, CF), também estes últimos nos casos de infrações penais afiançáveis (MARCÃO, 2017, p. 669-670). No caso de infrações inafiançáveis, mesmo quando presos, os membros do Ministério Público e juízes devem ter formalizada a prisão pela respectiva Procuradoria-Geral ou Tribunal e não pela Polícia Judiciária. Também os ocupantes de cargos políticos, ainda que presos em casos de crimes inafiançáveis, somente terão a restrição de liberdade mantida e seguirão o procedimento com a anuência das respectivas casas legislativas.

Enquanto o STF parece tender a desconsiderar a imunidade dos deputados estaduais à prisão provisória, inobstante o claro texto do art. 27, §1º, da CF, que os coloca em pé de igualdade com os senadores e deputados federais (art. 53, § 2º, CF), eis que este subscritor descobre a Lei Orgânica Municipal da cidade de Timon, no Estado do Maranhão, no bojo da qual se confere aos vereadores as mesmas imunidades que detêm os parlamentares estaduais e federais (art. 36, §§ 1º e 2º, da Constituição do Estado do Maranhão, e art. 39, §§ 1º ao 6º, da Lei Orgânica do Município de Timon – MA).

A *Revista Consultor Jurídico*, de 8 de dezembro de 2017, publicou matéria intitulada “Para cinco ministros do Supremo, deputado estadual não tem imunidade”, na qual alertava sobre as ADINs 5823, 5824 e 5825. Embora se considere esses privilégios equivocados, não se compreende com base em que espécie de malabarismo jurídico o STF tende a negar a letra clara e evidente da CF. Os privilégios são injustos sim, mas sua negativa não pode se dar por canetadas autoritárias, midiáticas e de conveniência do STF, violando a tripartição de poderes. Há necessidade de reforma constitucional nesse aspecto, porque o que está estabelecido é, sem dúvida alguma, a imunidade dos deputados estaduais tal qual a dos senadores e deputados federais. Essa igualdade, inclusive, no atual quadro, é razoável. O que deve ocorrer é a eliminação de todos os privilégios quanto à prisão em flagrante, e não de um caso isolado por mera conveniência.

Na citada lei orgânica do município maranhense consta a imunidade material por “opiniões, palavras e votos”, o que não é de se criticar, pois se trata de simples cumprimento de mandamento constitucional previsto no art. 29, VIII, da CF, sem o qual a atividade parlamentar, em qualquer nível, é inviável em termos de uma almejada democracia.

Tudo, porém, começa a degradingolar quando o “caput” do art. 39 da legislação municipal afirma que os vereadores daquela localidade gozam das mesmas

imunidades “conferidas aos deputados estaduais”. Em seguida, § 1º passa a determinar que os vereadores não podem ser presos em flagrante, a não ser no caso de crimes inafiançáveis, e nem processados criminalmente sem licença prévia da Câmara Municipal. Ademais, em caso de eventual prisão em flagrante por crime inafiançável a lei orgânica estabelece que o auto respectivo não deve ser remetido ao Judiciário, mas sim dentro de 24 horas à Câmara Municipal, para que, “pelo voto aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa” (art. 39, § 2º). Determina ainda que, em caso de autorização da Câmara Municipal, havendo processo criminal, este será de competência do “juiz de Direito da Comarca” (art. 39, § 3º). Tem mais: essas imunidades dos vereadores de Timon subsistirão mesmo em caso de estado de sítio, somente podendo sofrer suspensão por meio de voto de dois terços dos componentes da Câmara Municipal (art. 39, § 6º).

Eis uma legislação que supera a discussão sobre privilégios e as questões jurídicas de qualquer espécie, para adentrar triunfalmente no âmbito da insanidade megalomaniaca.

Como é de trivial conhecimento, os vereadores, excetuando-se a imunidade material por opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, não detêm qualquer privilégio previsto para as prisões provisórias, inclusive a em flagrante, seja no Código de Processo Penal, seja na Constituição Federal. Como afirma Castelo Branco (1988, p. 185), em obra especializada, “os vereadores não gozam de *imunidades parlamentares*” na prisão em flagrante (grifos no original). No mesmo sentido, afirma Tourinho Filho (2013, p. 670) que “quanto aos vereadores, a Constituição de 1988 lhes estendeu as imunidades materiais. Apenas as materiais”.

São cristalinos os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2016), ao lecionarem que:

Não contam os vereadores com *imunidade formal ou processual*, isto é, para serem processados não é preciso licença da Câmara de Vereadores: STF, HC 74.201-7-MG, 1.ª T., rel. Celso de Mello, j. 12.11.1996, v. U., DJU 13.01.1996, p. 50.164. [...] Não desfrutam, ademais, da *imunidade prisional*. Podem ser presos cautelarmente: STF, Pleno, HC 70.352-6-SP, rel. Celso de Mello, DJU03.12.1993, p. 26.357 e RT 707/394.

Assim sendo, é mais do que visível que as disposições expostas da Lei Orgânica do Município de Timon são totalmente ilegítimas e inconstitucionais. Na verdade, se tratam de dispositivos “legais” que nem sequer merecem consideração como existentes, tamanha a violação dos preceitos mais básicos do processo legislativo em sua competência.

Dessa maneira, os vereadores de Timon e de qualquer município do Brasil podem e devem ser presos em flagrante em casos de crimes afiançáveis ou inafiançáveis, indistintamente, sendo o procedimento o comum a todos os cidadãos, sem qualquer imunidade. Obviamente, a prisão deverá ser comunicada ao Judiciário e jamais à Câmara de Vereadores, a qual também não detém qualquer poder decisório sobre a eventual formação de culpa. A única comunicação à Câmara de Vereadores que pode e também deve ser feita é para fins de procedimento político-administrativo de sua atribuição no que se refere a questões de decoro parlamentar.

Apenas a título exemplificativo, as disposições da Lei Orgânica Municipal sob análise violam a competência privativa da união para legislar sobre “processo penal” (art. 22, I, CF). Também afrontam a Constituição Federal, mediante a criação de uma imunidade inexistente e sequer aventada pela Lei Maior, a qual somente se refere aos parlamentares estaduais e federais (arts. 27, § 1º, e 53, § 2º, CF). Não bastasse isso, configura-se usurpação de funções do Ministério Público como privativo titular da ação penal pública (art. 129, I, CF), bem como do Poder Judiciário no que tange à avaliação da legalidade da prisão em flagrante (art. 5º, LXI e LXII, CF). Sem contar a evidente violação das prerrogativas dos delegados de Polícia (art. 304, CPP e Lei nº 12.830/2013 c/c art. 144, I e IV e §§ 1º e 4º, CF). Sem olvidar ainda os dispositivos do Código de Processo Penal que dizem respeito à comunicação e competências dos juízes de Direito nos casos de prisão em flagrante, v.g. arts. 306 e 310 do CPP. Chega a ser risível o estabelecimento da competência do juiz da comarca para o julgamento do vereador na legislação comentada. Ora, essa competência não decorre daquela lei municipal, mas das normas constitucionais e ordinárias de Processo Penal. É também totalmente inviável o reconhecimento de imunidade inquebrantável, mesmo diante do estado de sítio aos vereadores, pois isso somente é previsto para os membros do Congresso Nacional, nos estritos termos do art. 53, § 8º, da CF.

Enfim, como bem destaca Zagrebelsky (2016, p. 64), a legislação em destaque é um daqueles “raros casos de leis puramente aparentes, em que se deve reconhecer a existência de uma obrigação de inaplicabilidade”. No original: “raros casos de leyes puramente aparentes, en los que debería reconocerse la existencia de una obligación de inaplicarlas”.

Efetivamente, a existência de tantas imunidades previstas legalmente, ao menos obedecendo ao processo legislativo em sua competência constitucional, já causa incômodo e violação injustificáveis ao princípio da igualdade (art. 5º, “caput”, CF), merecendo uma urgente revisão pelos meios adequados. Se isso já é motivo de insatisfação a todo aquele que tenha a mínima noção do “justo”, imagine-se a inconveniência, a indesejabilidade de uma espúria lei municipal que cria mais um caso esdrúxulo ou bizarro de privilégio insustentável. 

REFERÊNCIAS

- CASTELO BRANCO, Tales. *Da Prisão em Flagrante*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. Das Imunidades e Prerrogativas dos Parlamentares. 18 de março de 2016. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/315644894/das-imunidades-e-prerrogativas-dos-parlamentares>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- Para cinco ministros do Supremo, deputado estadual não tem imunidade. 8 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/cinco-ministros-stf-deputado-estadual-nao-imunidade>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016.



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

Precisamos falar sobre desigualdade



■ POR LUÍS EDUARDO ASSIS

“Analistas de boa-fé negligenciam o tema, alegando que o que importa é a elevação da renda da parcela mais pobre. A campanha presidencial de 2018 não poderá fugir desse assunto. Não é preciso esperar nenhuma catástrofe para que sejamos uma sociedade menos desigual e mais justa.”

A sempiterna discussão sobre desigualdade e concentração de renda ganhou uma poderosa contribuição no ano passado com a publicação do livro do historiador Walter Scheidel, “The Great Leveler”. O argumento apresentado é lúgubre. Para o autor, a redução da desigualdade está historicamente associada a quatro eventos trágicos: guerras, revoluções,

colapso do Estado e pandemias. Todos eles levam a rupturas profundas que nivelam a sociedade pela destruição de capital, por sua distribuição forçada ou ainda pela redução da força de trabalho.

A análise de Walter Scheidel estende-se da Roma antiga aos dias de hoje, o que, evidentemente, limita a qualidade dos indicadores estimados. Se hoje a qualidade dos dados é deficiente – a riqueza dos muito ricos raramente é reportada com precisão –, o que não dizer da acurácia do índice de Gini que o autor estima para o ano de 1350. Seja como for, a desigualdade não é invenção recente.

Scheidel identifica nos últimos 2 mil anos dois picos de concentração de renda. O primeiro, logo antes da peste negra, na Idade Média, e o segundo no início da Primeira Guerra Mundial. No primeiro evento, a desigualdade foi aplacada pela morte de um terço da população europeia, o que forçou a elevação dos salários. A desconcentração de renda que começou na segunda década do século 20 pode ser explicada pela combinação entre o surgimento do Welfare State (o Estado de Bem-Estar Social), as revoluções comunistas e a imposição de impostos confiscatórios que financiaram o esforço de guerra. Não há evidência de que regimes democráticos, por si mesmos, possam promover maior igualdade. A relação entre concentração de renda e desenvolvimento também não é linear.

Há várias indicações de que a desigualdade voltou a crescer nos últimos anos e retorna ao patamar do início do século 20. O dado recente mais acachapante, compilado pela Bloomberg, mostra que as 500 pessoas mais ricas do mundo expandiram seu patrimônio em cerca de US\$ 1 trilhão em 2017, o equivalente a um crescimento de 23% em relação ao ano anterior. É muita coisa. Na mesma direção, relatório do Credit Suisse aponta que o patrimônio da parcela do 1% de mais ricos da população mundial aumentou sua participação na riqueza total do planeta de 42,5%, em 2008, para 50,1% no ano passado.

O Brasil tem muito a dizer sobre desigualdade. Segundo as Nações Unidas, somos o décimo país mais desigual do mundo. O *ranking* dos países mais desiguais é dominado por países africanos, alguns muito pobres, como Namíbia, Botsuana, República Centro-Africana, Zâmbia e Lesoto. Políticas públicas podem ou mitigar ou agravar esse quadro. Relatório publicado em dezembro de 2017 pelo Ministério da Fazenda (Efeito Redistributivo da Política Fiscal no Brasil) calcula quanto cada faixa de renda recebe de benefícios oficiais e quanto paga para financiá-los. Infelizmente, o recebimento de juros não é computado na conta dos benefícios, mas, ainda assim, o estudo deixa claro que, considerando o saldo entre impostos pagos e benefícios recebidos, a política fiscal brasileira não consegue alterar a posição dos 20% da população com menor renda. O que esta parcela paga de impostos equivale, grosso modo, ao que ela recebe de benefícios.

Entre nós, o debate sobre desigualdade é ainda secundário. Analistas de boa-fé negligenciam o tema, alegando que o que importa é a elevação da renda da parcela mais pobre. A campanha presidencial de 2018 não poderá fugir desse assunto. Não é preciso esperar nenhuma catástrofe para que sejamos uma sociedade menos desigual e mais justa. 



LUÍS EDUARDO ASSIS é economista. Foi diretor de política monetária do Banco Central e professor da PUC e da FGV em São Paulo.

Convênio nº 52/2017 de ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária

■ POR LEONARDO DIAS DA CUNHA

É importante ressaltar que tem-se verificado várias notícias equivocadas, inclusive em sites de contabilidade, descrevendo que o ICMS substituição tributária (ICMS-ST), para 2018, teria sofrido alteração em sua forma de cálculo.

Adverte-se, desde já, que com relação aos cálculos da substituição tributária o ICMS –ST não sofreu alteração. Portanto, continua sendo calculado da mesma forma como vinha sendo praticado antes do Convênio de ICMS nº 52/2017 de ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Apenas houve alteração no cálculo do DIFAL, que passou a compor sua própria base de cálculo, objetivando evitar que houvesse diferenciação de carga tributária a depender do estado da Federação do qual a mercadoria adquirida para uso e consumo fosse originária, bem como favorecer o equilíbrio concorrencial.



“A exigibilidade da nova sistemática de cálculo do DIFAL está suspensa. Todavia, como a ações diretas de inconstitucionalidade, em que houve deferimento de medida cautelar em plantão no recesso, não foram apreciadas pelo relator que é o ministro Alexandre de Moraes, a decisão da concessão da medida cautelar poderá ser revista pelo relator antes de ser julgada em plenário.”

A ALTERAÇÃO SIGNIFICATIVA – O CONVÊNIO DE ICMS Nº 52/2017 DO CONFAZ / DIFAL

Deve ser mencionado que o Convênio de ICMS nº 52/2017 de ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária:

Dispõe sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entres os Estados e o Distrito Federal.

Dentre as exigências contidas nos dispositivos que passariam a ser exigidos a partir de 1º de janeiro de 2018, a mais relevante é a nova sistemática de cálculo do Diferencial de Alíquota do ICMS ST, referente às operações interestaduais com bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente em que a base de cálculo do imposto devido será o valor da operação interestadual adicionado do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual.

Como a mudança significativa se refere ao cálculo do DIFAL para aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária e utilizada para consumo ou ativo imobilizado do adquirente, acreditamos que esse tópico não trará mudanças substanciais para as empresas que, em maior medida, adquirem mercadoria para revenda.

Na cláusula décima quarta do Convênio 52/2017 consta a fórmula da nova sistemática de cálculo, que será tratada mais à frente.

Como já adiantado sobre não ter havido alteração na forma do cálculo do ICMS-ST, é de extrema relevância tratar da nota editada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que se manifestou diante das várias dúvidas geradas nos contribuintes sobre eventual mudança da inclusão do ICMS ST em sua base de cálculo. De igual forma, é de suma importância evidenciar a manifestação da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, no Parecer da Diretoria de Orientação e Legislação Tributária/ Superintendência de Tributação (DOLTI/SUTRI) nº 147/2017.

Em conformidade com o CONFAZ, com o advento do Convênio de ICMS nº 52/2017, não houve alteração na forma de cálculo do ICMS ST com o imposto sendo incluído em sua própria base de cálculo, pois já vinha sendo praticado pelos estados da Federação.

Assim, a redação má elaborada do Convênio de ICMS nº 52/2017 acabou por criar várias dúvidas e erros. Dessa forma, o CONFAZ descreveu que

É equivocado entendimento no sentido de que o a cláusula décima terceira do Convênio ICMS 52/17 estabelece nova forma de cálculo de base de cálculo do ICMS-ST, visto que não houve qualquer inovação ou alteração da metodologia de cálculo do ICMS-ST, especialmente no que tange às mercadorias que se destinam à comercialização [...].

A seguir se encontra colacionada na integralidade a nota do CONFAZ de 22/11/2017, disponibilizada em seu sítio eletrônico:

NOTA CONFAZ

O Secretário-Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 12, XIII, do Regimento da Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE/ICMS, de 12 de dezembro de 1997, tendo em vista a deliberação da 170ª Reunião Ordinária da COTEPE/ICMS, realizada em 22 de novembro de 2017,

considerando vários questionamentos de entidades representativas de contribuintes do ICMS sobre a correta aplicação da cláusula décima terceira do Convênio ICMS 52, de 2017, que dispõe sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal; considerando a iminente produção de efeitos do Convênio ICMS 52/17, de 07 de abril de 2017, a partir de 1º de janeiro de 2018;

faz publicar a presente NOTA CONFAZ para esclarecimentos técnicos acerca da cláusula décima terceira do referido convênio.

É o seguinte o teor da cláusula décima terceira do Convênio ICMS 52/17:

“Cláusula décima terceira O imposto devido por substituição tributária integra a correspondente base de cálculo, inclusive na hipótese de recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual.

1. O objetivo da cláusula décima terceira é dispor de forma conceitual o que já está previsto no comando constitucional (alínea ‘i’ do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF/88) e na Lei Complementar nº 87/96 (inciso I do § 1º do art. 13), pelos quais o ICMS integra a sua própria base de cálculo.

A parte inicial da cláusula, trata da inserção do imposto em sua própria base de forma genérica, tal como constam nos comandos da constituição e da lei complementar, e, certamente, nas leis estaduais e distritais instituidoras do ICMS ordinárias, explicitando em sua parte final que também na hipótese de pagamento do imposto devido pela diferença de alíquotas (DIFAL), o ICMS integra a própria base de cálculo.

A efetivação do comando previsto na cláusula décima terceira de inclusão do ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) na correspondente base de cálculo, para essas operações de comercialização, já se encontra disciplinado na legislação vigente e no Convênio ICMS 52/17, nas suas cláusulas décima e décima primeira, considerando-se já incluído o ICMS:

- no preço final a consumidor, único ou máximo, fixado por órgão público competente;
- no preço médio ponderado a consumidor final (PMPF)
- no preço final a consumidor final sugerido pelo fabricante ou importador
- na fixação da Margem de Valor Agregado (MVA).

É equivocado entendimento no sentido de que o a cláusula décima terceira do Convênio ICMS 52/17 estabelece nova forma de cálculo de base de cálculo do ICMS-ST, visto que não houve qualquer inovação ou alteração da metodologia de cálculo do ICMS-ST, especialmente no que tange às mercadorias que se destinam à comercialização;

2. Em relação à explicitação, por meio da regra constante da parte final da cláusula décima terceira, que trata também da inclusão do ICMS na correspondente base de cálculo para o pagamento do DIFAL, na hipótese de operações com bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária DESTINADOS A USO, CONSUMO OU ATIVO IMOBILIZADO DO CONTRIBUINTE ADQUIRENTE, o valor do imposto é calculado com a utilização da fórmula prevista no inciso II da cláusula décima quarta do Convênio ICMS 52/17.

A seguir, encontram-se transcritas partes do Parecer DOLTI/SUTRI nº 147/2017 da SEFAZ/MG:

[...] vimos esclarecer que não há qualquer inovação ou alteração da metodologia de cálculo do ICMS ST no que tange às mercadorias que se destinem à comercialização, sendo certo que o imposto devido a título de substituição tributária integra sua própria base de cálculo (até porque é ICMS e, portanto, calculado por dentro).

Todas as parcelas que se agregam ao custo do produto devem ser incorporadas na base de cálculo do ICMS ST, independentemente de quem as suportou, sob pena de não se tributar o preço final da mercadoria. Conseqüentemente, o valor do ICMS devido por substituição tributária, bem como o imposto relativo à operação própria, necessariamente serão suportados pelo consumidor final, e, por óbvio, seus valores integram a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, na medida em que a referida base reflete o valor que presumivelmente o produto irá alcançar ao chegar ao mercado consumidor. Nestes casos, não há que se falar em nova fórmula para o cálculo do ICMS ST, pois, independentemente da metodologia de apuração da base de cálculo a ser aplicada (PMPF, preço sugerido ou aquela formada com a aplicação da MVA), o valor encontrado já pressupõe o “embutimento”² do imposto total da cadeia (tanto o próprio quanto o devido por substituição tributária). Veja:

Parâmetros:

- Valor da mercadoria em operação interestadual: R\$ 1.000,00;
- Alíquota interna = 18%;
- Alíquota interestadual (origem do produto nacional): 12%;
- MVA original aplicável a mercadoria: 40%;
- MVA ajustada da mercadoria: 50,24%;
- ICMS origem: R\$ 120,00.

CÁLCULO ATUAL:

BCST: $1.000 \times 1,5024 = 1.502,40$

ICMS/ST a recolher: $(1.502,40 \times 18\%) - (1000,00 \times 12\%) = 270,43 - 120,00 = 150,42$.

CONVÊNIO 52/17

BCST: $1.000 \times 1,5024 = 1.502,40$

ICMS/ST a recolher: $(1.502,40 \times 18\%) - (1000,00 \times 12\%) = 270,43 - 120,00 = 150,42$

Ou seja, igual a metodologia atual!

[...]

CONCLUSÃO

A Cláusula Décima Terceira do Convênio ICMS 52/17, no que tange às operações internas e às operações destinadas às unidades que internalizaram a observância do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 para a formação da base de cálculo do ICMS ST do DIFAL, não implicará nenhuma inovação à metodologia de cálculo da substituição tributária já adotada. [...].

Fonte: http://www.fazenda.mg.gov.br/noticias/2017.12.27_Parecer_147_2017.pdf

Diante dos esclarecimentos do CONFAZ e do Parecer DOLTI/SUTRI nº 147/2017, em relação a nova sistemática de cálculo envolvendo o imposto a recolher na substituição tributária, apenas houve alteração quanto à nova sistemática de inclusão do DIFAL na sua própria base de cálculo para bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente.

Portanto, o cálculo do ICMS ST para a revenda das mercadorias continua da mesma forma com vinha sendo praticado.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NOVA SISTEMÁTICA DE CÁLCULO PARA MERCADORIAS DESTINADOS AO USO, CONSUMO OU AO ATIVO IMOBILIZADO DO ADQUIRENTE

Deve ser mencionado que houve o ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 5.866, proposta pela Confederação Nacional da Indústria e a ADI nº 5.858, apresentada pela Associação Brasileira de Supermercados), questionando, dentre outros pontos, a inclusão do ICMS-ST em sua própria base de cálculo, ensejando a bitributação, o que reverbera no cálculo do diferencial de alíquota do ICMS incluindo o próprio valor do DIFAL em sua base de cálculo.

Em regime de plantão, no recesso, na ADI nº 5.866, a ministra Carmen Lúcia entendeu que trataria de urgência e se manifestou da seguinte forma: “[...] defiro parcialmente a medida cautelar (art. 10 da Lei n. 9.868/1999), para suspender os efeitos das cláusulas 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 16ª, 24ª e 26ª do Convênio ICMS n. 52/2017, celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ [...]”.

Como o relator de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade é o ministro Alexandre de Moraes, a decisão da concessão da medida cautelar poderá ser revista pelo relator antes de ser julgada em plenário.

Diante da decisão acima mencionada da ministra Carmen Lúcia, as cláusulas referidas estão com sua vigência suspensa, incluindo a nova sistemática de cálculo do imposto a recolher por substituição tributária referente ao diferencial de alíquotas de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente.

Dessa maneira, enquanto estiver em vigor a liminar, a exigência do cálculo do DIFAL pela nova sistemática está suspensa.

Acrescente-se a isso que em 9 de janeiro de 2017 foi publicado no Diário Oficial na União o Despacho nº 2, de 2018, do CONFAZ, tornando pública a suspensão dos “efeitos das cláusulas 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 16ª, 24ª e 26ª do Convênio ICMS n. 52/2017, celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, até novo exame a ser levado a efeito na forma definida pelo insigne relator, o ministro Alexandre de Moraes”. Na ADI nº 5.866.

Entretanto, na hipótese de as referidas cláusulas passarem a vigor com a redação atual, os cálculos do diferencial de alíquotas com nova sistemática de cálculo para mercadorias destinados ao uso, ao consumo ou ao ativo imobilizado do adquirente serão da forma mais adiante descrita.

Conforme descrito na cláusula décima segunda do Convênio de ICMS nº 52/2017, no caso de:

Tratando-se de operação interestadual com bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, a base de cálculo do imposto devido será o valor da operação interestadual adicionado do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual.

Na cláusula décima quarta, inciso II, do citado Convênio de ICMS, consta a fórmula de cálculo:

O imposto a recolher por substituição tributária será:
[...]

II – em relação aos bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, O valor calculado conforme a fórmula “ICMS ST DIFAL = [(V oper – ICMS origem) / (1 – ALQ interna)] x ALQ interna – (V oper x ALQ interestadual)”, onde:

- a) “ICMS ST DIFAL” é o valor do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual;
- b) “V oper” é o valor da operação interestadual, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros;
- c) “ICMS origem” é o valor do imposto correspondente à operação interestadual, destacado no documento fiscal de aquisição;
- d) “ALQ interna” é a alíquota interna estabelecida na unidade federada de destino para as operações com o bem e a mercadoria a consumidor final;
- e) “ALQ interestadual” é a alíquota estabelecida pelo Senado Federal para a operação.

§ 1º Para efeitos do disposto nesta cláusula, na hipótese em que o remetente for optante pelo Simples Nacional, deverá ser deduzido, a título de ICMS da operação própria, o resultado da aplicação da alíquota interestadual estabelecida pelo Senado Federal.

§ 2º É vedada a compensação de débito relativo à substituição tributária com qualquer crédito do imposto da operação própria decorrente de entrada de mercadoria ou de utilização de serviço.

No Parecer DOLTI/SUTRI nº 147/2017 da SEFAZ/MG também há o esclarecimento de que como deverá ser considerada a nova sistemática para o cálculo do DIFAL sendo incluído em sua própria base de cálculo. Assim, segue colacionada parte de tais esclarecimentos:

[...]

No que tange à base de cálculo do diferencial de alíquotas (DIFAL) devido por substituição tributária, ressaltamos que, em razão da promulgação da Emenda Constitucional nº 87, de 2015, as unidades federadas, ao aprofundarem os estudos acerca do DIFAL devido nas operações interestaduais com bens e mercadorias destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento destinatário contribuinte, perceberam que a metodologia de sua apuração não estava correta, haja vista que o valor do diferencial de alíquota não estava incluído em sua respectiva base de cálculo, contrariando o disposto no § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Desta forma, a Cláusula Décima Terceira do Convênio ICMS 52/17 objetiva:

– explicitar a metodologia de cálculo do ICMS ST Diferencial de Alíquotas, já adotada por várias unidades federadas (por exemplo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), desde janeiro de 2016, quando o cálculo do DIFAL passou a considerar a inclusão do imposto em sua própria base, e;

– inovar, tão somente, a partir de 1º de janeiro de 2018, em relação àquelas unidades federadas que continuavam adotando a metodologia de cálculo do ICMS ST Diferencial de Alíquotas sem observar o § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

A título de exemplo, veja-se a metodologia de formação da base de cálculo do ICMS ST DIFAL sem a observância do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 (cálculo “por fora”) e o cálculo com a observância do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 (cálculo “por dentro”):

Parâmetros:

- alíquota interna, em MG, a consumidor final: 18%;
- alíquota interestadual nas operações com mercadorias destinadas a MG: 12%;
- sem redução de base de cálculo;
- valor da mercadoria para revenda (sem o ICMS): R\$ 820,00.

– Cálculo do ICMS na operação interna: $R\$ 820,00 / (1 - 0,18) = R\$ 1.000,00$

Valor do ICMS destacado/pago = R\$ 180,00

– Cálculo do ICMS na operação interestadual: $R\$ 820,00 / (1 - 0,12) = R\$ 931,81$

Valor do ICMS destacado/pago = R\$ 111,81

Usando os mesmos parâmetros, a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, que vigeu, para muitas unidades federadas, até 31 de dezembro de 2015 (mas que ainda subsiste para algumas), a qual utilizava o cálculo “por fora”, apesar de mitigar a discrepância não a anulava, senão vejamos:

– Cálculo do ICMS na operação interna: $R\$ 820,00 / (1 - 0,18) = R\$ 1.000,00$

Valor de ICMS pago na aquisição interna = R\$ 180,00

– Cálculo do ICMS na operação interestadual: $R\$ 820,00 / (1 - 0,12) = R\$ 931,81$

– Cálculo do DIFAL:

– $R\$ 931,81 \times (18\% - 12\%) = R\$ 931,81 \times 6\% = R\$ 55,90$

Valor do ICMS pago na aquisição interestadual = R\$ 111,81 (op. Interestadual) + R\$ 55,90 (DIFAL) = R\$ 167,71 ou seja, ainda era mais vantajosa a aquisição interestadual.

Já ao se calcular o DIFAL com a observância do cálculo “por dentro”, metodologia preconizada pela Cláusula Décima Terceira do Convênio ICMS 52/17, os princípios constitucionais da não discriminação da mercadoria em razão da procedência ou destino (art. 152 da CF/88) e o equilíbrio concorrencial (art. 146-A c/c art. 170, IV da CF/88) são atendidos, como se percebe abaixo:

– Cálculo do ICMS na operação interna: $R\$ 820,00 / (1 - 0,18) = R\$ 1.000,00$

Valor de ICMS pago na aquisição interna = R\$ 180,00

– Cálculo do ICMS na operação interestadual: $R\$ 820,00 / (1 - 0,12) = R\$ 931,81$

Valor do ICMS pago na oper. Interestadual = R\$ 111,81

– Cálculo do DIFAL:

R\$ 931,81 = valor da base de cálculo da operação interestadual

R\$ 111,81 = ICMS regularmente destacado (alíquota de 12%)

$R\$ 820,00 = (931,81 - 111,81) =$ cálculo da exclusão do ICMS da base de cálculo da operação interestadual, considerando-se o imposto regularmente destacado no documento fiscal

R\$ 820,00 = valor da operação sem o ICMS na operação interestadual

$R\$ 1000,00 = (820 / (1 - 0,18)) =$ Base de Cálculo do ICMS diferencial

de alíquota, considerando-se a alíquota interna de 18% em Minas Gerais

$(R\$ 1000,00 \times 18\%) - (931,81 \times 12\%) = R\$ 180,00 - R\$ 111,81 = R\$ 68,19 =$ Cálculo do ICMS devido em razão da diferença de alíquotas, considerando-se a alíquota interna de 18%

– Valor do ICMS suportado pelo adquirente mineiro na aquisição interestadual = $(R\$ 111,81 + R\$ 68,19) = R\$ 180,00$ ou seja, o mesmo das aquisições internas.

Ratificando esta afirmativa e para atingir o objetivo do DIFAL, as unidades federadas deixaram explícito no Convênio ICMS 93/15, que versa sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, que o imposto correspondente ao diferencial de alíquotas está incluído em sua própria base, conforme a redação do § 1º da cláusula segunda do referido convênio:

“§ 1º A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do caput é única e corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço, observado o disposto no § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.”

Desta forma, ambos os diferenciais de alíquota (consumidor final contribuinte ou consumidor final não contribuinte), por se consubstanciarem em ICMS, deverão ser calculados “por dentro” e, conseqüentemente, comporão sua própria base.

[...]

CONCLUSÃO

[...]

A inovação, consubstanciada com o início de vigência da Cláusula Décima Terceira do Convênio ICMS 52/17, será restrita à base de cálculo do ICMS ST DIFAL (e apenas a ela) e somente para as unidades federadas que ainda não internalizaram a necessária observância ao § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Fonte : http://www.fazenda.mg.gov.br/noticias/2017.12.27_Parecer_147_2017.pdf

Frise-se que o cálculo em questão, conforme a fórmula descrita na cláusula décima quarta, inciso II, do Convênio ICMS nº 52/2017, apenas poderá ser exigida se a liminar concedida cautelarmente na ADI nº 5.886 for cassada, já que a cláusula décima quarta é uma das que se encontram suspensas pela decisão judicial.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, mais objetivamente, temos que:

O cálculo do ICMS ST permanecerá inalterado, não tendo havido mudanças pelo Convênio de ICMS nº 52/2017, sendo tal entendimento confirmado por nota do CONFAZ e pelo Parecer DOLT/SUTRI nº 147/2017;

Como já demonstrado, dentre outras cláusulas suspensas pela concessão da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.886 está a cláusula décima quarta, que define a forma de cálculo do imposto a recolher referente a bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, destinados ao uso, ao consumo ou ao ativo imobilizado do adquirente (o diferencial de alíquota do ICMS a ser recolhido na substituição tributária).

Assim, a exigibilidade da nova sistemática de cálculo do DIFAL está suspensa. Todavia, como a ações diretas de inconstitucionalidade, em que houve deferimento de medida cautelar em plantão no recesso, não foram apreciadas pelo relator que é o ministro Alexandre de Moraes, a decisão da concessão da medida cautelar poderá ser revista pelo relator antes de ser julgada em plenário.

Por conseguinte, na hipótese de as cláusulas suspensas passarem a vigor com o teor atualmente previsto em sua redação, em relação aos bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, o cálculo do DIFAL deverá fazer uso da seguinte fórmula “ICMS ST DIFAL = [(V oper – ICMS origem) / (1 – ALQ interna)] x ALQ interna – (V oper x ALQ interestadual. (prevista na cláusula Décima Quarta, inciso II do Convênio de ICMS nº 52/2017 do CONFAZ). 



LEONARDO DIAS DA CUNHA é advogado do consultivo e contencioso tributário do Escritório Matheus Bonacorsi Advocacia e Consultoria Empresarial. Mestrando em Direito Tributário pela PUC/MINASMG, especialista em Direito Ambiental, especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. – Tel.: (31) 3280-1600. lcunha@mbmpresarial.com.br – Rua Paraíba, 1.704, 4º andar, bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG.

“Apesar de a legislação não estabelecer expressamente o dever de isonomia entre os franqueados, espera-se um tratamento igualitário na destinação das verbas do fundo de propaganda, sem retirar o direito do franqueador de decidir estrategicamente o rumo publicitário da marca.”

Gestão do fundo de propaganda de redes de franquia

■ POR DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA

A maioria das redes de franquia opera com o chamado fundo de propaganda ou de publicidade, que tem como objetivo captar e gerir recursos visando divulgar a marca, bem como alavancar as vendas dos franqueados e promover o negócio.

O tema está positivado na Lei de Franquia Empresarial Brasileira, a qual dispõe que cabe ao franqueador apontar na circular de oferta de franquia todas as taxas periódicas e outros valores a serem suportados pelos franqueados, incluindo as “bases de cálculo e o que estas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

- a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*);
- b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;
- c) taxa de publicidade ou semelhante.

A taxa de publicidade formará o fundo de propaganda, cuja gestão, como regra, ficará a cargo do franqueador. Cada sistema de franquia tem a sua política de arrecadação e aplicação dos valores gerados por força da taxa de publicidade, sendo comum, por exemplo, constar a obrigação nos contratos de franquia do franqueado destinar parte do seu faturamento com ações locais de marketing, além da regular contribuição ao fundo de propaganda. Quanto às quantias cobradas no mercado, elas variam bastante e dependerão do tipo de negócio, estruturas de abastecimento das redes etc.

Como referência, usualmente, a taxa de publicidade representa 50% ou menos do valor pago pelos franqueados a título de *royalties*. Por exemplo, os *royalties* em 5% do faturamento bruto da unidade e a taxa de publicidade equivalente a 2,5% ou 1,5%.

A primeira questão que surge é quais despesas podem ser custeadas pelo fundo de propaganda, uma vez que a lei é omissa neste ponto. Partindo-se da premissa de que o fundo de propaganda visa a atender as campanhas institucionais da rede, de modo geral, as quantias arrecadadas terão como finalidade custear as peças publicitárias, anúncios, agências de comunicação, eventos, entre outras ações, nos termos dos contratos de franquia. No dia a dia nos deparamos com divergência entre franqueador e franqueado sobre a correta destinação dos valores.

Diante das características do *franchising*, tanto para pequenas como para grandes redes, o desafio de otimizar o fundo de publicidade é imenso, nem se diga o de agradar a todos, sem contar que, atualmente, no século 21, temos variados canais de mídia, cujos alcances muitas vezes são difíceis de mensurar. Como beneficiar igualmente e proporcionalmente todos os franqueados, considerando as campanhas nacionais das redes? O gerente de marketing da rede contratado pela franqueadora pode ser remunerado pelo fundo de promoção? Como administrar as ações de marketing, levando-se em conta os franqueados inadimplentes como o fundo? O fundo de propaganda pode ser usado para pagar despesas com a instalação de quiosques em feiras de franquias?

Em síntese, apesar de a legislação não estabelecer expressamente o dever de isonomia entre os franqueados, espera-se um tratamento igualitário na destinação das verbas do fundo de propaganda, sem retirar o direito do franqueador de decidir estrategicamente o rumo publicitário da marca. As redes maduras apresentam cenários nos quais os franqueados participam ativamente das tomadas de decisão sobre o fundo de marketing, por meio de comitês, conselhos, entre outras iniciativas, o que me parece ser o caminho natural para atingir uma boa eficiência na gestão dos recursos.

Como ocorre a gestão de valores de terceiros, existe a obrigação de o franqueador prestar as contas em favor dos franqueados, na forma mercantil e acompanhada dos documentos justificantes, medida que o novo Código de Processo Civil determinou de “exigir contas”.

Outro ponto a ser destacado é que não há uma pacificação sobre quais são os tratamentos contábil e tributário adequados do fundo de propaganda, principalmente no que se refere à incidência – ou não – de tributação sobre as verbas arrecadadas. Por isso, é importante que os franqueadores tomem as medidas de proteção e fiquem cientes dos eventuais riscos envolvidos.

Com o objetivo de facilitar a gestão do fundo de propaganda e minimizar conflitos internos, bem como trabalhar com boas governanças contábil e tributária, a recomendação é que os contratos de franquia estipulem de forma completa quais destinações podem ser dadas às verbas do fundo de propaganda, sendo o ideal a instituição de um estatuto ou regulamento para fins de regê-lo. Ademais, a participação dos franqueados na gestão é sempre valiosa, como também é a adoção de iniciativas de transparência. 



DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA é advogado, sócio do escritório Cerveira Advogados Associados, pós-graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Autor do Livro “Shopping Centers - Limites na liberdade de contratar” (2011, Editora Saraiva). Professor do MBA em Gestão em Franquias e do MBA em Varejo da FIA – Fundação de Instituto de Administração, de Especialização em Direito Imobiliário da PUC do Rio de Janeiro e de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie.



A nova lei alemã que obriga provedores de redes sociais a remover conteúdo publicado por usuários – um modelo para o Brasil?

■ POR DEMÓCRITO REINALDO FILHO

“A lei alemã é boa e pode servir perfeitamente como um paradigma legislativo, desde que aperfeiçoada. Acredito até que nem precisamos de uma lei tão detalhista quanto a germânica. O que precisamos mesmo é revogar imediatamente o famigerado art. 19 do “Marco Civil da Internet”, que atribuiu uma imunidade absoluta aos provedores de serviços na rede mundial de comunicação, impedindo que se lhes atribua qualquer tipo de controle editorial, ainda que postergado.”

Entrou em vigor no dia 1º de janeiro deste ano, na Alemanha, a lei que obriga os controladores de plataformas e serviços de redes sociais a fazer a remoção de conteúdo ilícito ou ofensivo, sempre que receberem reclamação por alguém que se sinta ofendido por informação postada por um terceiro¹. A Lei recebeu o título de “*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*” (em tradução livre: Lei de Aplicação na Internet), mas ficou conhecida simplesmente por “NetzDG”. Apesar de já ter sido aprovada desde junho do ano passado, só entrou em vigor este ano, de modo que os provedores pudessem se adaptar às suas exigências.

and takedown”, ou seja, eles são obrigados a instalar um sistema de gerenciamento de denúncias e queixas a respeito de publicações com conteúdo ilícito ou ofensivo. Em caso de conteúdo “visivelmente ilícito”, o provedor tem que decidir sobre a remoção (ou não) em 24 horas; em se tratando de informação não claramente ilegal, a remoção pode ser feita em até sete dias (e, em alguns casos, até além deste prazo). Os provedores também estão obrigados a produzir relatório anual detalhando o número das postagens excluídas e por quais motivos. Em caso de violações aos termos da lei, as empresas que prestam serviços de redes sociais podem ser multadas em até € 50 milhões, dependendo da gravidade da infração. A lei só vale para provedores que tenham acima de dois milhões de usuários, estando expressamente excluídos de sua abrangência os aplicativos de envio de mensagens instantâneas (a exemplo do WhatsApp), assim como os jornais e veículos de comunicação na versão *online*. Cidadãos podem denunciar violações da lei ao Departamento Federal de Justiça da Alemanha (BfJ). Ainda, com o objetivo de torná-la eficaz em relação a provedor que não tenha presença física ou subsidiária situada em território alemão, a lei obriga que indique um representante, a quem podem ser dirigidas as reclamações dos usuários ou pedidos de informação do órgão governamental (o BfJ).

O fato de a Alemanha ter sido um dos primeiros países a regular a obrigação dos provedores de remover conteúdo ilegal pode ser explicado pela história daquele país. A Alemanha é um país traumatizado com questões de discriminação racial desde a época do nazismo e tem uma política de constante policiamento contra o “discurso do ódio” (*hate speech*). Tem leis que proíbem a qualquer pessoa negar a existência do Holocausto, como ficou conhecida a perseguição e o extermínio sistemático, burocraticamente organizado e patrocinado pelo governo nazista, de aproximadamente seis milhões de judeus. Além disso, autoridades do governo alemão, a exemplo do ministro da Justiça Heiko Maas, já vinham reclamando que os provedores de redes sociais não estavam tomando as medidas necessárias para combater a difusão dos conteúdos racista e difamatório compartilhados na internet². Obviamente, esse fator também apressou a edição da lei a eclosão do escândalo das chamadas *fake news*, quando se ficou sabendo que a legitimidade da eleição de Donald Trump para o governo dos EUA poderia ter sido afetada por notícias fabricadas por agentes russos, comprovando que a difusão massificada de material informacional falso pode, inclusive, afetar os regimes democráticos.

Os provedores já começaram a se estruturar para se adaptar à nova lei. O Google já criou um formulário *online* para receber denúncias, enquanto o Twitter adicionou uma opção à sua função de denúncia já existente. O Facebook informou que contratou centenas de novos funcionários na Alemanha para conseguir lidar com as denúncias no país a tempo de atender as exigências da “NetzDG”.

O processo de adaptação à nova Lei não veio, no entanto, despido de críticas. A nova legislação recebeu muita resistência, particularmente da legenda populista de direita AfD, que classificou a “NetzDG” como uma “lei de censura”. A parlamentar e uma das principais figuras públicas da legenda nacionalista Beatrix von Storch teve suas contas no Twitter e Facebook temporariamente suspensas depois de criticar felicitações de Ano Novo feitas em árabe pela polícia de Colônia. A suspensão das contas deu margem a que outro líder da AfD, Alexander Gauland, saísse com o discurso populista de que a aprovação da lei significava o “fim da liberdade

de opinião” e que ela instituía “métodos da Stasi”, em referência à notória polícia política da antiga Alemanha Oriental³. As críticas não partiram apenas da extrema direita alemã. Organizações de jornalistas, como a Repórteres Sem Fronteiras (RSF) e ativistas da internet levantaram objeções à “NetzDG”, alegando que a lei “privatiza” o controle sobre o fluxo das comunicações, já que deixa para as empresas privadas (os provedores) a tarefa de excluir e bloquear conteúdos, ao invés desse controle ser feito pelo Judiciário⁴. Atribuindo esse poder com exclusividade aos provedores será difícil descobrir por quais motivos postagens foram excluídas, argumentam. Além disso, existe a preocupação de que a lei quebre a neutralidade do governo, já que dá poderes de fiscalização ao Departamento Federal de Justiça da Alemanha (Bfj)⁵.

As críticas, no entanto, não procedem. Primeiro, porque não há qualquer risco à liberdade de expressão na internet. Todas as empresas jornalísticas e veículos de comunicação em versões *online*, ou seja, a mídia tradicional, constituída por profissionais do jornalismo, que já exerce controle editorial prévio sobre o conteúdo que publica, não é alcançada pela lei. O legislador teve a preocupação de excluir expressamente os jornais e veículos noticiosos na internet de seu alcance. No artigo primeiro da Seção 1, que trata do âmbito de aplicação da lei, está dito que “Plataformas com ofertas editoriais jornalísticas, que são da responsabilidade do prestador de serviços, não são consideradas redes sociais na acepção desta Lei”.

O legislador teve o cuidado de excluir também do alcance da Lei os sistemas e aplicativos de mensagens eletrônicas (como WhatsApp e Telegram), já que a comunicação nestes aplicativos de comunicação instantânea não é feita “para o público em geral”, mas limitada a indivíduos e usuários específicos que se comunicam de forma privada. No mesmo artigo primeiro da Seção 1 também fica expresso que os aplicativos de mensagens não são considerados redes sociais, para fins de aplicação da lei, nos seguintes termos: “O mesmo se aplica às plataformas destinadas a comunicação individual ou à distribuição de conteúdo específico”.

Como se observa, todos os outros subespaços da rede mundial de comunicação foram preservados e provedores de outros serviços não foram onerados com a obrigação de gerenciamento do conteúdo informacional que circula em seus sistemas. A lei foi precisa em limitar sua abrangência às redes sociais, assim entendidas as “plataformas” ou sistemas informáticos que permitem a publicação de conteúdo de forma instantânea e pelos próprios usuários sem qualquer tipo de controle. Só isso já seria suficiente para afastar qualquer alegação de que poderá haver “censura” na rede ou diminuição dos espaços para a livre circulação de ideias e pensamentos.

O que o legislador da “NetzDG” pretendeu foi atribuir ao provedor de rede social um mínimo de responsabilidade editorial pelo que é publicado em seu sistema. Os controladores de plataformas de redes sociais não fazem uma checagem eficaz da identidade de seus usuários, permitindo que pessoas mal intencionadas se favoreçam dessa “anonimização” para cometer toda a sorte de crimes e atentados contra direitos de outrem. Por outro lado, os provedores receberam imunização por qualquer tipo de conteúdo gerado pelos seus usuários. Foram beneficiados em diversos países, como aconteceu aqui no Brasil, por leis que os isentam de responsabilidade pelo que é publicado pelos usuários. O art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) conferiu imunidade absoluta aos

“provedores de aplicações”, com uma extensão que não é encontrada em qualquer outro país. No Brasil, o provedor não precisa tomar qualquer providência em relação a uma publicação de conteúdo ilícito, ainda que notificado pelo ofendido, mas sim tem o direito de ficar completamente inerte, até que receba uma ordem judicial determinando a remoção do material ilícito. Isso gera um ambiente propício para a lesão de direitos e propagação de crimes sem que haja qualquer tipo de reparação para as vítimas. Os editores diretos da publicação ilícita ficam encobertos pela “anonimização” que os sistemas conferem e o provedor, por sua vez, fica indiferente a tudo isso, sem ânimo para tomar qualquer iniciativa para reprimir a propagação do ilícito, ciente de que não pode ser responsabilizado. A lei alemã altera essa realidade, ao atribuir obrigação ao provedor para que faça a análise do conteúdo postado por um usuário do seu sistema (plataforma), sempre que receber uma reclamação.

A Lei “NetzDG” criou o que eu chamo de “controle editorial postergado”, ou seja, não se exige do provedor que faça uma varredura ou monitoramento prévio sobre o conteúdo das mensagens e informações que são postadas por seus usuários em sua plataforma. Trata-se de um controle editorial diferido para um momento posterior, que só é exercido se o provedor for instigado por meio de uma denúncia. O provedor só realiza o exame da ilicitude do conteúdo publicado por um terceiro (usuário da plataforma) se outra pessoa, ofendida com a publicação, fizer uma reclamação formal. A partir daí é que o provedor toma a iniciativa de analisar a natureza da informação publicada e, verificando que se trata de conteúdo ilícito ou potencialmente nocivo à reputação ou honra da pessoa queixosa, pode remover a publicação ou deixá-la como está (assumindo, nesse caso, a responsabilidade pelas consequências).

O gerenciamento de reclamações, verdadeiro controle editorial posterior, não compromete o modelo de “redes sociais” criado pelas empresas de tecnologia da internet. As redes sociais não morrerão por isso. Desse modo se preserva o funcionamento delas, não se embotando a inovação tecnológica, mas também não se permite que a difusão da informação nesses espaços de convivência virtual se faça de uma maneira completamente irresponsável, comprometendo outros direitos e princípios democráticos. Por outro lado, não há que se ter preocupação quanto ao rigor ou excesso com que os controladores das plataformas realizam o gerenciamento das reclamações. Poderá ocorrer de alguma publicação não ter um conteúdo ilícito aparente e, ainda assim, o controlador do sistema optar por deletá-la. Isso pode acontecer eventualmente, da mesma forma que um jornal ou qualquer outro veículo de comunicação faz suas escolhas editoriais. Para evitar a responsabilização solidária, o provedor da rede social pode, sim, ser muito cauteloso e optar por deletar ou bloquear determinado conteúdo que tenha uma carga mínima de ilicitude ou pouca aparência de ilegalidade. Mas é assim mesmo que deve funcionar. Trata-se do seu exercício, agora imposto pela lei, do controle editorial posterior sobre a informação postada pelos usuários em sua plataforma (rede social).

Também é errado pensar que a “NetzDG” dá mais poder às empresas gigantes da internet; muito pelo contrário, está se criando novas obrigações para elas, tanto que resistiram (e ainda resistem) a leis dessa natureza. O ofendido por uma publicação não bloqueada poderá sempre recorrer ao Judiciário para pedir a remoção do conteúdo não retirado pelo provedor ou sua condenação pelos danos causados.

Acredito, por fim, que a designação de uma agência governamental para fiscalizar o cumprimento da lei e aplicar multas em caso de inobservância não implicará algum tipo de intervenção ou influência estatal no modo como os provedores vão fazer a análise das reclamações. O Departamento Federal de Justiça da Alemanha (BfJ), órgão governamental encarregado de supervisionar a aplicação da lei, não vai realizar censura de conteúdo ou de qualquer forma se sobrepor ao provedor no exame da ilegalidade de alguma postagem feita por usuário da rede social. A fiscalização ficará limitada a verificar se o provedor disponibiliza formulário ou algum mecanismo para receber reclamações, se faz gerenciamento e análise dessas reclamações dentro dos prazos previstos, se comunica às partes interessadas a decisão tomada (em relação à remoção ou não do conteúdo) etc. Ademais, a Subseção 5 da Seção 4 da lei prevê que “se a autoridade administrativa desejar basear sua decisão sobre o fato de os conteúdos não removidos ou não bloqueados serem ilegais” ela “deve primeiro obter uma decisão judicial estabelecendo a ilegalidade da decisão” (antes tomada pelo provedor). O Judiciário, como se vê, fica sempre com a última palavra sobre a questão da remoção do conteúdo.

Como se observa, nos seus aspectos gerais a lei é boa e pode servir como modelo para o Brasil. Na minha opinião, no entanto, a “NetzDG” ainda é muito tímida e conservadora, pois poderia ter avançado mais na regulação de certos aspectos. Os pontos negativos residem no estabelecimento de prazos longos para análise e remoção de certos conteúdos e na limitação do seu âmbito a provedores com mais de dois milhões de usuários. A lei confere o prazo de sete dias para análise e (sendo o caso) remoção de conteúdo que não seja “obviamente ilegal”, prazo que pode ser elástico mais ainda se “a decisão quanto à ilegalidade do conteúdo depender da falsidade da declaração de um fato ou de outras circunstâncias factuais”, ao prever que, nas hipóteses de análise da legalidade do conteúdo publicado que depender da verificação de certas circunstâncias de fato, o provedor pode dar ao usuário que fez a publicação a oportunidade para responder à queixa antes de proferir qualquer decisão.

A lei prevê ainda que os provedores podem se associar e criar um órgão autorregulatório, com a finalidade de fazer a análise de conteúdos informacionais, para melhor amparar decisões de remoção ou bloqueio do acesso. Ora, esperar tanto tempo por uma decisão e, posteriormente, ao verificar a ilicitude do conteúdo, terá sido inútil, pois os efeitos lesivos da publicação já terão se espalhado. O certo seria estabelecer a obrigatoriedade de o provedor tomar toda e qualquer decisão dentro de 24 horas após receber a queixa. Se tem dúvida quanto à natureza da publicação, então que remova o material até que complete a análise, a qual uma vez completada pode, se for o caso, restabelecê-la. O prazo de 24 horas já vinha sendo considerado razoável para o provedor fazer a remoção de uma publicação pela jurisprudência de diversos países, inclusive no Brasil. Antes da aprovação do famigerado art. 19 do Marco Civil da Internet, a jurisprudência do STJ era assente no sentido de que o provedor tinha o dever de remover a publicação denunciada como ofensiva ou ilícita em 24 horas, sob pena de ser responsabilizado solidariamente a reparar eventual lesão causada (REsp 1.406.448/RJ, julgado em 15/10/2013 – DJe 21/10/2013). Quanto à questão do alcance da lei, é certo que o editor da “NetzDG” pretendeu focar nos grandes provedores de redes sociais (Facebook, Twitter, Google, YouTube, Snapchat e Instagram), ao limitar sua aplicação aos provedores com mais de dois milhões de usuários. Mas ao limitar seu alcance deixou os menores sem qualquer

tipo de obrigação, o que não é conveniente. A lei deveria ser mais abrangente e alcançar qualquer tipo de sistema informático que possibilite a publicação instantânea de material informacional diretamente pelos usuários.

Como disse, a lei alemã é boa e pode servir perfeitamente como um paradigma legislativo, desde que aperfeiçoada. Acredito até que nem precisamos de uma lei tão detalhista quanto a germânica. O que precisamos mesmo é revogar imediatamente o famigerado art. 19 do “Marco Civil da Internet”, que atribuiu uma imunidade absoluta aos provedores de serviços na rede mundial de comunicação, impedindo que se lhes atribua qualquer tipo de controle editorial, ainda que postergado. O art. 19 do Marco Civil da Internet retirou do provedor qualquer obrigação de fazer análise do conteúdo de uma publicação, ainda que notificado pela pessoa ofendida. Seu texto garante ao provedor que somente deverá agir para remover conteúdo ilícito quando receber uma ordem judicial. A sua redação é a seguinte:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

A simples revogação do aludido dispositivo já seria suficiente para que os provedores passassem a realizar um gerenciamento de reclamações e queixas em relação a publicações em suas plataformas, como ocorria antes de sua vigência. Antes dele, valia a jurisprudência do STJ no sentido de que, uma vez notificado pela parte interessada, o provedor tem que retirar o conteúdo em 24 horas, sob pena de ser responsabilizado solidariamente. 

NOTAS

- 1 Alemanha poderá multar redes sociais em até € 50 milhões. 02.01.18. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/geral,na-alemanha-entra-em-vigor-lei-que-multa-redes-sociais-por-discurso-de-odio,70002136202>>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- 2 Alemanha propõe multas de até 50 milhões de euros no combate às notícias falsas. 14.03.17. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/03/14/tecnologia/noticia/alemanha-aperta-o-cerco-as-redes-sociais-por-causa-das-noticias-falsas-1765165>>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- 3 Populists Fight for Their Right to Racism. 04.01.18. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/germany/german-populists-take-on-twitter-and-the-judiciary-a-1186233.html>>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- 4 Lei contra discurso de ódio na internet entra em vigor na Alemanha. 02.01.18. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447>>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- 5 Na Alemanha, lei contra ódio nas redes estreia com críticas de censura e desconfiança. 02.01.18, Disponível em: <<http://www.anj.org.br/site/associe-se/73-jornal-anj-online/4393-na-alemanha-lei-contra-odio-nas-redes-estrea-com-criticas-de-censura-e-desconfianca.html>>. Acesso em: 24 fev. 2018.



DEMÓCRITO REINALDO FILHO é desembargador do TJPE.

É a educação, gente!

■ POR CRISTOVAM BUARQUE

Quase sempre a permanência de um problema está no entendimento equivocado de suas causas. A pobreza e a concentração da renda continuam, apesar do crescimento econômico, porque é um erro entendê-las como problemas da economia.

Ao longo do século XX, o Brasil foi um dos países que mais se desenvolveu, mas a renda se manteve concentrada e o país continua campeão em desigualdade social. Hoje, esta não seria uma realidade se antes a desigualdade tivesse sido enfrentada usando a escola, e não apenas fábricas como vetor da distribuição de renda.

Sem distribuição de educação, não há distribuição de renda, porque sem educação o trabalho livre é ilusão, mantendo-se a estrutura distributiva característica de sistemas servis. O trabalhador pobre é incapaz de se inserir no mercado de trabalho em razão de depender da educação à qual não teve acesso.

Erramos ao acreditar que a economia colocaria um fim na pobreza social. Ao longo do século XX, conseguimos crescer ao ponto de nos tornarmos o 6º maior PIB do mundo, mas continuamos pobres, na 98ª posição mundial em renda *per capita*, porque nossa produtividade está em 78º lugar no *ranking*.

Ao lado da baixa produtividade, não crescemos mais por causa da enorme preferência nacional pelo consumo imediato e pela baixa propensão nacional à poupança, o que impede investimentos que dinamizariam a produção.

A pobreza, a concentração de renda, as visões imediatistas de consumo e o individualismo conduziram ao maior de nossos problemas: a brutal violência que caracteriza a sociedade atual. Mais uma vez, por erro de foco, enfrentamos a violência como uma questão de polícia, não de escola.

Décadas atrás, nossos educacionistas, especialmente Darcy Ribeiro, alertaram para o fato de que o problema da violência não seria enfrentado corretamente enquanto fosse tratado apenas como uma questão de polícia. A violência, assim como a pobreza e a concentração de renda, é uma questão de impunidade.

A corrupção está finalmente sendo enfrentada por policiais, promotores, procuradores e juízes, mas não será vencida enquanto não for enfrentada pelos eleitores. O juiz consegue prender político corrupto, mas não elege político honesto. Isso só vai ocorrer quando o eleitor não precisar sobreviver das promessas dos candidatos e dos favores de eleitos.

A educação de um indivíduo não o faz mais honesto, mas a educação de todos os indivíduos faz um povo mais preparado para eleger pessoas decentes, sem demagogias, e com melhores e mais sérias promessas para o futuro. 



CRISTOVAM BUARQUE é senador pelo PPS-DF e professor emérito da Universidade de Brasília (UnB).

Com a ZK Editora, a informação jurídica chega mais rápido até você!



Tel. (61)

3225-6419

www.zkeditora.com

conceito *prática*
juridico **porense**
trabalhista, sindical & previdenciário administrativo & político