

conceito jurídico

ano II | julho de 2018 | nº 19



Mayra Vieira Dias

Lei Maria da Penha: depois de 12 anos
ainda falta coragem **Pág. 6**

www.zkeditora.com/conceito



Finalmente a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)



TENDÊNCIAS

Daniel Carnio Costa

As varas especializadas de falência e recuperação judicial de competência regional



DESTAQUE

Ricardo Lewandowski

Freios e contrapesos



ENFOQUE

Patricia Peck Pinheiro

Inovações sustentáveis precisam estar em conformidade com a lei

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

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

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: Equipe ZK Editora

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Homepage

www.zkeditora.com/conceito

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

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

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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


zakarewicz
editora

Crise que não é inédita

■ POR AMADEU GARRIDO DE PAULA

A maioria dos brasileiros crê que imergimos num buraco sem fundo, do qual não sairemos, pelo menos a curto e médio prazo. É verdade, mas procuremos voltar à superfície, sem desconsiderar que os responsáveis devam ser punidos exemplarmente.

Por outro lado, embora o momento seja dramático, não é único, no Brasil e no mundo.

A mais expressiva das organizações políticas que a história noticia - o Império Romano -, assim como este nosso novo e sofrido País, viveu em crise crônica, res-salvado raros momentos ordenados e éticos.

A corrupção, as mortes por traição nos cantos obscuros dos palácios e das vielas de Roma, no plano político e, no campo moral, a degradação dos costumes, o ócio não criativo e devasso, como se vê da crítica de Tácito, o comportamento do indivíduo livre em face da tirania e do aviltamento geral. Ocorre que essa mesma decadência o produziu – Tácito – e Virgílio – e a profundidade implacável das letras jurídicas de Cícero.

Assim como tempos organizados podem e geram seu contrário, as crises também fomentam suas superações. Nosso problema psicológico é que “tempus fugit”, porém temos o dever vinculado às gerações que produzimos.

Se iniciarmos a tarefa de reconstrução, só por isso, teremos realizado metade de seus objetivos. “Quem começou, tem metade da obra executada” (Horácio).

Daí a importância da eleição próxima, sem ilusões, posto que nosso problema de representação política é sistêmico. Confiemos, contudo, na intuição acima e demos nosso primeiro passo. Sem pensar em retribuição individual, mas numa longa construção histórica, que não é estranha à humanidade.

Deixemos na urna nosso voto, no sentido da liberdade política, da democracia, da severidade na punição dos que traem a coisa pública, na livre iniciativa, sem grilhões às ideologias que cindem e consomem parte de nosso povo, na experiência necessária de um homem que se encarregará de conduzir um presidencialismo (superado, mas é nossa *realpolitik*), que compreenda as causas dos fatos e despreze “soluções” imediatas, violentas e grotescas.

Nessa quadra de tragédias e comédias, nada mais no cabe. ■



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

SUMÁRIO

3

COM A PALAVRA

Crise que não é inédita

Amadeu Garrido de Paula

9

PROPOSTAS E
PROJETOS

A pressão por uma nova lei dos agrotóxicos

Fabio Feldmann e
Suely Araújo

14

PAINEI
ECONÔMICO

CPMF para aumentar impostos, de novo?

Marcos Cintra

20

DESTAQUE

Freios e contrapesos

Ricardo Lewandowski

25

CAPA

Finalmente a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Resumo dos pontos relevantes

Rony Vainzof

39

CAPA

Lei de proteção de dados pessoais aproxima o Brasil dos países civilizados

Demócrito Reinaldo Filho

6

ENTREVISTA

Lei Maria da Penha: depois de 12 anos ainda falta coragem

Mayara Vieira Dias

12

DIREITO E
BIOÉTICA

Os reflexos da obesidade na saúde pública e privada

Sandra Franco

17

PAINEI DO
LEITOR

O direito à intimidade

Eudes Quintino de Oliveira
Júnior

22

CAPA

Impactos da lei geral de proteção de dados

Márcio Cots

37

CAPA

A privacidade, as novas regras de proteção de dados e o futuro digital

Renato Falchet Guaracho

42

IN VOGA

Internet, Redes Sociais, Fake News e Eleições

Allan Titonelli Nunes e
Márcio Vieira Santos

47 Inovações sustentáveis precisam estar em conformidade com a lei

ENFOQUE

Patricia Peck Pinheiro

50 Inteligência artificial ou estratégica?

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

José Paulo Graciotti

52 A realidade do cárcere no Brasil em números

CONTEXTO

Rômulo de Andrade Moreira

57 As varas especializadas de falência e recuperação judicial de competência regional

TENDÊNCIAS

Daniel Carnio Costa

64 Responsabilidade solidária dos Entes Federados na assistência à saúde deve garantir o fornecimento de Spinraza (Nusinersen)

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Carlos Eduardo Rios do Amaral

71 Visitas íntimas e a violência contra a mulher

VISÃO JURÍDICA

Tammy Fortunato

76 Justiça em jogo Vai todo mundo perder

PORTAL JURÍDICO

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

80 A recuperação extrajudicial e a reforma da LREF

DIREITO EMPRESARIAL

Luis Felipe Spinelli

82 Propósito negocial na visão fiscal

CONJUNTURA

Plinio J. Marafon

84 *Secondment* ou *outsourcing* jurídico: uma solução eficiente para o jurídico da empresa!

GESTÃO EMPRESARIAL

Renan Boccacio

85 Adicional do ICMS para financiar fundo de combate à pobreza nos termos do § 1º do art. 82 do ADCT. Norma do § 1º depende de lei complementar ainda não editada. Natureza jurídica do adicional é de imposto e não de contribuição social. Inconstitucionalidade da Lei Amazonense nº 4.454.17 – PARECER

DOCTRINA

Ives Gandra da Silva Martins

105 Vedação legal à compensação de estimativas mensais de IRPJ e CSLL – Lei nº 13.670/18 e IN RFB nº 1.810/18

PONTO DE VISTA

João Miguel Silva

POR MAYRA VIEIRA DIAS



DNULGÇÃO

Lei Maria da Penha: depois de 12 anos ainda falta coragem

Nesta edição, a advogada, membro do Comitê Combate à Violência Contra a Mulher – Grupo Mulheres do Brasil, Mayra Vieira Dias, faz um balanço dos 12 anos da promulgação da Lei Maria da Penha, onde o encorajamento da mulher e a conscientização da sociedade, são pontos primordiais para a efetividade no combate à violência contra a mulher. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *A Sr^a pode nos falar um pouco sobre a Mulher Maria da Penha?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Maria da Penha Maia Fernandes, no ano de 1983, sofreu dois atentados por seu próprio marido. No primeiro, levou um tiro nas costas enquanto dormia o que a deixou paraplégica. E no segundo, ainda em recuperação, o marido tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho. Após o segundo atentado, Maria da Penha decidiu se separar. Foram anos de luta para provar a culpa de seu agressor.

CONCEITO JURÍDICO – *O processo teve alguma solução?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Por mais de 15 anos o processo não teve solução, até que Maria da Penha resolveu denunciar o país ao Centro de Justiça, ao Direito Internacional (CEJIL) e ao Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) a Comissão Internacional de Direitos Humanos.

CONCEITO JURÍDICO – *Como se deu a Lei Maria da Penha?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Com muita luta, não só para solução do seu caso particular, mas engajada no combate à violência contra a mulher, conseguiu que fosse decretada pelo Congresso Nacional a Lei nº 11.340/2006. A lei que leva seu nome, Maria da Penha, foi sancionada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 7 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006.

CONCEITO JURÍDICO – *A Lei nº 11.340/2006 mudou a forma como era tratada a violência doméstica?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Sim, esta lei mudou a forma como se tratava a violência doméstica no Brasil, propondo medidas para a punição dos agressores e para a proteção das mulheres vítimas de violência. Desde então, há uma luta constante não só com relação à devida aplicabilidade da Lei, mas principalmente em encorajar as mulheres vítimas de violência doméstica, bem como toda a sociedade a denunciar os agressores e exigir que a Lei se cumpra.

CONCEITO JURÍDICO – *Podemos então afirmar que a sociedade como um todo através da Lei Maria da Penha obteve soluções?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Embora existam várias conquistas após a vigência da Lei Maria da Penha, a efetividade na solução deste problema social ainda é inócua e carece de alternativas eficazes para ser atingida. Isto porque a sociedade não foi educada a encarar a violência doméstica e familiar como um problema social e, principalmente, como um ato criminoso.

CONCEITO JURÍDICO – *Existem outras formas de violência contra a mulher além da doméstica e familiar?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Com certeza, pois a violência doméstica e familiar é somente uma das formas de violência contra a mulher. A Lei Maria da Penha classifica os tipos de violência contra a mulher nas seguintes categorias:

1. Violência patrimonial: entendida como qualquer comportamento que configure controle forçado, destruição ou subtração de bens materiais, documentos e instrumentos de trabalho, violência sexual, violência física, violência moral e violência psicológica.

2. Violência sexual: engloba os atos que forcem ou constriam a mulher a presenciar, continuar ou participar de relações sexuais não desejadas, com intervenção de força física ou ameaça.

3. Violência física: compreendida por maneiras de agir que violam os preceitos a integridade ou a saúde da mulher.

4. A violência moral: entendida como qualquer conduta que represente calúnia, difamação e/ou injúria.

5. Violência psicológica: entendida como qualquer comportamento que cause à mulher um dano emocional, diminuindo sua autoestima, causando constrangimentos e humilhações.

CONCEITO JURÍDICO – *Como se inicia e qual é o desdobramento da violência doméstica na pessoa que sofre?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Em grande parte das vezes a violência doméstica e familiar se inicia com a violência psicológica, que contribui para a perda gradativa de sua autoestima e confiança, até chegar ao ponto de perder por completo sua dignidade e ao exagero de acreditar que é merecedora e única responsável por todo o mal que vem sofrendo, se tornando extremamente submissa às vontades de seu agressor, na maioria das vezes seu próprio companheiro, e se submetendo a espancamentos, violência sexual, patrimonial e moral.

CONCEITO JURÍDICO – *Para muitas mulheres, o julgamento da sociedade é um grande obstáculo, o que a Sr^a pode nos falar a respeito?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Com a autoestima degradada, a mulher acaba aceitando toda humilhação como um castigo merecido e se omite, preferindo o sofrimento a correr o risco de ser julgada perante a sociedade. A sociedade por sua vez, tendo intrínseca a tradição machista que por séculos embasa a cultura no Brasil, também prefere se omitir a se expor, afinal foi educada a acreditar que “em briga de marido e mulher não se mete

a colher” ou pior ainda, tem a crença em que “ele não sabe porque está batendo, mas ela sabe porque está apanhando”.

CONCEITO JURÍDICO – *Os índices com relação a violência doméstica e familiar são preocupantes, na sua opinião a Lei Maria da Penha é suficiente para conter tantas agressões?*

MAYRA VIEIRA DIAS – A Organização Mundial da Saúde (OMS) fez uma pesquisa com 83 países sobre o assassinato de mulheres. Nesse ranking o Brasil ocupa a 5.^a posição com uma taxa de 4,8 homicídios de mulheres a cada 100 mil, o que leva à conclusão que a lei por si só não é suficiente para cessar as agressões e outras violências contra a mulher. Esse é um indicador que os índices do país são excessivamente elevados (Mapa da Violência, 2015).

CONCEITO JURÍDICO – *O que a Sr^a nos diz sobre as estatísticas das vítimas da violência doméstica?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram por sua condição de ser mulher. As mulheres negras são ainda mais violentadas, entre 2003 e 2013, houve aumento de 54% no registro de mortes, passando de 1.864 para 2.875 nesse período. Muitas vezes, são os próprios familiares (50,3%) ou parceiros/ex-parceiros (33,2%) os que cometem os assassinatos; No Brasil, 4.606 mulheres foram vítimas de homicídio no ano de 2016, portanto, 12 mulheres foram assassinadas a cada duas horas. Mas, apenas 621 casos foram classificados como feminicídios, demonstrando as dificuldades no primeiro ano de implementação da lei do feminicídio, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017); Em números absolutos, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017), o Brasil teve 49 mil casos de estupro em 2016, o que corresponde a uma taxa de 24,0 para cada grupo de 100 mil habitantes nesse ano. Em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher o Relógio da Violência do Instituto Maria da Penha aponta que a cada 2 segundos, uma mulher é vítima de violência física ou verbal no Brasil.


CONCEITO JURÍDICO – *Com números tão alarmantes, o que de fato precisamos para cessara violência contra a mulher?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Como dito, a Lei Maria da Penha, isoladamente, é insuficiente para cessar a violência contra a mulher. Há a necessidade de propor verdadeira educação à sociedade como forma de minimizar e quem sabe um dia zerar o número de casos de violência doméstica e familiar e, há a necessidade de esclarecer, com o intuito de empoderar /encorajar a mulher a se posicionar como Ser em igualdade com o homem.

CONCEITO JURÍDICO – *O que falta para a mulher denunciar seu agressor?*

MAYRA VIEIRA DIAS – Toda mulher deve entender que nada nem ninguém, independente do cenário e da condição que se encontra, tem o direito de roubar o seu direito ao respeito e dignidade. Toda mulher deve criar coragem de se reconhecer num estado de violência e denunciar seu agressor.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais são os pontos primordiais para a efetividade no combate à violência contra a mulher?*

MAYRA VIEIRA DIAS – O encorajamento da mulher e a conscientização da sociedade, de que a mulher jamais é culpada ao ponto de merecer ser humilhada, violentada ou espancada por seu companheiro ou por quem quer que seja, e a aplicação imediata da Lei Maria da Penha, com implantação de postos de atendimento com profissionais preparados e especializados para o atendimento da vítima, são pontos primordiais para a efetividade no combate à violência contra a mulher. 

A pressão por uma nova lei dos agrotóxicos

■ POR FABIO FELDMANN E SUELY ARAÚJO

No Brasil, há consolidada tendência de se tentar remeter à lei em senso estrito a solução de todos os problemas afetos às políticas públicas, nos diferentes níveis da federação. Sem uma avaliação prévia consistente de quais questões necessitam ser enfrentadas com inovações pelo legislador e quais deveriam ficar a cargo dos gestores e outros atores que aplicam a legislação já em vigor, muitas vezes são propostas soluções frágeis para falsos problemas. Ou mesmo buscados problemas depois da definição de soluções, com a construção de narrativas nem sempre totalmente racionais.



“Anteriormente à decisão por uma nova Lei dos Agrotóxicos, o país precisa discutir com clareza as razões que fundamentam essa proposta. Se existem problemas, eles serão realmente resolvidos por uma nova lei? A dependência excessiva dos agrotóxicos em nossos sistemas agrícolas também não é problema a ser necessariamente enfrentado? Há questões estruturais a serem debatidas, que ultrapassam os limites dos dispositivos formais de uma lei.”

Exemplo desse quadro está na proposta de uma nova Lei dos Agrotóxicos (ou, para os que defendem a mudança do termo, “produtos fitossanitários” ou ainda, de acordo com a última versão, “pesticidas”), no âmbito do processo do Projeto de Lei (PL) nº 6.299/2002 e seus apensos, em trâmite na Câmara dos Deputados. A lei que disciplina o tema (Lei nº 7.802/1989), aprovada pouco depois da Carta de 1988, teve seu regulamento atualizado em 2002. A data, por si só, jamais deveria ser motivo para sua substituição, como justificam alguns dos defensores de uma nova lei. A Lei da Política do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) é mais antiga e mantém-se atual e inovadora, como atestam os mais consagrados doutrinadores do Direito Ambiental brasileiro.

A Lei nº 7.802/1989 compartilha responsabilidades de registro dos agrotóxicos entre três órgãos federais – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), Ministério da Saúde e Ministério do Meio Ambiente. Objetiva assegurar, assim, que os diferentes aspectos técnicos sejam considerados na avaliação dos produtos a serem registrados. As atribuições nesse campo dos órgãos das áreas de saúde e meio ambiente, operacionalizadas pela Anvisa e pelo Ibama respectivamente, não podem ser confundidas com uma fase cartorial de mera homologação de análises de risco apresentadas pelos requerentes, como proposto no texto recém aprovado pela Comissão Especial da Câmara. O importante desafio de conseguir que agricultura, saúde e meio ambiente trabalhem de forma coordenada, com eficácia e eficiência, não pode ser enfrentado com a sobrevalorização de uma dessas áreas em detrimento das demais, como faz o texto da Comissão Especial ao empoderar notadamente o MAPA.

Afirma-se que o registro dos agrotóxicos é lento, que essa demora gera problemas para a competitividade da agricultura no país. Nem sempre os órgãos federais envolvidos respondem com rapidez às demandas apresentadas pelos requerentes, por problemas conhecidos de escassez de recursos humanos, que terão de ser solucionados por concursos públicos. As deficiências nesse sentido, contudo, não deveriam respaldar disposição claramente frágil dos pontos de vista técnico e jurídico como a proposta da Comissão Especial de, após o decurso dos prazos estabelecidos, registrar temporariamente produtos adotados para usos similares em três países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento

Econômico (OCDE). Assumindo uma análise séria, pode-se simplesmente replicar para o Brasil registros de outros países, sem consideração de suas especificidades ambientais e, também, de produção agrícola? Mais do que isso, é mesmo verdade que eventuais demoras no registro de agrotóxicos obstaculizam a competitividade de nossa agricultura?

Cabe questionar a existência de demanda realmente reprimida nesse campo. Há de fato lista extensa de pleitos de novos registros em curso nos órgãos federais. Todavia, 48% dos produtos registrados no país não foram comercializados em 2016, segundo dados do Ibama. Muitos registros não se transformam em “produtos de prateleira”. Há também multiplicidade de registros para o mesmo princípio ativo. Temos registrados no Brasil 221 produtos contendo Glifosato, a substância campeã de vendas no setor, e 33 novos pedidos de registro em análise pelo Ibama. Existem 153 produtos contendo a substância 2,4-D registrados e 14 aguardando avaliação pela mesma autarquia. Outros exemplos poderiam ser citados. As listas de 2016 e 2017 elaboradas pelo MAPA para fins de priorização das avaliações pelo Ibama e Anvisa somam 124 produtos, dos quais apenas 20 são à base de ingredientes ativos novos.

Como definir de forma coordenada pelas áreas de agricultura, saúde e meio ambiente as categorias de produtos para as quais o Brasil necessita de novos registros? Essa deveria ser preocupação fundamental do Poder Público, para a qual não se faz necessária aprovação de nova lei. A priorização necessita também refletir a preocupação com os menores impactos possíveis para o meio ambiente e a saúde pública. É esse debate que precisa ser colocado de forma transparente para a sociedade.

Também não se faz necessária nova lei para a adoção de metodologias de análise de risco no processo de registro de agrotóxicos. O Ibama já aplica esse tipo de avaliação em relação aos efeitos de determinadas substâncias aos polinizadores e para isso não necessitou alterar a Lei nº 7.802/1989. Na verdade, ajustes no processo de registro via maior ênfase na análise de risco podem ser adotados, independentemente de nova lei. Para sua institucionalização, se a formalização for considerada relevante pelos órgãos partícipes do processo, um caminho possível seria a edição de um novo decreto regulamentador da lei em vigor. Aperfeiçoamentos em algumas regras operacionais são viáveis, sem partir para o caminho de flexibilizar a legislação atual, como faz o texto aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. A narrativa calcada nos benefícios técnicos da análise de risco não pode respaldar atenuação no rigor da avaliação técnica considerando a saúde pública e a proteção do meio ambiente.

Anteriormente à decisão por uma nova Lei dos Agrotóxicos, o país precisa discutir com clareza as razões que fundamentam essa proposta. Se existem problemas, eles serão realmente resolvidos por uma nova lei? A dependência excessiva dos agrotóxicos em nossos sistemas agrícolas também não é problema a ser necessariamente enfrentado? Há questões estruturais a serem debatidas, que ultrapassam os limites dos dispositivos formais de uma lei. **■**



ARQUIVO PESSOAL

FABIO FELDMANN é Advogado e ambientalista, Deputado Constituinte, ex-Secretário de Meio Ambiente do Estado de São Paulo.



ARQUIVO PESSOAL

SUELY ARAÚJO é Urbanista e advogada, doutora em ciência política, Presidente do Ibama desde junho de 2016.

Os reflexos da obesidade na saúde pública e privada

■ POR SANDRA FRANCO

“Há uma geração obesa que continuará a onerar os cofres da saúde pública e privada. É preciso encontrar uma saída para essa epidemia do século XXI, dando ao problema o tamanho que ele tem.”

A obesidade é o terceiro ônus social mais caro no mundo, atrás apenas do fumo e da violência provocada pelas guerras e pelo terrorismo. Essa é a afirmação do diretor-geral da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação (FAO), o brasileiro José Graziano da Silva. Ele revela também um dado alarmante: a obesidade custa à economia global mais de US\$ 2 trilhões a cada ano, quase 3% do PIB global, ou seja, é uma grande ameaça para a saúde pública e privada no Brasil e no mundo.

Outro dado relevante é o da Organização Pan-Americana de Saúde, apontando que o sobrepeso afeta a 54% da população brasileira. Quase 20% dos homens e 24% das mulheres estão obesas. Entre as crianças menores de cinco anos, 7,3% registram sobrepeso no país.

O contraste desse levantamento relacionado ao custo da obesidade é, que segundo a FAO, há 815 milhões de pessoas morrendo de fome no mundo, ou seja, não sabem se terão o que comer no dia de amanhã ou encerram o dia com nada ou quase nada para comer. No Brasil, o número de pessoas com fome reduziu e muito, graças a alguns programas sociais implementados. Não obstante, a desnutrição começa a dar sinais preocupantes novamente, em razão da crise social, política e econômica do país.

Um estudo recente do Ministério da Saúde brasileiro revelou que, entre 2006 e 2016, a taxa de obesidade cresceu 20%. Hoje, um a cada cinco brasileiros pode ser considerado obeso. Mais da metade dos brasileiros está com sobrepeso, segundo levantamento do Governo Federal.

Tal fato afeta diretamente a saúde pública e privada que sente o reflexo diário de milhões de pessoas que possuem enfermidades e doenças graves oriundas da obesidade. Não há uma política de prevenção. Na verdade, são poucas e isoladas as ações e programas que incentivam, principalmente na saúde privada, a alimentação saudável e o controle da obesidade.

Divulga-se constantemente na mídia que a obesidade aumenta a incidência de doenças cardiovasculares, doenças cerebrovasculares, doenças respiratórias, doenças osteoarticulares, hipertensão arterial, insuficiência vascular periférica, trombose, cálculo biliar, cálculo renal, distúrbios hormonais, diabete, câncer de rim e câncer hormônio dependente, como mama, próstata e pâncreas dentre outras.


Existem em algumas cidades, como no Rio de Janeiro, iniciativas legais chamadas de Estatuto da Pessoa Obesa, com algumas diretrizes para auxiliar no controle e combater o avanço da obesidade, mas com foco na discriminação do obeso. O Congresso Nacional também analisa um projeto de lei federal (PL 4328/2016) para estabelecer uma política nacional. Entretanto, no Brasil, infelizmente, há uma cultura de se criar leis inócuas, principalmente quando não há um bom gerenciamento de seus objetivos. A lei não é desnecessária, mas tem que vir acompanhada de ações efetivas.

O obeso mórbido pode ser enquadrado como deficiente, desde que assim seja avaliado por equipe multiprofissional e interdisciplinar, de forma a enquadrar-se na definição do texto legal: pessoa com deficiência, é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Para se ter uma ideia da falta de política pública, há casos de pessoas obesas que tiveram o atendimento negado em hospitais e postos de saúde por falta de estrutura mínima e equipamentos apropriados para recebê-los. Existem casos de dentistas que não tem cadeiras para suportar pessoas com pesos elevados, ou hospitais em que os equipamentos de tomografia ou radiografia possuem um limite de peso imposto pelo fabricante para o seu uso. Logicamente, a negativa de atendimento causa um constrangimento como também uma barreira para essas pessoas.

Se necessário buscar o procedimento cirúrgico pelo SUS para tratar o obeso mórbido (como a cirurgia bariátrica, por exemplo), a espera poderá ser entre cinco a sete anos para ser operado. Muitas vezes, o paciente morre antes de conseguir ser atendido.

Quando o assunto é a obesidade, é fundamental prevenção e controle, que implicaria a economia de elevados recursos financeiros destinados ao tratamento da própria doença. Necessário atuar em prol de ações efetivas de prevenção da obesidade. Incentivar a alimentação saudável, as atividades físicas e o tratamento de saúde.

A ação é conjunta, sociedade e governo, para que se mudem as crescentes estatísticas. Há uma geração obesa que continuará a onerar os cofres da saúde pública e privada. É preciso encontrar uma saída para essa epidemia do século XXI, dando ao problema o tamanho que ele tem. 



ARQUIVO PESSOAL

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

CPMF para aumentar impostos, de novo?

■ POR MARCOS CINTRA



DIVULGAÇÃO

“O governo que assume em 2019 deve ousar na questão do ajuste fiscal fazendo reformas como as apontadas neste artigo e por meio da adoção de uma inovadora forma de arrecadar tributos, consubstanciada na unificação de impostos e contribuições sobre a movimentação financeira.”

Atributação sobre a movimentação bancária tem sido lembrada por vários renomados economistas como um tributo a ser recriado no Brasil.

Em recentes artigos em jornais e revistas de grande circulação, Fábio Giambiagi, Cláudio Adilson Gonzalez e Nelson Marconi em entrevista, dentre outros, propõem a recriação da CPMF de forma temporária, aumentando a carga tributária, para promover um ajuste fiscal e controlar a dívida pública.

Os autores têm razão ao enfatizarem a dimensão do ajuste necessário e a enorme capacidade arrecadatória da movimentação financeira. Mas é um erro propor aumento de carga tributária em um país onde ela já é excessivamente elevada e limitadora da atividade produtiva. Assim, transformá-la em mero quebra-galho para atender ao necessário ajuste fiscal seria como utilizar uma Ferrari para transportar tijolos, parafraseando o inesquecível Roberto Campos.

O ajuste fiscal deve ser composto por medidas de amplo alcance tanto pelo lado dos gastos como pelo lado da receita. Pelo lado da despesa o enxugamento da estrutura administrativa para dez ou doze ministérios, a retomada das concessões e privatizações, a reforma da Previdência, a revisão de desonerações e a adoção do orçamento base zero são ações fundamentais para enfrentar o rombo das contas públicas.

Pelo lado da receita o ajuste fiscal oferece uma grande oportunidade para dar início a uma reforma tributária estrutural, modernizadora, como seria o caso com a adoção de um imposto sobre a movimentação financeira para substituir vários dos atuais tributos, dando início a uma reforma ajustada às necessidades do mundo globalizado e digital. Jamais para ser um tributo a mais a aumentar a já asfixiante carga tributária nacional.

A disfuncionalidade do atual sistema tributário mundial, e particularmente do brasileiro, tem sido evidenciada ao redor do planeta. Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a crescente evasão da receita pública se dá por meio de “planejamento” que se aproveita de lacunas normativas nos sistemas convencionais e ortodoxos de impostos e contribuições para transferir lucros empresariais para países com tributação reduzida ou inexistente. Para Vito Tanzi, um dos mais respeitados especialistas em finanças públicas, a corrosão da arrecadação ocorre por conta da globalização, do comércio eletrônico, da moeda virtual, da ação das multinacionais, dos paraísos fiscais e dos complexos instrumentos criados no mercado financeiro internacional.

Neste cenário, emerge uma clara convergência em torno da adoção de uma base tributária inovadora, que dentre outras características, abranja todas as formas tradicionais de arrecadação exploradas atualmente. Trata-se da movimentação financeira, espécie tributária amplamente conhecida no Brasil.

Em um de seus artigos Cláudio Gonzalez propõe uma CPMF temporária, não sem antes tecer algumas críticas ao tributo, e mais genericamente contra tributos sobre movimentação financeira.

Afirma que ela estimula a verticalização industrial.

Dada a baixa alíquota marginal desse tipo de tributo esse fenômeno deve ser descartado. Não ocorreu com a vigência da CPMF e nem iria além do que seria previsível por razões estritamente ligadas a economias de escala e a outros tipos de externalidades.


Outra crítica é que um tributo sobre a movimentação financeira onera a produção em todas as etapas de seu ciclo produtivo. Trata-se de argumento *non-sequitur*, visto que todo tributo onera a produção e a questão nesse ponto é comparar qual modelo causa menos distorção. Por exemplo, arrecadando valores parecidos, simulações revelam que um tributo sobre movimentação financeira com alíquota de 2,8% tem impacto máximo de 17,7% sobre os preços de 128 setores analisados enquanto que com um tributo sobre o valor agregado (reunindo ICMS, IPI, INSS patronal, PIS e Cofins) o ônus chega a 64,1%¹.

Um terceiro ponto apontado pelo autor é que por vir embutido nos preços de bens e serviços um imposto como a CPMF dificilmente permite desonerar as exportações. A alternativa, nesse sentido, é expandir dados que hoje já são ou já foram produzidos pelo IBGE, como as Tabelas de Recursos e Usos (TRU) e as matrizes insumo-produto, para determinar o montante de tributos envolvido na relação intersetorial e, com isso, operacionalizar a desoneração de produtos exportados mediante créditos de imposto, rebates, devoluções ou subsídios equivalentes, práticas permitidas e até recomendadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Por fim, o autor afirma que esse tipo de tributo estimula a desintermediação financeira. Essa é uma crítica que a experiência da CPMF desautorizou de maneira categórica. Apregoava-se que esse tributo levaria a desmonetização da economia, o que não se confirmou durante sua aplicação por doze anos no Brasil. O fato é que, a um nível suave de taxação, a economia de imposto obtida com a consumação de negócios à margem do sistema bancário não compensa o custo do armazenamento e transporte de numerário, a insegurança, riscos de falsidade, ilegalidade de transações em moeda estrangeira etc. Ademais, medidas como a sobretaxação de saques e depósitos em dinheiro vivo e outras precauções dissuasivas, como a não validade jurídica de operações que vierem a ocorrer fora do sistema bancário, desestimularão qualquer tentativa nesse sentido.

O governo que assume em 2019 deve ousar na questão do ajuste fiscal fazendo reformas como as apontadas neste artigo e por meio da adoção de uma inovadora forma de arrecadar tributos, consubstanciada na unificação de impostos e contribuições sobre a movimentação financeira.

Quanto à reforma tributária deve-se atentar para o que disseram Vito Tanzi e Roberto Campos. Para o primeiro, a movimentação financeira é a única inovação tributária ocorrida após a introdução dos tributos sobre valor agregado em meados do século passado. Já o segundo afirmou que essa base de cobrança é uma ideia insolentemente inovadora, cujo tempo chegou.

Os que defendem a criação de um tributo temporário sobre movimentação financeira erram duas vezes. A qualidade do tributo justifica seu uso permanente, desde que em substituição aos degradados e ineficientes tributos convencionais; e em segundo lugar erram ao defenderem a criação deste novo tributo para aumentar a já abusiva carga tributária. Pelo contrário, por ser universal e insonegável ele deve ser usado para reduzir o peso dos impostos e contribuições e redistribuir o ônus entre os contribuintes de forma mais equitativa. 

Este artigo expressa a opinião do autor, não representando necessariamente a opinião institucional da FGV.

NOTA

- 1 Vide a metodologia utilizada nessa simulação no capítulo 2 do livro *Bank Transactions: a pathway to the single tax ideal*, disponível em https://mpr.ub.uni-muenchen.de/16710/1/MPRA_paper_16710.pdf.



MARCOS CINTRA é doutor em Economia pela Universidade Harvard (EUA) e professor titular de Economia na FGV (Fundação Getúlio Vargas). Foi deputado federal (1999-2003) e autor do projeto do Imposto Único.



O direito à intimidade

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

O Direito, como é sabido, é fruto de um sistema jurídico devidamente regulamentado e assentado em princípios e regras que vão se aperfeiçoando com o passar do tempo, com a finalidade precípua de atender não só as necessidades individuais como as coletivas do cidadão.

Assim, o Estado, devidamente legitimado, pode legislar a respeito das situações que gravitam no mundo exterior das pessoas, como, por exemplo, a lei que disciplina a interceptação telefônica, mas, jamais, em qualquer hipótese, ditar regras a respeito do seu pensamento interior. Trata-se de um campo indevassável, que permite única e exclusivamente o acesso do titular do direito.

O que se entende, nesta linha de pensamento, por direito à intimidade?

“Pode-se dizer até que, na era da mais célere informática, da tecnologia mais apurada, nenhum dispositivo, ferramenta ou aplicativo será capaz de captar o que circula neste espaço reservado, de uso exclusivo de seu titular. Seria, também, numa breve comparação com o Direito, o foro privilegiado em que a competência para acusar e julgar cabe a uma única pessoa, já que no interior do homem é que habita a sua verdade, de acordo com Santo Agostinho.”

A Constituição de 1988, dentre vários direitos alargados e tutelados, abrigou em seu texto a proteção à intimidade do cidadão, assim descrita no inciso X do artigo 5º: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em que pese a diversidade conceitual desses termos, pode-se deduzir que todos compõem uma esfera de proteção do indivíduo. A privacidade parece ser a mais ampla proteção, o limite da esfera protetiva, já que se mostra como uma margem que o indivíduo dispõe para filtrar o que deseja tornar público a todos. Isto é, a pessoa detém um conjunto de informações, imagens, vídeos, atitudes suas que somente a ela cabe decidir se as demais pessoas possam a elas ter acesso. Uma vez acessadas, sem a permissão do titular, tem-se a violação da privacidade.

Já a vida privada compõe a relação do titular com um pequeno grupo de pessoas, normalmente familiar, muito embora nada impeça que sejam amigos próximos também. Já é possível perceber uma maior proteção, vez que se adentra à esfera protetiva da personalidade do titular.

Por fim, tem-se a intimidade, que se configura como o núcleo da esfera de proteção. Pode ser conceituada como o direito de estar só – *the right to be alone*, proteção consagrada nos EUA para assegurar a *Peace of mind*. Nela, verifica-se um conjunto de informações que apenas seu titular traz consigo. Não se pode esquecer, todavia, que esses três institutos possuem a proteção de nosso ordenamento jurídico, devendo o intérprete se valer da intensidade da violação para determinar a ocorrência de dano.


A intimidade, na concepção jurídica, trata-se de um campo discreto frequentado unicamente pelo interessado. É o espaço em que vai encontrar consigo mesmo, sem qualquer acesso à curiosidade privada. Neste reino pode desfilarmos tudo que é mais precioso para a pessoa, desde a sua crença religiosa até os segredos mais recônditos, sem qualquer risco de invasões arbitrárias e, principalmente, de se chegar ao conhecimento público porque não há qualquer registro materializado.

Pode-se dizer até que, na era da mais célere informática, da tecnologia mais apurada, nenhum dispositivo, ferramenta ou aplicativo será capaz de captar o que circula neste espaço reservado, de uso exclusivo de seu titular. Seria, também, numa breve comparação com o Direito, o foro privilegiado em que a competência para acusar e julgar cabe a uma única pessoa, já que no interior do homem é que habita a sua verdade, de acordo com Santo Agostinho.

A expressão *Peace of mind*, que compõe o direito de estar só do direito americano, retrata fidedignamente a figura do homem que se afasta temporariamente do convívio com os demais e se recolhe ao seu castelo (*mycastleismytemple*), local onde irá encontrar sua paz e o equilíbrio para desfrutar tudo que lhe for conveniente. Ali se sentirá o rei, o bedel e o juiz e pela sua lei será obrigado a ser feliz, segundo entoava a canção popular.

Pode-se falar até mesmo na aplicação do *principium individuationis*, que prega o predomínio da vontade do indivíduo, pois, ao recolher-se internamente, após fazer as escavações necessárias em busca de si mesmo, encontra a percepção da dimensão e da riqueza de sua singularidade, que jamais será desvendada pelo mundo exterior. “Assim, conforme conclui Alfieri, o indivíduo aprende, em um primeiro momento, a sua qualidade individual, a essência fundamental do seu ser consciente de si mesmo, e sente fluir no seu íntimo a amplitude de uma esfera interior”.¹ E, por incrível que pareça, como sói acontecer, em antagonismo inconsequente, o indivíduo abre mão de desfrutar o prazer de seu interior para se desnudar diante de uma rede social.

Costa Jr., com a precisão que lhe é peculiar, definiu a intimidade como sendo “a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos”.²

Este enunciado, por si só, deixa a entender que, no espaço reservado com exclusividade para o indivíduo, numa constante atividade solitária, nenhuma norma terá acesso, pois encerra um mundo puramente individualista, sem qualquer relação exterior envolvendo interesses políticos ou sociais. Faz lembrar o pensamento de Clarice Lispector: “Viver em sociedade é um desafio porque às vezes ficamos presos a determinadas normas que nos obrigam a seguir regras limitadoras do nosso ser ou do nosso não-ser... Quero dizer com isso que nós temos, no mínimo, duas personalidades: a objetiva, que todos ao nosso redor conhece; e a subjetiva... Em alguns momentos, esta se mostra tão misteriosa que se perguntarmos – Quem somos? Não saberemos dizer ao certo!!!.” 

NOTAS

- 1 Alfieri, Francesco. Pessoa humana e singularidade em Edith Stein. Organização e tradução de Clio Tricarico. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2014, p. 83.
- 2 Costa Jr., Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 8.



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



Ricardo Lewandowski

ARQUIVO PESSOAL

Freios e contrapesos

Platão, discípulo de Sócrates, viveu em Atenas, na Grécia Antiga, entre 428 e 347 a.C. Tido como o pai da filosofia ocidental, dedicou a vida ao estudo da verdade, coragem e virtude. Para muitos, suas especulações mais impactantes foram as devotadas à boa administração do Estado.

Descontente com a democracia ateniense, a qual considerava responsável pela condenação de Sócrates à morte, considerava-a dominada por massas anárquicas que estimulavam a desordem e a licenciosidade. Identificou-a com

uma nau cujos marinheiros depuseram o capitão, passando a pilotá-la sem dominar a arte de navegar.

Propôs, então, que os governos fossem exercidos por reis-filósofos, mais bem preparados intelectualmente para deliberar acerca dos interesses da coletividade.

Centúrias depois, o pensador francês Montesquieu (1689-1755) concebeu, no século 18 de nossa era, a teoria da separação dos Poderes, segundo a qual o Estado, para impedir a concentração da autoridade em uma só pessoa ou assembleia, dando azo ao despotismo, deveria exercer suas três funções clássicas, a legislativa, administrativa e judiciária, por meio de órgãos distintos, que se controlariam reciprocamente.

Tal sistema foi abrigado na Constituição dos Estados Unidos de 1787, passando a ser conhecido como mecanismo de freios e contrapesos.


Nossas Cartas republicanas, salvo as editadas nos períodos de exceção, adotaram esse paradigma, assim como a hoje vigente, que estabelece: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Apesar disso, seja por não lograrem os consensos necessários, seja por outras razões que exigem análise mais aprofundada, Legislativo e Executivo têm deixado para o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, a solução de questões que, pela relevância, melhor seriam resolvidas por aqueles Poderes, após ampla discussão com a sociedade.

A Suprema Corte, para o bem ou para o mal, recentemente foi levada a decidir sobre a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos; a autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas; a proibição do financiamento empresarial de campanhas eleitorais; a vedação de greve no serviço público; a legitimidade das cotas raciais no ensino estatal; a extensão dos direitos da união estável de casais heterossexuais aos parceiros homoafetivos; o estabelecimento de um marco temporal para a delimitação de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas; a retroação dos efeitos da denominada “Lei da Ficha Limpa”; a possibilidade da mudança de nome das pessoas transgênero; a restrição da garantia da presunção de inocência; a limitação do habeas corpus; e o fim do foro especial para os parlamentares.

Certos observadores mais comedidos entendem que os juízes, ao apreciarem temas de tal envergadura, estariam apenas preenchendo, embora de forma heterodoxa, um momentâneo vácuo de poder.

Outros mais irreverentes identificam-nos com os reis-filósofos preconizados por Platão. Todos, no entanto, são unânimes em afirmar que, por mais bem-intencionados que sejam, não lhes é lícito alterar, pela via interpretativa, o sentido da Constituição e das leis que juraram defender.

Por isso muitos pugnam pela integral restauração do mecanismo de freios e contrapesos, que tradicionalmente integra nosso regramento constitucional, temendo que algum desavisado cogite da dissolução do Legislativo e Executivo ou, até mesmo, da abolição das eleições. 

Impactos da lei geral de proteção de dados

■ POR MÁRCIO COTS

“Há duas formas de ver a legislação que surge sobre fatos jurídicos que antes não eram regulados: a de que a legislação é um empecilho e a de que a legislação é uma segurança para as empresas.”

Falta pouco para que o Brasil entre para o grupo dos países que possuem uma Lei Geral de Proteção de Dados. O Projeto de Lei n. 53/2018 foi aprovado pelo Senado no último dia 10 de julho e agora segue para sanção do Presidente, que deve aprová-lo sem maiores ressalvas. De fato, era frustrante que o Brasil estivesse no rol dos países “não seguros” quando o assunto é



proteção de dados pessoais, impedido de ter plenas relações com os integrantes da União Europeia, bem como outros países que, para contratarem tratamento de dados de qualquer tipo com estrangeiros, exigiam igual ou maior proteção do que a oferecida em seu ordenamento. Em outras palavras, ao oferecer à comunidade global as bases da proteção de dados que aplicará em sua jurisdição, o Brasil entra em harmonia com uma tendência mundial, o que o abrirá para novas oportunidades de negócios.

Internamente, as pessoas naturais e jurídicas precisarão se adequar a um novo universo de direitos e deveres que antes era muito mal regulado por usos e costumes e por leis esparsas que não ofereciam segurança jurídica em muitos aspectos elementares. Nesse sentido, o PL 53 traz muitas novidades, entre as quais destacamos:

Abrangência: A abrangência da nova lei é a mais ampla possível, pois incide sobre dados pessoais de qualquer espécie. Seu único requisito para aplicação é que o dado identifique ou torne identificável uma pessoa. Dessa forma, dados de consumidores, empregados, parceiros, profissionais liberais, representantes de empresas, etc., entram igualmente no mesmo “saco”. Por outro lado, deverão obedecer a nova legislação todas as pessoas físicas e jurídicas que tratem dados pessoais no território brasileiro ou de pessoas localizadas no mesmo, com exceções pontuais.

Base legal para tratamento de dados: Para que uma pessoa física ou jurídica trate dados será necessário que a mesma tenha uma base legal para tanto. A base mais comum será o consentimento, por ser a mais intuitiva em relação ao que já se praticava no Brasil.

Fundamentos e Princípios do tratamento de dados pessoais: Assim como já havia sido feito no Marco Civil da Internet, a nova legislação criou Fundamentos e Princípios para tratamento de dados. Não cabe entrar em pormenores aqui, mas no mundo jurídico pouca coisa tem mais importância sistêmica do que os dois institutos. Eles servirão para nortear a criação e a interpretação não apenas desta, mas de todas as leis que versem sobre o tratamento de dados agora e no futuro. Como são conceitos mais abertos e abrangentes, a tendência é que permaneçam com a mesma força com o passar do tempo, preservando sua atualização.

Direitos dos titulares: Na esteira dos Fundamentos e Princípios, foram estabelecidos direitos dos titulares dos dados pessoais, entre os quais, destacamos: direito de ser informado sobre o tratamento, possibilidade de oposição ao mesmo, consulta e retificação de dados, etc.

Dados pessoais com tratamento diferenciado: A nova lei irá estabelecer distinção entre tipos de dados pessoais, pois dados sensíveis (como os biométricos, de saúde, relativos à posição política, filosófica, etc.) e de menores de idade serão objeto de regras específicas.


“Recall” e notificações obrigatórias: Sabe aquela prática comum no caso de montadoras de automóveis, que avisam os proprietários quando algo saiu errado na fabricação? Haverá um mecanismo semelhante na nova legislação, ou seja, sempre que houver um incidente relativo ao tratamento de dados, o responsável pelo tratamento deverá avisar os titulares, entre outras providências.

Relatório de impacto à proteção de dados pessoais: A autoridade poderá requisitar ao responsável pelo tratamento o referido relatório, no qual deverá conter as características dos tratamentos de dados realizados, bem como os riscos gerados aos titulares por tal tratamento. É como, de certa forma, o relatório de impacto ambiental. O texto legal não obriga todos os responsáveis a ter o relatório, mas no processo fiscalizatório pode haver a requisição e quem não tiver o mesmo pronto pode não ter tempo para criá-lo dentro do prazo concedido pela fiscalização.

Personagens no tratamento dos dados pessoais: A lei criará algumas figuras para delimitar responsabilidades no processo de tratamento de dados. Haverá a pessoa do Responsável, Operador e Encarregado. Ainda não está totalmente delimitada pela lei a participação do Encarregado, pois pode ser modificada por regulamento. Contudo, a lei estabeleceu, por hora, que o encarregado atue como um canal de comunicação com os titulares, bem como oriente os setores da empresa em relação à adequação do tratamento realizado internamente.

Incentivo às boas práticas: Os responsáveis que adotarem boas práticas no tratamento de dados poderão ser penalizadas com menor rigor no caso de incidentes que gerem danos aos titulares.

Criação de Autoridade de Proteção de Dados: A nova lei prevê a criação de Autoridade que fará parte da administração pública federal indireta, com orçamento próprio e submetida ao Ministério da Justiça. O novo órgão estará incumbido de fiscalizar a aplicação da nova lei, atuar junto aos agentes de tratamento, inventivas as melhores práticas, entre outras ações. O PL 53/2018 passou por diversas modificações desde que começou a ser discutido como anteprojeto de lei. As alterações realizadas permitiram maior flexibilidade no tratamento de dados pessoais, pois não fez tudo depender de consentimento expresso, mas o permitiu num contexto de legítimo interesse do responsável. Em outras palavras, não é proibido o tratamento de dados com o único intuito de aumentar o desempenho econômico de uma empresa, por exemplo, para o empreendedorismo e a livre iniciativa são de interesse nacional, fazendo girar a economia e gerando a distribuição de renda para participantes diretos e indiretos. Contudo, nem tudo são flores, e a cultura brasileira no tratamento de dados pessoais terá que mudar. A adaptação à legislação pode ser ou não custosa, mas com certeza será trabalhosa para a grande maioria das empresas, que terão que atuar com diligência nesta mudança de cultura.

Há duas formas de ver a legislação que surge sobre fatos jurídicos que antes não eram regulados: a de que a legislação é um empecilho e a de que a legislação é uma segurança para as empresas. Ao olhar o copo meio cheio é possível vislumbrar a possibilidade de novos negócios criados em bases mais sólidas, nos quais não se vive em incertezas e não há ameaças regulatórias num horizonte próximo. 



ARQUIVO PESSOAL

MÁRCIO COTS é Sócio do COTS Advogados, escritório especializado em Cyberlaw (Direito dos Negócios Digitais) com sede em São Paulo e, sócio do escritório norte-americano CyberLawStudio PLLC com sede em Nova Iorque. Consultor convidado pelo Senado para debater pontos técnicos do Projeto de Lei Geral de Proteção de Dados. Professor universitário de Direito nos MBAs da FIAP e atua como Professor Convidado nos MBAs da FIA/USP. Mestre em Direito pela FADISP, especialista em CyberLaw pela HARVARD LAW SCHOOL - EUA, com extensão universitária em Direito da Tecnologia da Informação, pela FGV-EPGE. Membro do Harvard Faculty Club. Consultor jurídico da ABCOMM e Diretor Jurídico da Associação Brasileira de Internet das Coisas (ABINC).



Finalmente a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Resumo dos pontos relevantes

■ POR RONY VAINZOF

Acaba de ser aprovado, também no Senado, o PLC n. 53/2018, que agora segue para sanção presidencial. Nos EUA, há leis federais setoriais, todas com mais de 20 anos, como o Health Insurance Portability and Accountability Act (1996), o Electronic Communications Privacy Act (1986), o Video Privacy Protection Act (1988), o Children's Online Privacy Protection Act (1998), com a relevância do Federal Trade Commission Act, que na sua sessão 5 proíbe atividades comerciais desleais ou enganosas e impõe notificações e práticas razoáveis de segurança da informação, sendo a FTC o órgão federal fiscalizador e sancionador.

Já na Europa, o assunto precede, e muito, o GDPR, recente regulamento que passou a ter sua eficácia plena em 25.05.18, após 02 (dois) anos de *vacatio legis*, e serviu como base para a Lei brasileira, assim como já é utilizado em fundamentação para decisões por tribunais brasileiros. Em 1983, a Suprema Corte da Alemanha, no denominado Julgamento do Censo, estabeleceu uma verdadeira Magna Carta em termos de proteção de dados, pela primeira vez reconhecendo-o como direito fundamental, declarando que o cidadão tem direito a “autodeterminação informacional”, de modo que ele possa, em princípio, decidir sobre a divulgação e o uso de seus dados pessoais.

“É com grande satisfação que vejo aprovação da nossa LGPD, que traz um equilíbrio entre interesses sociais e econômicos, entre o público e o privado, entre liberdade, proteção e segurança, buscando tutelar, ao mesmo tempo, a proteção de dados pessoais, a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas, assim como a livre iniciativa e o uso econômico dos dados, de forma legítima, séria, responsável, proporcional e razoável.”

A Carta de Direitos Fundamentais de 2002, da União Europeia, em seu art. 8º, dispõe que todos têm o direito de proteção de dados, devendo ser processados de forma justa para fins específicos e com base no consentimento ou em alguma outra base legítima estabelecida por lei.

No Brasil, além da nossa Constituição Federal, já tínhamos ao menos 30 (trinta) legislações setoriais que permeavam o assunto, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei do Cadastro Positivo, o Marco Civil da Internet, apenas para citar alguns exemplos.

Porém, mesmo diante de tantas leis setoriais, há anos se discutia no Brasil um marco legal em proteção de dados pessoais, diante da sua relevância para o nosso país, principalmente para trazer maior segurança jurídica mediante a harmonização de conceitos, elevando a proteção aos direitos individuais das pessoas e ao fomento da economia digital, bem como, com um nível de legislação compatível com outros países, da facilitação ao fluxo de transferência internacional de dados.

E finalmente estamos sendo brindados com a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD). Vejamos os principais pontos:

Aplicação extraterritorial: aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Princípios do tratamento:

- **Finalidade:** para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

- **Adequação:** compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

- **Necessidade:** limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização das suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

• **Transparência:** informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

• **Não discriminação:** impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e

• **Segurança:** utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

• **Prevenção:** adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

• **Responsabilização e prestação de contas:** demonstração pelo agente da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, inclusive da eficácia das medidas;

• **Livre acesso:** consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade dos seus dados pessoais;

• **Qualidade dos dados:** exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.

Definições relevantes:

• **Dado pessoal:** informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

• **Tratamento:** toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

• **Titular:** a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

• **Responsável:** a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

• **Operador:** a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do responsável;

• **Agentes do tratamento:** o responsável e o operador.

Requisitos taxativos para o tratamento:

Consentimento:

• Manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

• Por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Se for fornecido por escrito, este deverá constar de cláusula destacada das demais;

• Deverá referir-se a finalidades determinadas e serão nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais;

• Será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca;

• Se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatível com o consentimento original, o titular deverá ser informado sobre as mudanças de finalidade, podendo revogar o consentimento, caso discorde das alterações;

- Quando o tratamento for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer seus direitos;

- Pode ser revogado a qualquer momento, mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob o amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação;

- É dispensada a exigência do consentimento para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular.

- **Legítimo interesse:**

- Para atender aos interesses legítimos do responsável ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais;

- Somente poderá ser fundamentado para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem o apoio e a promoção de atividades do responsável e, em relação ao titular, a proteção do exercício regular de seus direitos ou a prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele;

- Somente o tratamento de dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida;

- Mediante a adoção de medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado no seu legítimo interesse;

- Órgão competente poderá solicitar relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento o seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.

- Cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo responsável;

- Pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas;

- Estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

- Execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual é parte o titular, a pedido do titular dos dados;

- Exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;

- Proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

- Tutela da saúde, com procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou

- Proteção do crédito.

Dados sensíveis: dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural, com hipóteses de tratamento mais restritas.

Dados anonimizados: dados pessoais relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

- Porém, somente serão considerados dados pessoais, para os fins da Lei, quando o processo de anonimização for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido;

- A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessário para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios;

- Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins da Lei, aqueles utilizados para a formação do perfil comportamental de uma determinada pessoa natural, se identificada;

- Órgão competente poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizadas em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança.

Direitos do titular: tem direito a obter do responsável, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

- A confirmação da existência de tratamento e o acesso aos dados. Quando o tratamento tiver origem no consentimento do titular ou em contrato, o titular poderá solicitar cópia eletrônica integral dos seus dados pessoais, observado os segredos comercial e industrial, em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento;

- A correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

- A anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a Lei. Neste caso, o responsável deverá informar imediatamente aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento;

- A portabilidade dos dados pessoais a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, não incluindo dados que já tenham sido anonimizados pelo responsável;

- A eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular;

- A informação das entidades públicas e privadas com as quais o responsável realizou o uso compartilhado de dados;

- A informação sobre a possibilidade de não fornecer o consentimento e sobre as consequências da negativa;

- A revogação do consentimento.

Tratamento automatizado: o titular dos dados tem direito a solicitar revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, inclusive as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo, de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

- O responsável deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial;

- Em caso de não oferecimento de referidas informações, órgão competente poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizados.

Relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do responsável que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco.

- O órgão competente poderá:

– Solicitar o relatório, quando o tratamento tiver como fundamento o seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial; e

– Determinar ao responsável que elabore o relatório, inclusive de dados sensíveis, referente às suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

• O relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para sua coleta e para a garantia da segurança das informações, bem como a análise do responsável com relação às medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

Data Protection Officer (Encarregado): pessoa natural, indicada pelo responsável, que atua como canal de comunicação entre o responsável e os titulares e o órgão competente.

• É obrigatório e o responsável deverá indicar um encarregado pelo tratamento de dados pessoais;

• Órgão competente poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados;

• A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, preferencialmente no sítio eletrônico do responsável;

• Atividades do encarregado:

– Aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;

– Receber comunicações do órgão competente e adotar providências;

– Orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e

– Executar as demais atribuições determinadas pelo responsável ou estabelecidas em normas complementares.

Security by Design: o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: o modo pelo qual é realizado; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

• Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito;

• Órgão competente poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados sensíveis;

• As medidas deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução;

• Qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação;

• Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas

práticas e de governança, aos princípios gerais previstos na Lei e às demais normas regulamentares.

Comunicação em casos de incidentes: o responsável deverá comunicar ao órgão competente e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

- A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pelo órgão competente;

- Deverá mencionar, no mínimo:

- A descrição da natureza dos dados pessoais afetados;

- As informações sobre os titulares envolvidos;

- A indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial;

- Os riscos relacionados ao incidente;

- Os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata; e

- As medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.

- Órgão competente verificará a gravidade do incidente e poderá, caso necessário, determinar ao responsável a adoção de providências, tais como:

- Ampla divulgação do fato em meios de comunicação; e

- Medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente.

- No juízo de gravidade do incidente, será avaliada eventual comprovação de que foram adotadas medidas técnicas adequadas que tornem os dados pessoais afetados ininteligíveis, no âmbito e nos limites técnicos de seus serviços, para terceiros não autorizados a acessá-los.

Governança Corporativa: os responsáveis e operadores poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

- Levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados de titular;

- O responsável, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados, a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

- Implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

- § Demonstre o comprometimento do responsável em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;

- § Seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo em que se realizou sua coleta;

- § Seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;

- § Estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;

§ Tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;

§ Esteja integrado à sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;

§ Conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e

§ Seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;

- Demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado, e, em especial, a pedido do órgão competente ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta.

- As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pelo órgão competente;

- Órgão competente estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais.

Transferência internacional: transferência de dados pessoais para um país estrangeiro ou organização internacional da qual o país seja membro, que somente é permitida nos seguintes casos:

- Para países ou organizações internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na Lei, mediante avaliação pelo órgão competente, que levará em consideração:

- As normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino ou na organização internacional; a natureza dos dados; a observância dos princípios gerais de proteção de dados; a adoção de medidas de segurança previstas em regulamento; a existência de garantias judiciais e institucionais para o respeito aos direitos de proteção de dados; e as outras circunstâncias específicas relativas à transferência.

- Quando comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos na lei, com definição do seu conteúdo por órgão competente, na forma de:

- Cláusulas contratuais específicas para uma determinada transferência;

- Cláusulas-padrão contratuais;

- Normas corporativas globais;

- Selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos;

- Para cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

- Para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros;

- Quando o órgão competente autorizar a transferência;

- Quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional;

- Para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público;

- Com consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades.

Crianças e adolescentes: o tratamento deverá ser realizado no seu melhor interesse, com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um

dos pais ou responsável legal, mediante todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável pela criança ou adolescente, consideradas as tecnologias disponíveis.

Autoridade Nacional de Proteção de Dados: o órgão competente, integrante da administração pública federal indireta, submetido a regime autárquico especial e vinculado ao Ministério da Justiça.

- Será composta pelo Conselho Diretor, como órgão máximo, e pelo Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, além das unidades especializadas para a aplicação desta Lei;

- É caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira;

- O regulamento e a estrutura organizacional serão aprovados por decreto do Presidente da República;

- O Conselho Diretor será composto por 3 (três) conselheiros e decidirá por maioria;

- Atribuições, entre outras:

- Zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação;

- Zelar pela observância dos segredos comercial e industrial em ponderação com a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações;

- Elaborar diretrizes para Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

- Fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

- Atender petições de titular contra responsável;

- Promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança;

- Promover estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;

- Estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais;

- Promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional;

- Dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, observado o respeito aos segredos comercial e industrial;

- Editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, assim como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco para a garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;

- Ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante, assim como prestar contas sobre suas atividades e planejamento.

- Receitas, entre outras:

- O produto da execução da sua dívida ativa;

- As dotações consignadas no orçamento geral da União, os créditos especiais, os créditos adicionais, as transferências e os repasses que lhe forem conferidos;

- As doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

- O produto da cobrança de emolumentos por serviços prestados;

– Os recursos provenientes de acordos, convênios ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais e internacionais;

– O produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública.

Conselho Nacional:

• Será composto por 23 (vinte e três) representantes titulares, e seus suplentes, dos seguintes órgãos:

– 6 (seis) representantes do Poder Executivo federal;

– 1 (um) representante indicado pelo Senado Federal;

– 1 (um) representante indicado pela Câmara dos Deputados;

– 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Justiça;

– 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público;

– 1 (um) representante indicado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil;

– 4 (quatro) representantes da sociedade civil com atuação comprovada em proteção de dados pessoais;

– 4 (quatro) representantes de instituição científica, tecnológica e de inovação; e

– 4 (quatro) representantes de entidade representativa do setor empresarial afeto à área de tratamento de dados pessoais.

• Mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução;

• Será considerada atividade de relevante interesse público, não remunerada;

• Funções:

– Propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e de atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados;

– Elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

– Sugerir ações a serem realizadas pela Autoridade;

– Realizar estudos e debates sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e

– Disseminar o conhecimento sobre proteção de dados pessoais e da privacidade à população em geral.

Responsabilidades

• O responsável ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo;

• O operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do responsável, hipótese em que o operador equipara-se a responsável;

• Os responsáveis que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente;

• Há possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados quando for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa;

- Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso;

- Exceções, que impedem a responsabilização:

- Não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

- Não houve violação à legislação;

- O dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Sanções administrativas:

- Aplicáveis pelo órgão competente, independentemente de outras sanções administrativas, civis ou penais definidas em legislação específica. São elas:

- Advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

- Multa simples ou diária, de até 2% do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 por infração.

§ No cálculo do referido valor, o órgão competente poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo órgão competente, ou quando o valor for apresentado de forma incompleta ou não for demonstrado de forma inequívoca e idônea;

§ Deverá observar a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado e ser fundamentado pelo órgão competente;

§ A intimação deverá conter, no mínimo, a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável e estipulado pelo órgão para o seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento.

- Publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

- Bloqueio de dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

- Eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

- Suspensão parcial ou total de funcionamento de banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 meses, prorrogável por igual período até a regularização da atividade de tratamento pelo responsável;

- Suspensão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 meses, prorrogáveis por igual período; e

- Proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

- Serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

- A gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;

- A boa-fé do infrator;

- A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

- A condição econômica do infrator;

- A reincidência;

- O grau do dano;

- A cooperação do infrator;

- A adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano;

- A adoção de política de boas práticas e governança;
- A pronta adoção de medidas corretivas; e
- A proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.
- Órgão competente definirá, por meio de regulamento próprio sobre sanções administrativas a infrações a Lei que deverá ser objeto de consulta pública, as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa.

– As metodologias a que se refere a disposição acima, devem ser previamente publicadas, para ciência dos agentes de tratamento, e devem apresentar objetivamente as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das sanções de multa, que deverão conter fundamentação detalhada de todos os seus elementos.

– O regulamento de sanções e metodologias correspondentes deve estabelecer as circunstâncias e as condições para a adoção de multa simples ou diária.

Tratamento pelo poder público: há capítulo próprio contendo as regras para tratamento de dados pessoais pelo poder público.

Vacatio Legis: 18 (dezoito) meses de sua publicação oficial.

Assim, finalmente o Brasil conta com uma robusta legislação em termos de proteção de dados pessoais, o que possivelmente aprimorará o desenvolvimento tecnológico, práticas de negócios, crescimento do mercado digital e ao mesmo tempo proteção aos dados pessoais dos cidadãos em nosso país.

Ademais, um cuidado que se deve ter, é que a Autoridade de Proteção de Dados, sob pena de ausência de confiança do mercado, priorize um engajamento construtivo com a indústria, no seguinte sentido:


- Ao invés de inquirição e sanção, dar prioridade ao diálogo, apoio, mutua cooperação, orientação, conscientização e informação;

- Estimular relações abertas e construtivas com negócios que lidem com dados pessoais, primando pela boa-fé das empresas e nos seus esforços em cumprir a lei;

- Criação de ambientes para inovações responsáveis, como “*Regulatory Sandboxes*”, nos quais novos projetos são testados em atmosferas controladas visando avaliar eventuais e futuras necessidades regulatórias, conforme o caso, mas a posteriori;

- Empresas que se esforcem em agir de forma responsável, sejam encorajadas a demonstrar seus programas de privacidade, segurança da informação, códigos de conduta e gerenciamento de risco, visando gerar o reconhecimento do mercado por suas boas práticas, incluindo certificações, entre outros padrões de *accountability*;

- As sanções devem ser a *ultimaratio*, principalmente e somente quando houver alguma violação dolosa, ou práticas exponencialmente negligentes, condutas reiteradas ou extremamente graves.

Portanto, é com grande satisfação que vejo aprovação da nossa LGPD, que traz um equilíbrio entre interesses sociais e econômicos, entre o público e o privado, entre liberdade, proteção e segurança, buscando tutelar, ao mesmo tempo, a proteção de dados pessoais, a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas, assim como a livre iniciativa e o uso econômico dos dados, de forma legítima, séria, responsável, proporcional e razoável. 



RONY VAINZOF é fundador e Vice-Presidente da Associação Brasileira de Proteção de Dados (ABPDados), Diretor do Departamento de Defesa e Segurança da FIESP e Sócio do OpiceBlum, Bruno, Abrusio e Vainzof Advogados Associados.

A privacidade, as novas regras de proteção de dados e o futuro digital

■ POR RENATO FALCHET GUARACHO



DIVULGAÇÃO

O Senado aprovou o Projeto de Lei nº 53/2018 que, após sancionado pelo Presidente da República, originará a primeira lei geral brasileira de proteção de dados pessoais. A nova regulamentação irá abordar o tratamento de dados pessoais (todas as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável), inclusive nos meios digitais, por indivíduos e entidades públicas e privadas.

O tratamento desses dados só deverá ser feito em determinadas circunstâncias e com prévio consentimento do titular dos dados, por legítimo interesse ou por cumprimento de obrigação legal. Importante destacar que este consentimento deve ser expresso e com a aprovação destacada, não poderá ser genérico, dentro de termos de usos que muitas vezes não lidos pelos usuários.

“A inovação legislativa que entrará em vigor passará a regulamentar e dificultar esse tipo de mercado, onde o preço é pago com a privacidade do usuário, delimitando até onde as empresas poderão utilizar dados e punindo vendas e vazamentos ilegais de informação.”

A legislação aprovada no Brasil tem muitas semelhanças com a GDPR, regulamentação de dados aprovada pela União Europeia no início deste ano, bem como com a legislação já aprovada em alguns países da América Latina, tais como Argentina, Uruguai, Chile, Colômbia, Peru e Costa Rica. A nova lei é novidade no mundo e nos deixa em patamar de igualdade com as atualizações legislativas que regulam o Direito Digital, no entanto, poderá alterar substancialmente o mercado e as empresas do ramo.

Dentre as sanções por infrações trazidas pela regulamentação está a aplicação de uma multa simples ou diária, de até 2% do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, com limite de cinquenta milhões de reais.


Após a publicação, o período de adaptação à nova lei será de 18 meses, seguindo também a regra aprovada pelo Parlamento Europeu, que concedeu o mesmo período para as empresas.

Muitas redes sociais, tais como Facebook, Instagram e LinkedIn, além de grandes corporações como o Google utilizam-se majoritariamente dos dados de seus usuários para auferir lucro, através do seu comportamento na internet.

Com a mudança na legislação, estas empresas poderão sofrer adaptação. O Facebook, inclusive, já alterou sua política de dados em abril, após o escândalo da Cambridge Analytica, e promete uma grande reforma para o próximo ano, devido as inovações legislativas.

Há outros exemplos de empresas que também deverão se adaptar, como lojas, supermercados e farmácias que garantem descontos para que você cadastre seu CPF sem, no entanto, informar que estes dados são repassados para outras empresas terem acesso e lhe oferecer serviço.

Ainda, existem diversas empresas que utilizam-se destes dados, muitas vezes com a vantagem do cadastro rápido, onde você poderá com seu usuário do Google Plus ou Facebook acessar os serviços de determinada empresa de forma gratuita, na verdade, eles estão colhendo seus dados para vender no futuro para terceiros.

Deste modo, a inovação legislativa que entrará em vigor passará a regulamentar e dificultar esse tipo de mercado, onde o preço é pago com a privacidade do usuário, delimitando até onde as empresas poderão utilizar dados e punindo vendas e vazamentos ilegais de informação. 



RENATO FALCHET GUARACHO é advogado especialista em Direito Eletrônico e Digital e coordenador jurídico do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados.

Lei de proteção de dados pessoais aproxima o Brasil dos países civilizados



■ POR DEMÓCRITO REINALDO FILHO

“Embora tardiamente o Brasil editou sua lei geral de proteção de dados pessoais. Essa é uma Lei que traz ao mundo do direito a importância que os dados pessoais já possuem para a economia digital, onde são considerados “o novo petróleo”.”

No dia 10 de julho, foi aprovada por unanimidade no Senado a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), originada do PLC 53/18¹, da Câmara dos Deputados, que agora segue para sanção presidencial. O projeto tramitou por cerca de oito anos no legislativo, após passar por diversas comissões e sofrer diversos ajustes na versão original.

A Lei disciplina o uso, a proteção e transferência de dados pessoais, garantindo aos cidadãos maior controle sobre suas informações. A lei brasileira sofreu influência da regulação europeia sobre dados pessoais, conhecida como Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)², que entrou em vigor no dia 25 de maio deste ano.

Dentre outras inovações, o texto aprovado no Senado com 65 artigos distribuídos em 10 capítulos exige o consentimento explícito do titular para a coleta e uso dos seus dados por terceiros, conferindo-lhe a possibilidade de exigir a correção e exclusão dos dados. A Lei ainda prevê a criação de um órgão responsável pela sua aplicação: a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que terá a forma de uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça. Ainda prevê punições para o caso de infrações ou descumprimento de seus dispositivos, que variam de uma simples advertência até multa no limite de 50 milhões de reais, podendo haver também proibição parcial ou total do exercício de atividade da empresa que comete o ato infracional, dependendo da gravidade da infração. A lei será aplicável mesmo para empresas que tenham sede no exterior, desde que a operação de tratamento de dados seja realizada envolvendo pessoas que tenham residência no Brasil.

O projeto da lei geral de proteção de dados pessoais tramitava há muito tempo e ganhou impulso não somente depois do momento de entrada em vigor de sua congênere europeia, mas sobretudo depois que eclodiu o escândalo de vazamento de dados dos usuários do *Facebook*, transmitidos e utilizados para fins políticos sem o consentimento deles por uma empresa parceira dessa rede social, a *Cambridge Analytica*³. A divulgação desse caso teve repercussão em todo mundo, trazendo a questão da proteção de dados pessoais para o centro dos debates políticos, inclusive forçando o *CEO* do *Facebook*, Mark Zuckerberg, a prestar esclarecimentos perante uma comissão do Congresso dos EUA⁴. No Brasil, o efeito imediato foi a agilização do projeto da lei geral de proteção de dados pessoais, que foi votada em regime de urgência pelo plenário do Senado.

A expectativa é que o Presidente Temer sancione a Lei sem vetos significativos, mas só entrará em vigor dentro de 18 meses, prazo suficiente para que as empresas e o setor público se adequem às suas exigências.


O Brasil vinha perdendo oportunidades de investimento financeiro internacional em razão do “isolamento jurídico” por não dispor de uma lei geral de proteção de dados pessoais. A União Europeia, por exemplo, veda a transferência de dados de cidadãos europeus para empresas de outros países que não têm um “nível adequado” de proteção de dados pessoais, e o Brasil até então era enquadrado na categoria das nações que não protege de maneira satisfatória a privacidade e intimidade das pessoas. Como se costuma dizer, os dados hoje são “o petróleo” da nova economia da informação e o nosso país estava em desvantagem em relação a outros países que já tinham adotado legislação semelhante.

O Brasil chega excessivamente tarde na regulamentação do assunto da proteção de dados pessoais. O chamado Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que serviu como modelo para a legislação brasileira, foi na verdade uma reforma das regras de proteção de dados na União Europeia, que já contava com uma Diretiva sobre o assunto desde 1995 (a Diretiva 95/46/CE)⁵. Leis específicas de proteção de dados pessoais começaram a surgir a partir da década de 70, com o advento das tecnologias da informação. Em 1970, o Estado alemão de Hesse editou a primeira lei sobre essa matéria. A Suécia contava com o *Datalegen*, Lei 289 de 11 de maio de 1973. Desde 1977, a Alemanha tinha uma lei federal de proteção de uso ilícito de dados pessoais. A Dinamarca regulamentava a questão da proteção de dados pelas Leis 243 e 244, ambas de 08 de julho de 1978, que estenderam a proteção também para as pessoas jurídicas. A França tinha a Lei

78-77, de 06 de janeiro de 1978. Até mesmo na América do Sul muitos países já contavam com leis que protegem a intimidade e a privacidade das pessoas contra coleta e processamento indevidos de dados individuais. A Argentina tem leis de proteção de dados pessoais em vigor desde 1994. A lei chilena é de 1999 e o Peru criou sua legislação de proteção de dados em 2011. No *Uruguai* o direito à *proteção de dados* está previsto em lei editada em 2008. A Colômbia aprovou sua lei de proteção de dados em 2010.

De qualquer maneira, embora tardiamente o Brasil editou sua lei geral de proteção de dados pessoais. Essa é uma Lei que traz ao mundo do direito a importância que os dados pessoais já possuem para a economia digital, onde são considerados “o novo petróleo”, como se disse. É analisando e interpretando grandes quantidades de dados e de grande variedade que as empresas hoje funcionam. Dependem e extraem soluções do *Big Data*, termo que descreve o grande volume de dados – estruturados e não estruturados – que impactam a vida das empresas diariamente. As organizações coletam dados de fontes variadas, incluindo transações financeiras, redes sociais e informações de sensores ou dados transmitidos de máquina para máquina. No passado, armazená-los teria sido um problema, mas novas tecnologias facilitaram essa atividade.

A utilização dos dados, contudo, não pode ser feita de maneira indiscriminada ou sem limite por corporações empresariais ou por órgãos do governo. O processamento de informações envolve diversos problemas como o uso indevido dos dados, sobretudo quando se combina *Big Data* com *machinelearning*⁶ para construção de modelos analíticos e tomada de decisões. A grande questão é que gera preocupações é a do controle dos indivíduos pelas grandes empresas de tecnologia e pelos governos. Quem controla os dados, controla a vida das pessoas. Por isso o Direito se preocupa com o que as organizações fazem com eles.

A nova lei cria mecanismos para que os indivíduos tenham o controle sobre seus dados, para que possam decidir sobre suas próprias vidas. 

NOTAS

- 1 <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>
- 2 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>
- 3 Ver notícia publicada pelo jornal El País, publicada em 20.03.18, acessível em: https://brasil.el-pais.com/brasil/2018/03/19/internacional/1521500023_469300.html
- 4 Ver notícia publicada em 11.04.18, acessível em: <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/129169-mark-zuckerberg-depoe-congresso-eua-confira-destaques.htm>
- 5 Para quem se interessar em conhecer as linhas gerais da revogada Diretiva 95/46/CE, sugiro a leitura do meu artigo intitulado “A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais - uma Análise de seus Aspectos Gerais”, publicado na Revista *Lex Magister*, acessível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA_SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS_UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx
- 6 Aprendizado de máquina (em inglês, *machinelearning*) é um método de análise de dados que automatiza a construção de modelos analíticos. É uma vertente da inteligência artificial que se baseia na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana.



DEMÓCRITO REINALDO FILHO é Desembargador do TJPE.



Internet, Redes Sociais, Fake News e Eleições

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES E MÁRCIO VIEIRA SANTOS

Não é novidade para ninguém que a Internet possibilita uma enorme gama de conectividade a nível mundial, permitindo que milhões de computadores, celulares, tablets, relógios e outros mecanismos, estejam entrelaçados, e que, hodiernamente, o Brasil figura na quarta colocação em números absolutos de usuários de Internet, com mais de 120 milhões, ficando atrás de Estados Unidos, Índia e China, segundo relatório divulgado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), cujo título do documento é “Economia da Informação 2017: Digitalização, Comércio e Desenvolvimento”¹.

Soma-se ao exposto o fato de que (94,6%) dos acessos derivam de aparelhos celulares, à frente de computadores (63,7%), tablets (16,4%) e televisões (11,3%), conforme informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad C), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)².

Pormenorizando ainda mais essa realidade, relatório promovido pela agência We Are Social e a plataforma Hootsuite, sobre o uso de Internet e redes sociais no mundo em 2017, revelou que o Brasil é o terceiro no ranking de quem passa mais tempo na Internet (gastando cerca de 9 horas na web) e nas redes sociais (3 horas e 39 minutos diários). Outros dados da pesquisa devem ser citados em relação ao Brasil: 1) o Youtube é a página com mais tempo de visita (20 minutos e 33 segundos), seguido pelo Facebook (13 minutos e 55 segundos); 2) a rede social mais usada é também o Youtube, seguida pelo Facebook e Whatsapp; 3) WhatsApp, Facebook,

Facebook Messenger, Instagram e Uber foram, nessa ordem, as aplicações de smartphone com mais downloads em 2017.³

Considerando esse contexto, bem como as reiteradas restrições de financiamentos implementadas na legislação eleitoral a propaganda pelas redes sociais tende a ser a principal forma de comunicação com os eleitores, bem como utilizada para propaganda negativa, ao arripio da lei. Nesse pormenor, documento redigido pelo Jornalista Fabiano Lana, “O Impacto das Redes Sociais nas Eleições”, publicado pelo Instituto Teotônio Vilela (PSDB), revelou que nas últimas eleições Municipais de 2016, as redes sociais influenciaram diretamente o voto de 19% dos eleitores, perdendo somente para os conselhos de amigos e parentes, que ensejaram uma influência de 22%.⁴

FAKE NEWS E A SUA DIFUSÃO

É de conhecimento público que Joseph Goebbels, ministro da Propaganda de Adolf Hitler na Alemanha Nazista, dizia que: “uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade.” Aproveitando-se dessa realidade subjacente e da fácil difusão da informação pelas redes sociais, as notícias falsas, também conhecidas como Fake News, passaram a ser amplamente utilizadas para satisfazer interesses pessoais em detrimento da correta informação dos fatos.

Desde a última eleição dos Estados Unidos da América, em que Donald Trump foi eleito, as notícias falsas passaram a ser o tema central de debates das eleições 2018 aqui no Brasil. O tema ganhou notoriedade em razão da estratégia adotada pelos chamados “Vels boys”, jovens de uma cidade de 55 mil habitantes na Macedônia, os quais ficaram conhecidos por criarem sites sensacionalistas com notícias a favor de Donald Trump e contrários à sua adversária, Hillary Clinton.

Para problematizar ainda mais essa questão reportagens jornalísticas dão conta de que passou a haver um comércio em torno desse tipo de notícia⁵:

Uma reportagem da BBC Brasil revelou a existência de “fazendas de perfis falsos”: por R\$ 1,2 mil por mês, uma pessoa controlava 18 personas no Facebook e no Twitter para elogiar um candidato ou compartilhar o que mandavam. Esses fakes atuaram em 2014 e seguem atuando. Nos EUA, houve um certo pânico sobre o alcance dos sites criados para espalhar notícias falsas. Descobriu-se que jovens na pequena Macedônia estavam lucrando ao espalhar fakenews como a de que o papa Francisco apoiava Trump. Incontáveis artigos foram escritos pedindo que as grandes plataformas online tomassem alguma providência.

Não sabemos quantos perfis fakes ou sites de fakenews existem. Talvez isso não seja relevante. A questão é que o foco nessas novas modalidades de campanhas difamatórias ou clques compradas – que sempre existiram – desviam a nossa atenção para problemas mais profundos do debate político. E pior: viram escudo para candidatos e uma forma de aumentar a própria polarização. Não à toa o termo “fakenews” foi rapidamente apropriado por políticos que de fato mentem. Donald Trump, o presidente da Síria Bashar al-Assad e o venezuelano Nicolás Maduro incorporaram o termo “fakenews” em seus discursos para desmerecer qualquer acusação, ou seja, em um intervalo de um ano, o problema passou de “fazendas de fakenews” para “políticos usando o termo fakenews”. Isso dá uma mostra de que o real problema era outro: a total descrença de parte importante da população nas instituições. Notícia acusando o seu candidato? “Fakenews”. Condenação na Justiça? “Dois pesos e duas medidas”.

A repercussão gerada por esses fatos fez com que Google, Facebook, Microsoft e Twitter se unissem para combater a disseminação de notícias falsas, lançando

um projeto destinado a criar padrões de conteúdo para dificultar o compartilhamento de Fake News.

FAKE NEWS E O DIREITO ELEITORAL

A Internet não é terra sem lei; prova disso foi o surgimento recente na legislação pátria reguladora do setor, chamada de Marco Civil da Internet, a saber: a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, a qual, entre outras normas específicas prevê a possibilidade de responsabilização de sites e de terceiros contra a manifestação na rede mundial de computadores eivadas de ilegalidade, seja atentando contra a imagem e a honra alheias ou até mesmo difundindo informação inverídica.

A própria Lei das Eleições (Lei nº 9504/97, alterada pela Lei nº 12.034/2009 e recentemente pela última reforma eleitoral no país: Lei nº 13.488/2017), bem como os artigos 242 e 243 do vigente Código Eleitoral (Lei nº 4737/65), vedam práticas ilegais que extrapolam o exercício do direito de manifestação na internet, quando, por exemplo, ocorre lesão irreversível à imagem e à honra pessoal de um candidato.

A mais recente reforma eleitoral procedida pela Lei nº 13.488/17 destacou que não é permitida a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear identidade (art. 57-B, §2º da Lei das Eleições – “perfil falso”), cuja violação sujeita o usuário responsável pelo conteúdo e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou em valor equivalente ao dobro da quantia despendida, se esse cálculo superar o limite máximo da multa.

Dessa forma, a requerimento de candidato, partido ou coligação, observado o rito do art. 96 da Lei das Eleições, a Justiça Eleitoral poderá determinar, no âmbito e nos limites técnicos de cada aplicação de internet, a suspensão do acesso a todo conteúdo veiculado que deixar de cumprir as disposições legais, devendo o número de horas de suspensão ser definido proporcionalmente à gravidade da infração cometida em cada caso, observado o limite máximo de vinte e quatro horas, conforme arts. 57-A; I e J da Lei nº 9504/97.

PROIBIÇÃO DA FAKE NEWS NA PROPAGANDA ELEITORAL

É prática corriqueira nas eleições usar de militantes ou pessoas contratadas para criar e divulgar acusações destinadas a desacreditar certos candidatos.

Em busca da preservação da lisura e da ética na propaganda eleitoral, a lei prevê diversas proibições à sua veiculação, preservando-se, assim, a integridade da propaganda eleitoral. Dentre tais proibições, encontra-se a vedação de veiculação de propaganda ofensiva à honra de candidato, em razão de injúria, calúnia ou difamação, bem como a vedação de veiculação de afirmação sabidamente inverídica. Nesse sentido, o art. 58 da Lei nº 9.504/97 e o art. 243 do Código Eleitoral vedaram a prática dessas condutas:

Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido político ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

Art. 243. Não será tolerada propaganda:

(...)

IX – que calunie, difame ou injurie qualquer pessoa, bem como atinja órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

As falsas notícias também são proibidas pelo art. 242, do Código Eleitoral, segundo o qual:

Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. (Redação dada pela Lei nº 7.476, de 15.5.1986)

Os referidos dispositivos deixam claro que afirmações caluniosas, injuriosas, difamatórias ou sabidamente inverídicas são proibidas, bastando a configuração de apenas uma destas afirmações para ensejar o direito de resposta e/ou outras sanções.

Todavia, infelizmente, é prática comum, mormente no período das eleições, a veiculação de propagandas e discursos com o escopo de ridicularizar e degradar a imagem de candidatos. Tudo – ou quase tudo – no fundo, é feito sempre – ou quase sempre – sem a menor preocupação com a importância das eleições. É quase uma aposta no caos; tudo sem se perguntar, dada a importância das eleições, qual a contribuição que tais posturas oferecem aos eleitores (destinatários daquelas “informações”).

Não se trata aqui de um suposto conflito entre princípios, até porque a Constituição e o Código Eleitoral tutelam o princípio da liberdade de expressão, mas vedam posturas ardilosas e abusivas.

A honra é formada por um conjunto de atributos morais ou profissionais da pessoa. Ela é sentida pela própria pessoa em relação a si mesma, ou seja, o que ela pensa de si mesma e pelas demais pessoas da sociedade, configurando-se a reputação da pessoa perante à sociedade. Portanto, uma propaganda destinada a propagar campanha difamatória ou injuriosa deve ser proibida pela Justiça Eleitoral, principalmente quando faz uso de expressões pejorativas com o objetivo de atingir a honra de qualquer candidato.

Nesses casos o direito de resposta poderá ser exercido como medida processual, em conformidade com o disposto no art. 58, da Lei nº 9.504/97.

Acresce-se ainda que a Justiça Eleitoral é investida de Poder de Polícia para inibir práticas ilegais de cunho propagandístico eleitoral, ou que venham extrapolar o exercício abusivo do direito de manifestação de pensamento, notadamente, com caráter sensacionalista e oportunista, prejudicial irreversível à imagem e à honra pessoal de terceiros, entre outros, assim estabelece o § 2º, do artigo 41, da Lei nº 9.504/97:

Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)


CONCLUSÃO

Diante desse cenário, e do potencial danoso que as notícias falsas podem provocar é imprescindível que a Justiça Eleitoral dê respostas imediatas a essas demandas, devendo, inclusive, criar canais direto de contato com os provedores de internet e redes sociais, para excluir de forma célere tais “fakenews”, pois ofensas após perpetradas são difíceis de serem reparadas.

Nesse sentido, para efetivar a aplicação do direito material, e coibir a divulgação das notícias falsas, a Justiça Eleitoral pode-se valer, nos casos concretos, do que dispõe o novo CPC, aplicável subsidiariamente ao processo eleitoral, acerca dos poderes cautelares ao Juiz, no capítulo referente aos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, conforme se depreende do art. 139, IV, para:

“IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniárias”.

Ladeado a tal norma, resta confirmada, como visto, que a Justiça Eleitoral é investida de Poder de Polícia para inibir práticas ilegais de cunho propagandístico eleitoral, ou que venham extrapolar o exercício abusivo do direito de manifestação de pensamento, conforme estabelece o § 2º, do artigo 41, da Lei 9504/97.

Daí decorre, dentre outras coisas, que se não houver uma resposta rápida e eficaz na exclusão das notícias falsas, a Justiça pode deixar de responder corretamente à função que lhe foi confiada pela nação, como guardiã maior da democracia eleitoral, sobretudo porque, como se pode observar dos art. 497, parágrafo único, 536 e 537, todos do NCPC, houve clara aposta nos Juízes, dados os poderes que lhes foram conferidos para efetivarem os direitos. 

NOTAS

- 1 Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). *Economia da Informação 2017: Digitalização, Comércio e Desenvolvimento*. Publicação: out. 2017. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ier2017_en.pdf> Acesso em: 12/06/2018.
- 2 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad C)*. Brasília: fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149> Acesso em: 12/06/2018.
- 3 Relatório disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>> Acesso em: 12/06/2018.
- 4 Jornal O Globo. Blog Panorama Político. *Coluna do Ilmar Franco de 31/12/2016*. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/panorama-politico/post/redes-sociais-e-o-barateamento-das-eleicoes.html>> Acesso em: 12/06/2018.
- 5 BURGOS, Pedro. *Nas eleições de 2018, desconfie da sua desconfiança*. Super Interessante. 2 fev 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/opiniao/nas-eleicoes-de-2018-desconfie-da-sua-desconfianca/>> Acesso em: 12/06/2018.

ARQUIVO PESSOAL



ALLAN TITONELLI NUNES é Procurador da Fazenda Nacional, Especialista em Administração Pública pela FGV, Especialista em Direito Tributário e em Direito Eleitoral, Ex-Presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP).

ARQUIVO PESSOAL



MÁRCIO VIEIRA SANTOS é Advogado Eleitoralista, Doutor em Direito e em Ciência Política e Relações Institucionais. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP). Membro das Comissões de Direito Constitucional e Eleitoral do IAB.

Inovações sustentáveis precisam estar em conformidade com a lei

■ POR PATRICIA PECK PINHEIRO

O meio digital e suas oportunidades de inovação permitem quebrar paradigmas e trazer grandes saltos evolutivos para os negócios. Mas devemos ter muito cuidado para que os avanços sejam sustentáveis e que os novos modelos de negócios não terminem gerando um ônus social maior do que o ganho econômico prometido, afinal não pode ser apenas bom para alguns poucos, precisa ser viável no longo prazo para fomentar o bem-estar da sociedade.

Claramente, não se pode gerar barreiras à livre-iniciativa, e muitas vezes nos deparamos com momentos na história em que a força motriz da indústria irá ditar as novas regras do jogo e muitas leis terão que ser reescritas para se readequar ao novo “contrato social” estabelecido. Mas é fundamental que a equação esteja bem clara e transparente. Se houver desequilíbrios, caberá ao ente público intervir para equacionar os interesses conflitantes, especialmente no que tange à proteção do consumidor-cidadão e da livre concorrência.

A chamada economia digital propiciou uma mudança global nas formas de fazer negócios, seja realizando um pagamento com uma criptomoeda ou então realizando uma transação através de um novo tipo de Fintech. As novidades se multiplicam, e o disruptivo parece ter se tornado a palavra de ordem no mercado.

Dentre tantas inovações, já é possível usar aplicativos para emprestar dinheiro entre pessoas (*peer to peer*), por exemplo.

Toda vez que me deparo com essas novidades, analiso as regras contratuais (os termos de uso e políticas de privacidade) e percebo que tem sido muito comum a aplicação do princípio da “exclusão máxima da responsabilidade sobre tudo”. Logicamente isso não é possível e nem aplicável, e pode ser questionado em qualquer tribunal, principalmente no tocante ao que tiver relação direta com o risco do próprio negócio. Mas por que então essas empresas surgidas da nova onda de inovação digital têm essa prática? Acaba sendo prejudicial para o mercado, pois pode gerar precedentes negativos, além de trazer a antipatia dos Magistrados para esse novo mercado em ascensão.

Precisamos construir empresas mais conscientes, responsáveis, e isso sim deveria atrair investidores. Por certo, um investidor sério, que realize um *due diligence* digital mais aprofundado, e que veja esse tipo de termo de uso que se exime de toda e qualquer responsabilidade, já saberia que é risco, não apenas jurídico ou financeiro, mas, pior, um risco reputacional.

Se queremos construir uma nova cultura digital, que o consumidor consuma produtos e serviços digitais, que o investidor aposte nas *startups* digitais, temos que trazer também um empresário que assuma a responsabilidade do risco do



“Não importa quais serão as novas tecnologias que se inventem, mas ter uma boa política de relacionamento com o cliente e saber fidelizar ainda vai fazer toda a diferença. Uma crise de imagem digital pode fechar a porta de um negócio, e um precedente negativo judicial prejudica não só a marca envolvida, mas todos os que estão atuando naquele segmento.”

negócio digital, que calcule o risco, que escreva bem o contrato, que provisione recursos para eventuais contingências, que contrate um seguro de *cyber* (já existem apólices específicas para isso), que evite usar uma redação jurídica qualquer, que seja genérica demais ou pega de qualquer lugar sem muita profundidade ou que simplesmente copiou da internet e que se torne então facilmente questionável no judiciário, colocando a perder não apenas toda uma estratégia de negócios mas quem sabe até contaminando todo o segmento em que atua.

O troco pode ser dado não apenas com a sentença de um juiz, mas pode também vir com uma canetada de um deputado que aprove uma regulamentação muito mais rigorosa, que coloque em risco todos que estão operando corretamente no mercado.

DISRUPÇÕES PRECISAM SER SUSTENTÁVEIS

Apenas como exemplos do que vem ocorrendo em retorno dos negócios muito disruptivos que ignoram a necessidade do equilíbrio natural entre economia e sociedade (ganho econômico e custo social), temos os debates sobre a regulamentação da robotização na Europa, sobre o *Credit Score*, sobre o uso de *Cloud Computing* no mercado financeiro, sobre a oferta de crédito pelas Fintechs, sobre o uso de criptomoedas, sobre carros autônomos, sobre internet das coisas, entre outros.

A inovação disruptiva tem que ser sustentável, e seus impactos econômicos e sociais devem ser considerados.

Mesmo que a empresa se coloque como apenas um local de aproximação das partes, pelo fato de cadastrar ambas e intermediar a relação negocial, há o entendimento de que também poderia ser responsabilizada, por ser um risco do próprio negócio de sua plataforma digital. Por isso, é recomendável o uso de um seguro, ou a feitura de um provisionamento para situações de devedores duvidosos.

Já começar o negócio, qualquer que seja, de aplicativo de táxi ao uso de *drones* ou crédito *peer to peer*, dizendo que não responde por qualquer risco ou dano é atrair a mão pesada do regulador.

Logo, a melhor estratégia para a inovação disruptiva é o mercado pensar a inovação já com uma autorregulamentação associada a ela (um código de ética no formato de *soft-law*), já com um sistema de *checks and balances*, de medidas de pesos e contrapesos, de medidas de controles e equilíbrios de garantias a consumidor e a concorrência, com alguma fórmula de solução de conflitos também em plano digital-internacional (para evitar tudo ter que parar no judiciário), assim como já em um padrão que possa ser internacionalizado (como são as ISOs), para evitar que tudo gere leis nacionais distintas.


Para garantir que haja confiabilidade e bom desempenho dos negócios, é necessário também assegurar a devida proteção contratual, incluindo a adequação para o cumprimento das exigências legais, a implantação de Políticas de Privacidade, Termos de Uso, o que pode e deve ser feito inclusive na própria interface da plataforma digital, por meio das vacinas legais.

O princípio da livre economia é o de que os mercados possam se autorregular, ou seja, a intervenção do Estado deve ser mínima, excepcional, em casos em que haja uma tendência a falha ou desequilíbrio que coloque em risco seja o consumidor, o meio ambiente ou a concorrência.

No caso da inovação disruptiva, só deve haver regulamentação daquilo que puder comprometer um ambiente saudável, seguro e competitivo. Quando há esse tipo de transformação, o maior desafio não é o de mudar as regras do jogo, e sim o de elas não estarem claras, provocando desequilíbrios. Mas devemos, por outro lado, ter muito cuidado com excessos de regulamentações que possam ter outra justificativa como a de preservar o *status quo*, interesses estabelecidos ou monopólios. No final, deve-se buscar garantir o bem-estar dos usuários, sua proteção e combater a concorrência desleal.

DESDOBRAMENTOS LEGAIS

Atualmente, quem investe nesse tipo de negócio seja em *criptomoedas* seja em empréstimo entre pessoas (*peer to peer*), corre o risco de buscar seus direitos na Justiça se não for honrado o pagamento (não ser cumprida a obrigação). É aí que começa o problema. Dependendo do *site* em que a pessoa operou (ou aplicativo), estará sob uma jurisdição nacional ou estrangeira, com um custo talvez que, como pessoa física (consumidor), possa ou não assumir. E por isso é tão importante saber quão parceiro o fornecedor será para ajudá-la a resolver o problema (qual sua política de atendimento de consumidor). Isso, convenhamos, foi o que fez toda a diferença para a Amazon virar a Amazon quando a internet estava só no começo (construir a confiança do cliente).

Não importa quais serão as novas tecnologias que se inventem, mas ter uma boa política de relacionamento com o cliente e saber fidelizar ainda vai fazer toda a diferença. Uma crise de imagem digital pode fechar a porta de um negócio, e um precedente negativo judicial prejudica não só a marca envolvida, mas todos os que estão atuando naquele segmento. 



ARQUIVO PESSOAL

PATRICIA PECK é advogada especialista em Direito Digital com 18 livros publicados, pesquisadora convidada do Instituto Max Planck da Alemanha e da Columbia University de NYC (EUA). Professora Convidada da Universidade de Coimbra de Portugal e da Universidade Central do Chile. Professora coordenadora da pós-graduação de Inovação e Direito Digital da FIA. Doutoranda em Direito Internacional na USP. Eleita “Top of Mind” na categoria “Compliance Digital” na premiação realizada pela LEC Legal, Ethics & Compliance (2017). Sócia-fundadora do escritório Patricia Peck Pinheiro Advogados, da empresa de cursos Peck Sleiman EDU, e presidente do Instituto iStart de Ética Digital, responsável pelo Movimento Família Mais Segura na Internet.

Inteligência artificial ou estratégica?

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

“O grande desafio dos gestores jurídicos (sejam proprietários de escritórios ou diretores de departamentos jurídicos) é a mudança do mercado, que cada vez mais espera e exige empresas mais ágeis, com soluções inovadoras e menos custosas.”

Estamos vivendo uma verdadeira febre (“*hype*” para os mais chics) de publicações, discussões e prognósticos sobre os efeitos da aplicação da Inteligência Artificial nos serviços Jurídicos e na profissão do Direito. Não estou alheio às evoluções tecnológicas; não sou cético nem refratário a elas, muito ao contrário, sempre fui e serei amante e muito curioso com tudo que a tecnologia nos reserva para o futuro. Também não tenho a visão “*dark*” sobre o futuro como alguns autores e cineastas pregam, mas por outro lado, não vejo um “caminho de rosas”. A minha visão é mais pragmática e enxergo a tecnologia, no caso da profissão do Direito, como uma ferramenta de extrema utilidade, mas sempre uma ferramenta!

Não vamos nos iludir. O efeito que a tecnologia e especificamente a IA irá causar nos serviços será sem precedentes e não me atrevo a prever como será o futuro próximo. Porém, uma coisa é certa: essas mudanças exigirão uma adaptação enorme de todos os profissionais envolvidos nesse mercado!

Faço uma analogia com o que ocorreu com a profissão dos torneiros mecânicos na indústria. Nas décadas de 70 e 80 essa profissão era a mais bem cotada e bem remunerada, pois apenas uns poucos bons sabiam manejar os tornos e conseguiam criar as peças contidas nos projetos precisamente (com tolerâncias mínimas dimensionais) por conta de suas habilidades manuais para manejar aquela máquina complicada. Com o advento dos tornos computadorizados, a profissão de torneiro mecânico não foi extinta, mas todos aqueles profissionais tiveram que se adaptar e desenvolver outros atributos e hoje esses profissionais tem que ter habilidades para operar computadores e não “colocam mão na máquina” mais.

Outro ponto a ser considerado é que a Inteligência Artificial ainda engatinha no campo de sua utilização nos textos, palavras e linguagem oral e escrita. Lembremos que as tecnologias de busca de palavras (Google) deslanchou no final dos anos 90 e aquelas envolvidas em tratamento de números (bancos de dados relacionais) datam do início dos anos 60, ou seja, um gap de 40 anos, pelo menos. Na

atualidade a grande maioria dos sistemas mais recentes desenvolvidos utilizam uma série de algoritmos matemáticos / estatísticos, de cognição semântica, de “*machine Learning*” e tudo isso associado a um aumento exponencial na capacidade de processamento dos computadores atuais.

Tudo isso contribui de maneira decisiva para o aumento da produtividade dos advogados, permitindo que diminuam em mais de dez vezes os tempos necessários para a produção de documentos, mas não interferem na capacidade e nas escolhas das decisões gerenciais e estratégicas que devem ser tomadas por seus gestores.

Como tenho reiterado, o grande desafio dos gestores jurídicos (sejam proprietários de escritórios ou diretores de departamentos jurídicos) é a mudança do mercado, que cada vez mais espera e exige empresas mais ágeis, com soluções inovadoras e menos custosas.

Nesse ponto é que entra a Inteligência Estratégica!

O conjunto de pensamentos de como enfrentar e vencer nesse mercado cada vez mais competitivo é o que na língua inglesa, sempre muito mais concisa, se define o como o “*mindset*”.

Esse *mindset* deve ser mais abrangente que a simples busca do aumento de produtividade (que também deve ser perseguida), mas deve também contemplar:

– A análise de todas as estatísticas internas financeiras, de dedicação dos profissionais (timesheets), de eficiência nas cobranças, na acuidade orçamentaria, na qualidade na precificação de propostas, etc., ou seja, ser uma gestão “*data centric*”.

– A análise dos mercados e dos *players* (concorrentes e consumidores) por meio de uso da chamada “*big data*”, identificando tendências, a competição e as mudanças de comportamento.

– A mudança da visão de toda a organização para enxergar os compradores de seus serviços como consumidores e não como clientes.


– A mudança na postura de fornecedor de serviços para efetivo parceiro, entendendo profundamente do negócio de seu cliente/consumidor auxiliando-o juridicamente e participando ativamente nas suas decisões estratégicas.

– A constante busca pela inovação nos seus serviços tentando sempre surpreender os clientes e não simplesmente satisfazê-los. Contradizendo a matemática, criar uma condição onde o necessário NÃO é o suficiente.

– A busca da efetiva solução para o negócio de seu cliente, agregando o máximo valor possível (mesmo que seja propor um acordo). Lembrando sempre que a melhor solução para o negócio do cliente pode não ser obrigatoriamente a melhor solução jurídica.

– A mudança da própria auto visão: os escritórios de advocacia, a mudança para “*empresa prestadora de serviços intelectuais jurídicos*” e os departamentos jurídicos a mudança para “*parceiro estratégico legal do CFO*”.

– A gestão profissional de sua empresa, principalmente na avaliação correta de seus sócios e sua relativização racional.

A Inteligência Artificial veio para somar e não para substituir. A melhor empresa será aquela que utilizar a Inteligência Artificial para maximizar a sua Inteligência Estratégica! 



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



A realidade do cárcere no Brasil em números

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“As condições atuais do cárcere fazem com que a partir da ociosidade em que vivem os detentos, estabeleça-se o que se convencionou chamar de “subcultura carcerária”, um sistema de regras próprias no qual não se respeita a vida, nem a integridade física dos companheiros, valendo intramuros a “lei do mais forte”, insusceptível, inclusive, de intervenção oficial de qualquer ordem.”

O Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP - apresentou, no último dia 18 de junho, o Projeto Sistema Prisional em Números, com o objetivo de conferir maior visibilidade e transparência aos dados do sistema prisional brasileiro, a partir das visitas ordinárias realizadas pelos membros do Ministério Público de todo o País.¹

Os dados mostram que a taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, considerado o total de 1.456 estabelecimentos penais no País. Na região Norte, por



exemplo, os presídios recebem quase três vezes mais do que podem suportar. Um número que chama atenção é o de estabelecimentos em que houve mortes, tendo como período de referência março de 2017 a fevereiro de 2018. Do total de 1.456 unidades, morreram presidiários em 474 delas. O sistema mostra, ainda, que em 81 estabelecimentos houve registro interno de maus-tratos a presos praticados por servidores e em 436 presídios foi registrada lesão corporal a preso praticada por funcionários.

O levantamento também traz informações sobre os serviços prestados aos presos. Na região Nordeste, por exemplo, mais da metade (58,75%) dos estabelecimentos não dispõe de assistência médica. Por sua vez, em relação à assistência educacional, 44,64% das unidades brasileiras não a oferecem aos internos.

Outras informações que podem ser colhidas no sistema são os referentes à mulher no cárcere. São 399 presas gestantes no país, o que representa 1,18% do total. Por sua vez, o percentual de mulheres realizando trabalho interno é de 26,10%, sendo possível ver também os percentuais relativos aos trabalhos externo, voluntário e remunerado.²

Tais dados corroboram os números divulgados em dezembro do ano passado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN³), segundo o qual o Brasil é o terceiro país com mais presos no mundo. De acordo com o levantamento, a população carcerária no ano de 2015 foi de 698.618, e de 726.712 em 2016. A comparação com outras nações só foi feita em 2015. Naquele ano, o Brasil (698,6 mil) ultrapassou a Rússia (646,1 mil) e só ficou abaixo de Estados Unidos (2,14 milhões) e China (1,65 milhão). Logo após o Brasil, vem a Índia, em quinto, com 419,62 mil detentos. O Marrocos tem a menor população carcerária em números absolutos: 79,37 mil.

Ainda segundo o estudo, o número de internos mais do que dobrou em relação a 2005, quando 316,4 mil pessoas estavam presas. Em 1990, começo da série histórica, a quantidade era oito vezes menor do que a de hoje: 90 mil. O Brasil é o terceiro em taxa de ocupação das cadeias (188,2%), atrás apenas de Filipinas (316%) e Peru (230,7%), e o quarto em taxa de aprisionamento por cem mil habitantes. O índice brasileiro, ainda para 2015, é de 342, menor somente do que Estados Unidos, Rússia e Tailândia.

Os estados com maior taxa de ocupação nas prisões são Amazonas, Ceará, Pernambuco, Paraná e Alagoas. O Espírito Santo tem a menor taxa, mesmo assim enfrenta superlotação. A pesquisa também mostrou que, a despeito de 53% da população brasileira acima de 18 anos ser negra, e 46% branca, na prisão a estatística é de 64% negros e 35% brancos.⁴

Se divididos por idade, os presos da maior fatia serão os jovens, de 18 a 24 anos: 30%. A seguir, vêm as faixas de 25 a 29 anos, com 25%; 30 a 34 anos, com 19%; e 35 a 45 anos, com os mesmos 19%. Somando-se os dois maiores percentuais: 55% dos detentos brasileiros têm de 18 a 29 anos.

Outra realidade também comprovada pela pesquisa do INFOPEN diz respeito às doenças sexualmente transmissíveis. A incidência do vírus da AIDS é 138 vezes maior do que a constatada na população geral. Em 2015, a proporção nas carceragens da doença foi de 2.189,9 casos para cem mil detentos, enquanto em geral foi de 15,8 para cem mil habitantes. Observa-se que neste aspecto, somente 52% das prisões enviaram dados ao Ministério da Justiça.

Constatou-se também que os três tipos mais comuns de crimes são praticados sem violência, contra o patrimônio e os relacionados com as drogas. De 608.611 crimes tentados ou consumados no ano passado, 271.413 foram contra o patrimônio, 81.393 contra a pessoa, e 172.241 relativos às drogas.

Também ficou comprovado empiricamente que os presos têm quatro vezes mais chances de cometer suicídio do que a população brasileira total. No ano de 2015, foram anotados 5,5 suicídios para cada cem mil habitantes, ao passo que atrás das grades a taxa foi de 22,2 para cada cem mil detentos. Oitenta e oito por cento dos presos não estão envolvidos em qualquer atividade educacional, como ensino escolar e atividades complementares. Já em relação a trabalho, dentro e fora das cadeias, a fatia que fica alheia é de 85%.

Por outro lado, 40% dos presos não foram condenados. De 2000 para cá, o percentual de presos provisórios tem crescido. Os 40% atuais já foram 22% em 2003 e 35% em 2000. Os demais presos, que já foram sentenciados se dividem da seguinte maneira: 38% estão em regime fechado, 15%, em semiaberto e 6%, em regime aberto. A maior fatia identificada pelo levantamento de 2016, em relação ao tempo de pena, foi o de quatro a oito anos, com 31%. Em seguida aparece a pena de oito a 15 anos, com 23%, e de dois a quatro anos, com 16%.⁵

Estes números impressionam, traduzindo friamente uma tragédia nacional. Mostram que o cárcere ainda é concebido como *prima ratio* para a questão da violência e da segurança pública, quando deveria ser rigorosamente o contrário. É de Hulsman a seguinte afirmação: “Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Vemo-nos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.”⁶

O próprio sistema carcerário brasileiro revela o quadro social reinante neste País, pois nele estão “guardados” os excluídos de toda ordem, basicamente aqueles indivíduos banidos pelo injusto e selvagem sistema econômico no qual vivemos,

cuja faceta mais odiosa é o neoliberalismo. O nosso sistema carcerário está repleto de pobres e isto não é, evidentemente, uma “mera coincidência”. Ao contrário: o sistema penal, repressivo por sua própria natureza, atinge tão-somente a classe pobre da sociedade. Sua eficácia se restringe, infelizmente, a ela. As exceções que conhecemos apenas confirmam a regra.

Isso se dá porque, via de regra, a falta de condições mínimas de vida (como, por exemplo, a falta de comida, educação, higiene, lazer), leva o homem ao desespero e ao crime. Assim, aquele que foi privado durante toda a sua vida (principalmente no seu início) dessas mínimas condições estaria mais sujeito ao cometimento do delito pelo simples fato de não haver para ele qualquer outra opção; há exceções, é verdade, porém estas, de tão poucas, apenas confirmam a regra.

De forma que esse quadro socioeconômico existente no Brasil – acrescido de uma questão seríssima que é a nossa herança escravagista –, revelador de inúmeras injustiças sociais, leva a muitos outros questionamentos, como por exemplo: para que serve o nosso sistema penal? A quem são dirigidos os sistemas repressivo e punitivo brasileiros? E o sistema penitenciário é administrado para quem? E, por fim, a segurança pública é, efetivamente, apenas um caso de polícia?

Ao longo dos anos a ineficiência da pena de prisão na tutela da segurança pública se mostrou de tal forma clara que chega a ser difícil qualquer contestação a respeito. Em nosso País, por exemplo, muitas leis penais puramente repressivas estão a todo o momento sendo sancionadas, como as leis de crimes hediondos, a prisão temporária, a criminalização do porte de arma, a lei de combate ao crime organizado, etc., sempre para satisfazer a opinião pública (previamente manipulada pelos meios de comunicação), sem que se atente para a boa técnica legislativa e, o que é pior, para a sua constitucionalidade. E, mais: o encarceramento como base para a repressão.

Querer, portanto, que a aplicação da pena de privação da liberdade resolva a questão da segurança pública é desconhecer as raízes da criminalidade, pois de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis...


A miséria econômica e cultural em que vivemos – aliada ao racismo entranhado em nossa sociedade - é, sem dúvida, a responsável por este alto índice de encarceramento existente hoje em nosso País; tal fato se mostra mais evidente (e mais chocante) quando se constata o número impressionante de crianças e adolescentes infratores que já convivem, desde cedo e lado a lado, comum sistema de vida diferenciado de qualquer parâmetro de dignidade, iniciando-se logo na marginalidade, na dependência de drogas lícitas e ilícitas, no absoluto desprezo pela vida humana (inclusive pela própria), no ódio e na revolta.

A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muita vez, torna-se mais uma *via crucis*, pois são homens fisicamente libertos, porém de tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado.

Como diz Loïc Wacquant: “a gestão penal da insegurança social alimenta-se de seu próprio fracasso programado.”⁷ Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

A propósito, Mathiesen avalia que “se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão, assim como as outras partes do sistema de controle criminal, as protegem – de fato, se elas soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas –, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já. Porque as pessoas, em contraste com as prisões, são racionais nesse assunto. Mas a informação fria e seca não é suficiente; a falha das prisões deveria ser ‘sentida’ em direção a um nível emocional mais profundo e, assim fazer parte de nossa definição cultural sobre a situação.”⁸

Ademais, as condições atuais do cárcere fazem com que a partir da ociosidade em que vivem os detentos, estabeleça-se o que se convencionou chamar de “subcultura carcerária”, um sistema de regras próprias no qual não se respeita a vida, nem a integridade física dos companheiros, valendo intramuros a “lei do mais forte”, insusceptível, inclusive, de intervenção oficial de qualquer ordem.


Para concluir, vejamos o que escreveu Marat, no final do século XVIII: “es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.”⁹ 

NOTAS

- 1 <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>, acessado em 18 de junho de 2018.
- 2 Confira a pesquisa completa: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>
- 3 O INFOPEN é um banco de dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.
- 4 O INFOPEN considerou a categoria negra como a soma das categorias preta e parda.
- 5 <https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270>, acessado em 08 de dezembro de 2017.
- 6 HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão*. Niterói: Luam, 1997, p. 69.
- 7 WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 145.
- 8 MATHIESEN, Thomas. *Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 275.
- 9 MARAT, Jean Paul. *Plan de Legislación Criminal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.



As varas especializadas de falência e recuperação judicial de competência regional

■ POR DANIEL CARNIO COSTA

“A criação das Varas Especializadas de competência regional viabilizará que todos os processos de falência e recuperação do Brasil sejam julgados por juízes especializados, com experiência na matéria, e que já atuaram em diversos outros processos dessa natureza – na medida em que essa será a única atribuição desses juízes.”

IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Atualmente, a grande maioria dos juízes que cuidam de falência e recuperação judicial não são especializados. Conforme se observa das Leis de Organização Judiciárias dos Tribunais Estaduais, nas pequenas Comarcas (que são as mais numerosas), existe apenas um único juiz com competência para julgar todos os feitos cíveis (incluindo Fazenda Pública, Execução Fiscal, Família, Sucessões, Registros Públicos, Infância e Juventude e Falência e Recuperação Judicial) e criminais. Nas Comarcas médias, já se observa uma pequena especialização de matérias, separando-se entre os juízes as competências cíveis e criminais. Somente nas grandes Comarcas há maior especialização, encontrando-se Varas Especializadas Cíveis, de Fazenda Pública, de Família, de Infância e Juventude, criminais, dentre outras.

Entretanto, mesmo nas grandes Comarcas, existem poucas Varas especializadas em Falência e Recuperação de Empresas. Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem Varas Especializadas em Falência e Recuperação Judicial apenas em 17 Comarcas no Brasil, localizadas em São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Belo Horizonte, Curitiba, Porto Alegre, Fortaleza, Campo Grande, Florianópolis, Cuiabá, Vitória, Juiz de Fora/MG, Contagem/MG, Uberaba/MG, Montes Claros/MG, Macapá/AP e Novo Hamburgo/RS.

E muitas dessas Varas supostamente especializadas não são efetivamente especializadas, na medida em que acumulam competências distintas. Por exemplo, as

Varas de Florianópolis e Campo Grande têm também competência para Cartas Precatórias e a Vara de Cuiabá tem competência cumulativa cível.

Conforme constatado em inspeções realizadas pelo CNJ (durante o programa criado pela Min. Nancy Andrighi), muitas das Varas supostamente especializadas não são dotadas de juízes efetivamente especializados, na medida em que as competências que lhe são cumuladas – e que não guardam qualquer relação com falência e recuperação de empresas – ocupam a maior parte do tempo de suas atuações (como cartas precatórias e execução de precatórios e/ou feitos relacionados à Fazenda Pública ou de competência cível).

E mais.

Conforme dispõe a Lei nº 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), a falência e a recuperação judicial deverão ser distribuídas perante o juízo do principal estabelecimento da empresa devedora. Considerando que existem apenas 17 Comarcas com juízos especializados na matéria, conclui-se que a grande maioria dos processos de falência e recuperação judicial serão conduzidos e julgados por juízes que não são especializados nessa matéria. Na prática, considerando a realidade dos milhares de pequenos e médios municípios do Brasil, esses juízes não especialistas conduzirão – em muitos casos – sua primeira e última falência e/ou recuperação judicial.

Identifica-se, portanto, um grande problema: as questões decorrentes de falência e recuperação judicial são extremamente complexas e específicas, exigindo uma grande especialização daqueles que atuam nessa matéria. Entretanto, a maioria das falências e recuperações judiciais no Brasil são conduzidas por juízes que não tem especialização nessa área e que não possuem prática suficiente para julgar essas questões.

E não é só.

Além de tratar de matérias de direito muito específicas – bem como de questões multidisciplinares em economia, administração de empresas e contabilidade –, as falências e recuperações judiciais têm um grande impacto social e econômico. Em muitos casos, a atuação da empresa devedora é fundamental para a sociedade local e sua economia. A empresa devedora gera empregos, tributos, receitas e fornece produtos e serviços importantes para determinada região. E justamente o processo de insolvência dessa empresa, que gera tanto impacto social e econômico, será conduzido e julgado por um juiz que não é especializado na matéria e que não possui experiência e familiaridade com as questões que terá de enfrentar.

A SOLUÇÃO DO PROBLEMA – VARAS ESPECIALIZADAS DE COMPETÊNCIA REGIONAL – CRIAÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR DE CADA ESTADO

O certo seria que cada Comarca possuísse uma Vara especializada em Falência e Recuperação Judicial. Entretanto, como parece óbvio, não faz sentido a criação de milhares de Varas Especializadas em pequenas e médias cidades que não possuirão movimento judiciário suficiente para justificar sua criação, de modo que os juízes especializados trabalhariam com pouquíssimos casos e, muitas vezes, seriam juízes de um único caso. Isso seria antieconômico.

Como então fazer para que todas as falências e recuperações judiciais sejam julgadas por juízes especializados sem incidir na lógica antieconômica acima mencionada?

Devem ser criadas Varas Especializadas em falência e recuperação de empresas com competência territorial abrangente e não limitada à Comarca onde se encontra. São as Varas de Falência e Recuperação Judicial de competência regional.

Assim, por exemplo, divide-se o Estado de São Paulo em regiões, criando-se uma Vara de Falências e Recuperações Judiciais em cada uma dessas regiões, de modo que todos os processos dessa natureza, independentemente de se referirem a empresas localizadas em pequenos e médios municípios, serão julgadas por um juiz especializado, que será aquele com competência para a determinada região em que se insere o município.

No caso do Estado de São Paulo, já existe um projeto de lei estadual encaminhado à Assembleia Legislativa (Projeto de Lei Complementar nº 47, de 2012), visando a criação de Varas de Competência Regional cuja jurisdição se estenderia a toda a área territorial da determinada Região (que inclui diversas Comarcas dentro das quais se localizam diversos municípios) ou Regiões, conforme será definido por resolução do TJSP em função do movimento processual e da adequada prestação jurisdicional.

Nesse sentido, se não se justifica a criação de uma Vara especializada em Falência e Recuperação Judicial na pequena Comarca de Morro Agudo/SP, certamente se justificaria a criação de uma Vara especializada em Ribeirão Preto/SP (sede da circunscrição) com competência para julgar falências e recuperações de toda a região nordeste do Estado de São Paulo, incluindo os casos de Morro Agudo/SP.

Isso seria aplicado em todos os Estados da Federação, de modo que qualquer processo de falência ou de recuperação judicial seria julgado por um juiz especializado e com competência para a determinada região dentro da qual se encontra a Comarca que sedia o principal estabelecimento da empresa devedora.

Os Tribunais Estaduais deverão criar as Varas de Competência Regional, na medida em que essa matéria é de competência estadual, enviando projetos de lei complementar para as respectivas Assembleias Legislativas. Evidentemente, cada Tribunal Estadual deverá dividir o território do Estado em tantas regiões quantas forem necessárias, de acordo com o movimento judiciário de falências e recuperações judiciais.

A título de sugestão, e numa análise perfunctória/intuitiva – baseada no volume de atividade industrial das regiões – me parece que os Estados do Norte e do Nordeste poderiam ter uma Vara de Falência e Recuperação Judicial com competência para todo o território do respectivo Estado. Nos Estados do Centro-Oeste, considerando a crescente atividade econômica lá desenvolvida (principalmente relacionada ao agronegócio), se justificaria a criação de duas ou três regiões em cada Estado, com uma Vara para cada região. Nos estados do Sudeste – a região mais industrializada do país – haveria uma divisão dos Estados em mais regiões, notadamente em São Paulo e Minas Gerais, que possuem uma extensão territorial maior. Nos Estados do Sul também deveria haver a divisão dos Estados em duas ou três regiões.

Desse modo, pode-se imaginar que existiriam no Brasil, no máximo, aproximadamente 60 juízes atuando em Varas Especializadas em falência e recuperação judicial com competência regional. Esse, em princípio, parece ser um número razoável para fazer frente ao movimento judiciário brasileiro em termos de processos de insolvência empresarial.

A título de informação, os Estados Unidos da América utilizam o sistema de Varas Regionais de Falência e Recuperação Judicial, existindo atualmente 250 juízes especializados atuando naquele País, divididos entre os 94 “federal districts”.

As Varas Especializadas de competência regional devem ser totalmente informatizadas, utilizando-se de processo digital. Dessa forma, elimina-se o problema do acesso à Justiça que poderia ser criado pelo fato de sua competência abrangente em área territorial extensa. Assim, as partes não precisariam se deslocar por

grandes distâncias para ter acesso ao processo. Esse acesso seria garantido pela internet (tecnologia acessível em praticamente todo o território nacional).

O processo digital já é realidade em boa parte dos Tribunais Estaduais. Desse modo, a criação das Varas Especializadas de competência regional nesse sistema digital não representaria um problema. Há tecnologia e expertise para essa providência.

A título de sugestão, o ideal é que essas Varas Especializadas de competência regional tivessem estrutura adequada para lidar com os feitos complexos e multidisciplinares de insolvência empresarial.

Nesse sentido, os juízes deveriam ter a possibilidade de nomear uma equipe multidisciplinar composta por 2(dois) assistentes jurídicos, 1(um) economista, 1(um) contador e 1(um) administrador de empresas.

Essa equipe deve ser, preferencialmente, formada por cargos em comissão de livre nomeação. Isso para não onerar o Estado com a contratação de funcionários públicos (com todos os encargos daí decorrentes) e para que seja mais fácil e ágil a troca e/ou substituição de assistentes que não atuem de maneira adequada.

Os custos da criação dessas Varas com a estrutura adequada seriam relativamente baixos, já que existiriam poucas Varas e aproximadamente 60 juízes. Além disso, esse custo seria certamente compensado pelos benefícios econômicos gerados pela atuação adequada das Varas, o que gerará um expressivo incremento na arrecadação de tributos pelos Estados.

VANTAGENS DA CRIAÇÃO DAS VARAS ESPECIALIZADAS DE COMPETÊNCIA REGIONAL

São muitas as vantagens da criação de varas regionais de falência e recuperação judicial.

EFETIVIDADE

Como já observado, os processos de insolvência empresarial envolvem questões muito especializadas e complexas e possuem, por outro lado, um impacto econômico e social muito grande nas regiões onde atuam as empresas em crise. Dependendo do porte da empresa, as consequências de sua crise afetam todo o País e, algumas vezes, trazem consequências mundiais. Nesse sentido, o sucesso do processo de insolvência é diretamente relacionado à preservação dos benefícios econômicos e sociais para determinada região.

Atualmente, como sabido, o índice de sucesso em falências e recuperações judiciais é extremamente baixo no Brasil. Um percentual muito pequeno dos credores conseguem receber seus créditos em processos falimentares – inclusive o fisco – e um número muito pequeno de empresas conseguem se recuperar e manter os empregos e sua atividade nos processos de recuperação judicial.

A razão para esse insucesso é, em grande parte, atribuída ao fato de que esses processos serão conduzidos por juízes que não são especializados e que não possuem experiência na matéria. Provavelmente, a maioria das falências e recuperações judiciais são conduzidas por juízes que nunca tiveram a experiência anterior de trabalhar com essa matéria.

Assim, a criação das Varas Especializadas de competência regional viabilizará que todos os processos de falência e recuperação do Brasil sejam julgados por

juízes especializados, com experiência na matéria, e que já atuaram em diversos outros processos dessa natureza – na medida em que essa será a única atribuição desses juízes.

Isso fará com que o índice de sucesso na recuperação das empresas e na recuperação de créditos em falências aumente exponencialmente, gerando por consequência os benefícios sociais e econômicos que tanto se necessita no Brasil.

Importante: além da preservação dos empregos e da renda dos trabalhadores (no caso de recuperação efetiva da empresa), deve-se destacar que o sucesso das falências gerará um expressivo aumento da arrecadação de tributos pelos entes federativos, na medida em que os tributos estão em terceiro lugar na ordem de pagamento em falências (vindo após credores trabalhistas e com garantia real).

TREINAMENTO PERMANENTE E COMUNICAÇÃO ENTRE OS JUÍZES ESPECIALIZADOS

Atualmente, é praticamente impossível fornecer treinamento específico para os juízes com competência para julgar falências e recuperações judiciais. Isso porque, como já visto, a grande maioria dos juízes possui competência cumulativa para essa matéria. Assim, teríamos aproximadamente 12 mil juízes com competência para conduzir processos de insolvência empresarial em cumulação com diversas outras competências. Além disso, nem mesmo os juízes teriam interesse em receber treinamento específico, na medida em que a grande maioria conduziria um processo dessa natureza uma única vez em toda a sua carreira.

Entretanto, com a criação das Varas de Competência Regional, existiriam no Brasil aproximadamente 60 juízes de falência e recuperação judicial, distribuídos pelo território nacional. Se é praticamente inviável treinar 12 mil juízes, se mostra totalmente viável fornecer treinamento permanente para 60 juízes especializados.

O CNJ poderia criar um programa permanente de treinamento para esses poucos juízes, fornecendo atualização e propiciando o intercâmbio de informações e de experiências entre eles. Assim, todas as falências e recuperações judiciais seriam conduzidas por juízes efetivamente especializados e bem treinados, gerando resultados muito positivos, com importante impacto econômico e social para o Brasil.

E mais.

Os juízes especializados em falência e recuperação judicial estariam em permanente contato entre si. Haveria efetiva troca de informações e experiências. Isso facilitaria a divulgação de boas práticas aplicadas em determinada região que já produziram, comprovadamente, resultados positivos, espalhando-se benefícios por todo o território nacional.

Nos EUA, os juízes de falência e recuperação judicial estão em permanente contato através de grupos de Whatsapp, o que certamente seria replicado no modelo brasileiro. Dúvidas e discussões sobre as melhores soluções aconteceriam em tempo real.

AUMENTO DA QUALIDADE DE ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES JUDICIAIS – EFETIVIDADE

Atualmente, o índice de sucesso em recuperações judiciais e falências é baixo também em função da atuação insuficiente dos administradores judiciais.

Tendo em vista que os juízes que atuam em falências e recuperações judiciais representam verdadeiras ilhas isoladas no sistema brasileiro – sem treinamento, sem especialização, sem troca de informação com outros juízes e sem fiscalização – os maus administradores judiciais continuam a ser nomeados para conduzir processos importantes de insolvência.

A criação das Varas Especializadas de competência regional viabilizará um consequente aumento da qualidade da administração judicial. Isso porque, os juízes serão efetivamente especializados e terão condições de avaliar o desempenho dos administradores judiciais.

E mais.

Haverá troca de informação efetiva entre os juízes. Assim, os administradores que realizem bons trabalhos naturalmente ganharão mais espaço, ao passo que os maus administradores deixarão de ser nomeados por todos os juízes

INCENTIVO AO INVESTIMENTO NACIONAL E ESTRANGEIRO NA ECONOMIA BRASILEIRA – ATRAÇÃO DE CAPITAIS – PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Atualmente, há uma intensa insegurança jurídica no Brasil em termos de falência e recuperação de empresas. Os juízes não são especializados e atuam de maneira absolutamente isolada. Daí que há um leque muito grande e variado de decisões diversas tratando de questões semelhantes.

Essa situação de insegurança jurídica e falta de especialização afugenta o investimento empresarial no Brasil.

O investidor (nacional e estrangeiro) certamente analisará o sistema de insolvência do País ou do Estado em que pretende aplicar seus recursos. A insegurança e a ineficiência desse sistema serão um fator de desestímulo ao investimento.

A criação das Varas Especializadas de competência regional oferecerá ao investidor um sistema em que os juízes são efetivamente especializados e eficientes.

E mais.

O treinamento e o intercâmbio entre os juízes proporcionam uma maior uniformidade de decisões em todo o território nacional. E isso é fundamental quando se trata de preservação da SEGURANÇA JURÍDICA.

Certamente, as soluções adotadas pelo juiz de falências e recuperações judiciais de uma região do país serão semelhantes àquelas adotadas pelos outros juízes de regiões diferentes, uma vez que todos estarão submetidos ao mesmo treinamento e estarão todos em permanente contato para discussões sobre a aplicação das melhores práticas.

Haverá, portanto, um estímulo substancial ao investimento no Brasil, em todas as regiões.

AUMENTO DA ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS

Atualmente, as recuperações judiciais têm um índice de sucesso muito baixo. Seguramente, menos de 10% das empresas que ajuízam a recuperação judicial efetivamente se recuperam. E isso não se deve apenas a problemas de legislação, mas principalmente à falta de especialização dos juízes (e dos administradores judiciais, como será explicado em item próprio).

Prova disso, é que na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, o índice de sucesso é de aproximadamente 60%, com a utilização da mesma Lei nº 11.101/05. A diferença é, portanto, a especialização do juízo.

O sucesso da recuperação judicial gera benefícios sociais e econômicos imediatos, como a preservação dos empregos e da renda dos trabalhadores. Mas, além disso, gera um aumento da arrecadação de tributos. Na medida em que a atividade econômica é preservada, o recolhimento dos tributos também será preservado.

O sucesso das falências também gerará um aumento da arrecadação de tributos. Na medida em que houver uma efetiva arrecadação e venda de ativos da empresa falida, será possível pagar um número maior de credores. E o fisco está em posição privilegiada na ordem de prioridade de recebimento de valores na falência.

Portanto, é certo que o aumento da efetividade da falência gerará um importante impacto na arrecadação de tributos pelos entes federativos.

AUMENTO DA FISCALIZAÇÃO DOS JUÍZES E GARANTIA DE TRANSPARÊNCIA NOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA – COMBATE À CORRUPÇÃO

Atualmente, a fiscalização da atuação dos juízes de falência e de todos aqueles que atuam no processo falimentar e recuperacional é extremamente difícil. Como visto, são mais de 12 mil juízes conduzindo processos de insolvência no Brasil, existindo casos em quase todos os municípios brasileiros. Além disso, como já afirmado, a grande maioria dos juízes não é especializada e não tem condições de realizar uma efetiva fiscalização da atuação dos demais agentes que atuam na falência e na recuperação judicial.

A falta de fiscalização efetiva e o isolamento dos juízos falimentares favorecem a ocorrência de desvios funcionais.

Infelizmente, não é raro observar-se a ocorrência de corrupção e desvios de ativos em massas falidas, em prejuízo dos interesses sociais e da maioria dos credores.


A criação das Varas Especializadas de competência regional viabilizaria uma efetiva fiscalização dos juízos falimentares e recuperacionais.

Na medida em que se teria aproximadamente 60 juízes atuando nessa área no Brasil, o CNJ poderia criar um órgão permanente de fiscalização intensa de suas atuações.

Se é impossível fiscalizar de maneira efetiva 12 mil juízes, é bastante factível a fiscalização de 60 juízes. E não só dos juízes, mas também dos administradores judiciais e de todos os demais agentes que atuam no processo de insolvência.

Seria possível, inclusive, que o CNJ, através de assessores especializados, promovesse a visita in loco de cada uma das Varas Especializadas uma vez por ano. Isso porque não seriam tantas as regiões existentes no Brasil.

Considerando que as Varas Especializadas seriam totalmente informatizadas (processo digital), viabiliza-se o acompanhamento em tempo real e de forma remota de todos os processos de falência e recuperação do Brasil.

Essa fiscalização representará garantia de diminuição expressiva dos desvios de conduta, das fraudes e demais maus feitos em processos de falência e de recuperação judicial. 



Responsabilidade solidária dos Entes Federados na assistência à saúde deve garantir o fornecimento de Spinraza (Nusinersen)

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL



“Devem os Entes Federados garantir o fornecimento de Spinraza (Nusinersen) às pessoas acometidas pela Atrofia Muscular Espinhal, seja em obediência ao texto da Constituição de 1988, seja em reverência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que prestigiam a garantia fundamental do direito à vida em detrimento de pormenores fazendários.”

É inquestionável o entendimento jurisprudencial de que a União, os Estados e os Municípios são solidariamente responsáveis no fornecimento de medicamentos para tratamento da saúde. Outra não poderia ser a interpretação que se extrai do art. 196 da Constituição Federal: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Exegese diversa implicaria na derrogação deste mandamento constitucional de elevada envergadura, um dos pilares mantenedores da dignidade da pessoa humana em nossa República.

Nas palavras do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reconhecida à unanimidade por este pretório excelso, “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente” (RE 855178 RG).

O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão pela Assembléia Nacional Constituinte, muito menos ousou o Parlamento brasileiro a emendar o art. 196, para lhe propor qualquer freio ou mitigação na sua eficácia. Mesmo porque a garantia do direito fundamental à vida insculpida no art. 5^a da Carta Maior é de quilate inestimável, sobrepondo-se a todos os demais bens juridicamente tutelados.

A discussão no Supremo, com relação ao Tema 6 – “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”, no RE 566471 RG da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, pendente de julgamento desde 2007, não vem obstando a concessão de liminares em todo o País.

Aliás, mesmo na pendência do RE 566471 RG, o próprio Supremo vem mantendo diversas liminares no sentido de determinar aos Entes Federados o fornecimento de medicamentos de alto custo a portadores de doenças graves que não possuem condições financeiras para comprá-lo. E com o Spinraza (Nusinersen) não tem sido diferente.

A Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão do fornecimento do medicamento Spinraza (Nusinersen), na STP 24 MC / MG, aos 25/04/2018, em decisão de inegável maestria pontificou:

“Na espécie vertente, trata-se de aplicação do art. 196 da Constituição da República. Presente, portanto, a matéria constitucional a justificar o pedido de suspensão pela Presidência deste Supremo Tribunal.

Neste exame preliminar e precário, o deferimento da medida liminar requerida configuraria dano inverso capaz de comprometer a vida do menor interessado.

O médico que avaliou o interessado, Doutor Guilherme de Abreu Silveira, ‘Médico pela Universidade de São Paulo, Pós-graduado em Emergência Pediátrica, Pós-graduado em Síndrome de Down, Especialista em Pediatria pela Sociedade Brasileira de Pediatria, Especialista em Neonatologista pela Sociedade Brasileira de Neonatologia, Especialista em Desenvolvimento e Comportamento Infantil’, assim se posicionou no relatório médico:

‘A Atrofia Muscular Espinhal é uma desordem genética, de elevada complexidade clínica, que implica em risco e clara ameaça à vida. O pequeno B. está restrito a uma vida de privações, que o afastam e muito do desenvolvimento típico de um menino de sua saúde.

Na minha opinião, o B. se beneficiaria do tratamento com nusinersen. Após um processo extenso de reabilitação, minha expectativa é que o menino recupere boa parte de seus movimentos, o que possibilitaria melhora significativa na sua qualidade de vida e autonomia, além de possibilitar sua sobrevivência. Recomendo formalmente a inclusão de B. na terapia, mesmo previamente a sua aprovação pelas agências responsáveis no Brasil. O tempo para aprovação pode ser inviável para pacientes com grau avançado de comprometimento, pela evidente ameaça vida' (fls. 57-58, doc. 1).

Em 7.6.2011, o Ministro Cezar Peluso negou seguimento à Suspensão de Segurança n. 4.316/RO e salientou que, quando o medicamento em questão é o único eficaz disponível para o tratamento clínico da doença e a 'suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação mais gravosa (inclusive o óbito da paciente) do que aquela que se pretende combater (...) evidente (...) a presença do denominado risco de dano inverso'.

Assentou que 'o alto custo do medicamento não [seria], por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis' (SS n. 4.316/RO, Relator o Ministro Cezar Peluso, decisão monocrática, DJe 13.6.2011).

No julgamento da STA n. 761/SP, este Supremo Tribunal decidiu:

'Ementa: AGRADO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL PARA O TRATAMENTO DE DOENÇA GENÉTICA RARA. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de delibação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde, à segurança e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF. II – Constatação de periculum in mora inverso, ante a imprescindibilidade do fornecimento de medicamento para melhora da saúde e manutenção da vida do paciente. III – Agravo regimental a que se nega provimento' (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 29.5.2015).

Pelo exposto, sem prejuízo de reexame da questão em momento posterior, indefiro a medida liminar (§ 4º do art. 15 da Lei n. 12.016/2009, art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e art. 25 da Lei n. 8.038/1990).

Brasília, 25 de abril de 2018.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Presidente".

Certeira, na decisão transcrita, a Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal bem identificou o bem jurídico de maior valor, entre todos, no texto da Constituição de 1988: "a vida do menor interessado". No conflito vida humana

versus erário, prevalece a manutenção da primeira, através do fornecimento do medicamento para melhoria da saúde.

Também na SS 5192 MC / GO, aos 07/08/2017, a Ministra Presidente Carmen Lúcia manteve a obrigação do Poder Público no fornecimento do medicamento Spinraza (Nusinersen). Consignando:

“Demonstra-se que o deferimento da medida liminar requerida pelo Requerente – Estado de Goiás – configuraria dano inverso podendo levar à morte da menor Interessada, que está internada na UTIP (Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica) do Hospital Igope em Goiânia” – Ministra CÁRMEN LÚCIA, Presidente.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, apreciando o tema do dever de fornecimento do Spinraza (Nusinersen) pela União, vem assim se pronunciando reiteradamente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. MEDICAMENTO. SUS. MENOR IMPÚBERE. DOENÇA RARA. RISCO DE MORTE. ÚNICA SOLUÇÃO PARA MANUTENÇÃO DA VIDA. ANVISA. ALTO CUSTO. PRECEDENTE DO C. STF. CUMPRIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. ASTREINTES. DOIS RECURSOS DE AGRAVO INTERNO. IMPROVIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1 – Cuida-se de agravo de instrumento interposto por menor impúbere, representado por sua genitora, objetivando a reforma da decisão que indeferiu o requerimento de antecipação de tutela cujo objetivo seria o fornecimento do medicamento NUSINERSEN (SPINRAZA®), sem solução de continuidade e na dosagem especificada em relatório médico, tendo em vista ser portador de Atrofia Muscular Espinhal tipo III. 2 – A doença, se não tratada adequadamente e de modo rápido, poderá agravar a saúde do autor, criança de menos de dois anos de idade, de forma a levá-lo a um estado clínico de grande sofrimento e com possibilidade de óbito. 3 – O relatório médico, emitido pelo Instituto de Neurociência do Espírito Santo e assinado por médico especialista, aponta para a necessidade urgente do uso do medicamento pela criança, registrando que ele seria a única terapêutica com possibilidade de interromper a progressão da doença. 4 – Assevera ainda que não existe remédio similar e que os demais tratamentos de reabilitação seriam apenas paliativos. 5 – O profissional em questão é a pessoa apropriada para diagnosticar e prescrever o tratamento para a enfermidade que ataca o paciente, logo a situação não comporta maiores discussões ou eventuais alegações sobre a existência de outras alternativas terapêuticas ao remédio pleiteado, sendo certo que a criança já vem sendo submetida a outros tratamentos e sem sucesso. 6 – A posição do magistrado, numa ponderação dos interesses envolvidos, deve ser a de priorizar a necessidade de manutenção do indivíduo, prestigiando, assim, o direito à vida e à saúde, constitucionalmente protegido. 7 – Conforme notícia nos autos de origem, a ANVISA já realizou o seu registro do medicamento. 8 – O alto custo do fármaco não se configura, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. 9 – Os artigos 297 e 516, incisos I e II, do CPC não se aplicam à espécie. 10 – Descabe acolher o pedido recursal subsidiário de alargamento do prazo para cumprimento da ordem judicial sob pena de levar o agravante a óbito. 11 – Agravo de instrumento conhecido e provido. Agravo interno improvido. Agravo interno não conhecido. ACÓR DÃO Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao agravo

de instrumento, negar provimento ao agravo interno e não conhecer do outro agravo interno, ambos interpostos pela União Federal, nos termos do voto do Relator. Rio de Janeiro, 07 / 03 / 2018 (data do julgamento). GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA Relator – 0013454-59.2017.4.02.0000 (TRF2 2017.00.00.013454-8)”.

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ARTIGO 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1 – A obrigação da União, dos Estados e dos Municípios, quanto ao dever fundamental de prestação de saúde, é solidária, de maneira que qualquer um dos referidos entes federativos pode figurar no polo passivo de demanda em que se objetiva o fornecimento ou custeio de medicamentos ou tratamento médico. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2 – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou a possibilidade de, após a análise minuciosa das circunstâncias de cada caso concreto e a realização de juízo de ponderação, o poder judiciário garantir o direito à saúde por meio do fornecimento de medicamento ou tratamento indispensável para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do paciente da rede pública de saúde. 3 – O artigo 196, da Constituição Federal, não consubstancia mera norma programática, incapaz de produzir efeitos, não havendo dúvidas de que obriga o poder público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a proteger, promover e recuperar a saúde. 4 – Deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo poder público em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, de forma que não deve ser afastada, contudo, a possibilidade de o poder judiciário decidir que medida diferente deve ser fornecida a determinada pessoa que comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. 5 – No caso em apreço, de acordo com os relatórios médicos juntados aos autos da demanda originária, verifica-se que a parte autora, ora agravada, é portadora de atrofia muscular espinhal infantil, necessitando do medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN) para adequado tratamento de sua doença. Destacou-se, nos relatórios médicos, que o menor encontra-se em assistência ventilatória contínua, traqueostomizado e gastrostomizado, necessitando de equipe médica multidisciplinar (médico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, 1 enfermeiro e técnico de enfermagem), em caráter permanente, no sistema de internação domiciliar. Pontuou-se que o medicamento pleiteado por meio da demanda originária é o único tratamento eficaz para o tratamento da enfermidade de que é portadora a parte autora, ora agravada, e que proporciona ganho motor e possibilidade de autonomia respiratória. 6 – O poder público não fornece tratamento médico para a doença de que é portadora a parte autora, ora agravada, destacando-se, nesse diapasão, o próprio parecer do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde – NAT, da Secretaria de Estado de Saúde – SES, no sentido de que não existem medicamentos fornecidos no âmbito do SUS, que possam configurar alternativas farmacológicas ao medicamento pleiteado. 7 – Ainda de acordo com o parecer do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde – NAT, da Secretaria de Estado de Saúde – SES, depreende-se que o medicamento postulado por meio da demanda originária possui registro junto à

agência reguladora de medicamentos americana – Food and Drug Administration (FDA) -, já tendo sido, da mesma forma, emitido parecer favorável à concessão do registro junto à agência reguladora de medicamentos europeia – Agência Europeia de Medicamentos (EMA). 8 – O elevado custo do medicamento, a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a necessidade de importação não eximem o poder público da responsabilidade pelo seu fornecimento, bem como não são hábeis a retirar, do indivíduo acometido da doença, o direito de recebê-lo, diante da impossibilidade de ser substituído por outro medicamento de igual eficácia, merecendo destaque, ainda, o fato de que não há comprovação nos autos acerca da impossibilidade de custeio pelo poder público, devendo ser privilegiados, portanto, os direitos constitucionais à vida e à saúde, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 9 – Verifica-se, portanto, estarem presentes os requisitos autorizadores do provimento de urgência, quais sejam, a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), com a presença de elementos que indicam a imprescindibilidade do medicamento postulado, e o perigo de dano (*periculum in mora*), diante da gravidade da enfermidade e do risco à saúde do menor caso não seja fornecido o adequado tratamento. 10 – No curso da instrução probatória da demanda originária, poderão ser ouvidos em juízo os médicos que acompanham a parte autora, ora agravada, bem como ser determinada a realização de prova pericial, a fim de se aferir, com a profundidade necessária, a imprescindibilidade da utilização do medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN), medida esta recomendável diante do elevado custo do tratamento em questão, a exigir o máximo de cautela na apreciação da demanda. 11 – Agravo de instrumento desprovido” – Relator JULIO EMILIO ABRANCHES MANSUR, 18/07/2017, 0004561-79.2017.4.02.0000 (TRF2 2017.00.00.004561-8).

O portal eletrônico da ANVISA (<http://portal.anvisa.gov.br>), noticiou o registro da Spinraza (Nusinersen) nestes termos:

“Chega ao mercado brasileiro uma esperança para pessoas acometidas pela Atrofia Muscular Espinhal 5q (AME), doença que ataca o sistema nervoso até o ponto de o paciente não conseguir se mover ou mesmo respirar e que atinge um em cada dez mil bebês nascidos. A Anvisa publicará na segunda-feira (28/8) o registro do medicamento novo SPINRAZA® (nusinersena), na forma farmacêutica solução injetável e concentração de 2,4 mg/ml. Dessa forma, o Spinraza poderá ser comercializado no Brasil. A decisão será publicada no Diário Oficial da União (DOU).

O medicamento é indicado para o tratamento de pacientes com AME, doença rara neuromuscular autossômica recessiva de prognóstico adverso, caracterizada pela degeneração de neurônios motores da coluna vertebral e sem opções terapêuticas disponíveis no Brasil. O Spinraza é fabricado pelas empresas Vetter Pharma – Fertigung GmbH & Co. KG (Alemanha) e Patheon Itália S.PA (Itália). A detentora do registro do medicamento no Brasil é a empresa Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos Ltda.

O processo de registro do medicamento recebeu prioridade de análise assim que foi protocolado junto à Anvisa, com o imediato início da avaliação tanto da documentação referente à comprovação de segurança e eficácia, quanto do dossiê de tecnologia farmacêutica. ‘É um medicamento que muda a história da AME, dando uma possibilidade concreta de melhora significativa na qualidade de vida dos portadores dessa doença’, ressalta o diretor-presidente da Anvisa, Jarbas Barbosa.

Como se trata de uma substância inédita no país, foi um processo mais complexo, envolvendo a avaliação crítica de informações legais e técnicas. Mesmo assim, dado o caráter prioritário que a Anvisa impôs, a análise foi feita de maneira célere, com o registro sendo concedido em cinco meses desde sua solicitação junto à Agência. Menos tempo do que levou o processo no Canadá, por exemplo, onde o registro do Spinraza saiu após cerca de seis meses.

O diretor de Autorização e Registro Sanitário da Anvisa, Fernando Mendes, resalta a importância da concessão desse medicamento, registrado com os devidos parâmetros de segurança, qualidade e eficácia. Mendes trata o tema como prioritário: 'A Agência está em vias de concluir a regulamentação que objetiva facilitar e incentivar, no Brasil, a condução mais rápida de pesquisas clínicas e o registro de medicamentos destinados ao tratamento de doenças raras'.


O Spinraza está registrado no EUA, Europa, Japão e Canadá. No Brasil, o processo de registro recebeu priorização de análise, nos termos da Resolução Diretoria Colegiada nº 37/2014. A submissão de registro junto à Anvisa ocorreu em 28 de abril deste ano e foi priorizada em 4 de maio. Porém, houve necessidade de envio de exigências à empresa em 30 de junho e em 28 de julho, ficando o processo na fase de exigência em torno de 35 dias. Na Agência, a fase de análise da documentação durou 85 dias. Isso mostra o compromisso da Agência com o acesso da população a novas terapias.

'A Anvisa foi bastante ágil na avaliação da documentação que nos foi enviada pela empresa produtora do Spinraza e que comprova a eficácia, segurança e qualidade do medicamento', destaca Jarbas Barbosa. 'Agora, a empresa tem a responsabilidade de oferecer o Spinraza a um preço justo, para que as pessoas possam ter acesso a ele rapidamente' – Publicado: 25/08/2017, 14:54, Última Modificação: 01/09/2017, 15:30, "ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL, Anvisa concede registro ao medicamento Spinraza".

Como se vê, devem os Entes Federados garantir o fornecimento de Spinraza (Nusinersen) às pessoas acometidas pela Atrofia Muscular Espinhal, seja em obediência ao texto da Constituição de 1988, seja em reverência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que prestigiam a garantia fundamental do direito à vida em detrimento de pormenores fazendários.

Em todo o caso, enquanto o Spinraza (Nusinersen) não estiver incorporado em ato normativo do SUS, deverá o paciente atender ao disposto no Tema Repetitivo 106 do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de propositura de ação judicial:

- a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e,
- c) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Satisfeita a tese firmada pelo Tema Repetitivo 106 (STJ), deve ser concedida a tutela jurisdicional para o fornecimento do medicamento Spinraza (Nusinersen). 



CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL é Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Visitas íntimas e a violência contra a mulher

■ POR TAMMY FORTUNATO

“Não há que se falar em visitas íntimas em um país com altíssimo índice de violência contra a mulher, onde estas são constantemente desrespeitadas e agredidas física e moralmente. Não há a necessidade de sexo para a manutenção de vínculo familiar, até porque se assim fosse, os presos com mau comportamento também deveriam ter a regalia de preservar as suas famílias.”

A violência contra a mulher está presente desde o início da nossa civilização, chegando inclusive, a ser permitida pela igreja com o intuito de educar e punir as filhas e esposas que não seguissem as regras de seus pais, irmãos e maridos. As mulheres sempre foram vistas como propriedade/objeto dos homens e por isso não deveria haver punição quando o emprego da força física fosse utilizado para “educá-las”.

Não eram concedidos direitos às mulheres, sendo que estas tinham tão somente obrigações. Com o passar do tempo houve mudança nas leis e costumes da sociedade. A mulher com muita luta vem conquistando o seu espaço cada dia mais, buscando sempre não só a igualdade perante a lei, mas também perante a sociedade.

Infelizmente, mesmo com o passar do tempo, com a evolução da sociedade e com a igualdade de direitos, as mulheres ainda continuam sendo vistas e usadas por grande parcela dos homens como propriedade e objeto. A mulher pertence ao homem e tem a obrigação de servi-lo, e se assim não o fizer, deverá ser punida¹. Está arraigado no entendimento masculino que os homens são os mais fortes e provedores, e que as mulheres são frágeis e submissas.

Uma das formas de dominação do homem sobre a mulher é por meio da violência, não só física, mas psicológica também, coagindo a liberdade de pensamento, reflexão, de decisão e buscando o constrangimento, a diminuição, a renegação, fazendo com que a mulher abdique de si, demonstrando a supremacia do ser superior, no caso o homem, não importando sua raça, cor ou padrão social.²

A violência sofrida pela mulher não é só física e psicológica, mas também sexual, moral e patrimonial. A mulher sofre violência física quando sua integridade corporal é afetada; psicológica quando um dano é causado em seu emocional, vindo a causar baixa autoestima, gerando um sentimento de humilhação, vergonha, vindo a ter sua saúde psicológica prejudicada; sexual quando houver estupro ou qualquer outro tipo de constrangimento sexual³, que seja induzida ao aborto, prostituição, ou mesmo que sua sexualidade seja utilizada como moeda de troca; patrimonial quando seus objetos forem destruídos, subtraídos, incluindo documentos pessoais e instrumentos de trabalho; e moral, quando houver ocorrência de calúnia, difamação ou injúria.⁴

Além de ser cometida dentro de seus lares, a mulher é vítima de violência doméstica em vários outros ambientes, dentre eles, nos estabelecimentos prisionais. Mas não naqueles ocupados por mulheres presas, mas sim por homens presos. E tal violência possui características peculiares, de natureza física, sexual e psicológica.

Muitos apenados já possuíam vínculos com suas respectivas esposas antes de serem privados de sua liberdade, e, nesse ponto, a Lei de Execuções Penais (7.210/84) que regulamentou o direito dos presos, em seu art. 41, inciso X, permite que eles recebam visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, objetivando a manutenção dos laços afetivos e a reinserção social. Os laços familiares mantidos são benéficos para o apenado, para que o mesmo tenha o sentimento de não ter sido excluído da comunidade⁵.

Realmente, é importante que seja preservado o direito de visitas, para que o apenado não rompa ou debilite seus laços afetivos que o une aos familiares e amigos, visando sua reinserção ao mundo exterior. No entanto, existem em alguns sistemas carcerários a prática da visita íntima. O direito dos presos às visitas íntimas não se encontra previsto na Lei de Execuções Penais (LEP), mas sim, nas tradições dos estabelecimentos carcerários, havendo regulamentações diferentes não só em cada Estado, mas em cada unidade prisional.

Portanto, é mister que se consigne: a visita íntima não é um direito garantido na legislação, cabendo ao diretor do estabelecimento carcerário como e quando tais visitas serão realizadas. O diretor também decide qual preso terá direito ao benefício/regalia, e mediante decisão motivada poderá a qualquer tempo suspender ou restringir os direitos previstos nos incisos V, X e XV, do art. 41, da Lei 7.210/84⁶.

Assim, se o objetivo é a manutenção do vínculo familiar, somente os presos já casados ou em união estável, antes da privação de liberdade, é que poderiam ter tal regalia/benefício. Estariam excluídos deste contexto os presos solteiros ou sem vínculos familiares, bem como aqueles com mau comportamento (já que sem direitos a tal regalia).

No entanto, há outro argumento em prol da realização das visitas íntimas nos estabelecimentos carcerários, que seria a manutenção de tal “benefício” com a finalidade de evitar a violência sexual entre os apenados. Tal argumento, na prática, exclui por completo o argumento anterior de manutenção de vínculo familiar, já que abrangeria todos os presos, sem exceção (inclusive os com mau comportamento).

E, com tal argumento (visitas íntimas para evitar violência sexual entre apenados), pensou-se, tão somente, no direito dos homens, protegendo-os de práticas homossexuais e mantendo-os mentalmente equilibrados ante o longo período de abstinência sexual, em detrimento da proteção da dignidade das mulheres, cuja tutela restou desprezada e literalmente esquecida, porque submetidas a condições

vexatórias por seus companheiros. Não se preocupou, e nem se preocupam com o fato de que as mulheres, em sua maioria, são as grandes vítimas de tais visitas.

O que importa é que os apenados possam satisfazer sua libido com as mulheres que lhes visitam, não importando os vínculos preexistentes ou tampouco as condições em que tal satisfação é realizada. E, nesse ponto, as visitas para manutenção do vínculo familiar e aquelas para satisfação sexual acabam se misturando, numa promiscuidade equivalente àquela produzida nas visitas íntimas.

Partindo da premissa de que toda violência praticada contra mulheres, inclusive aquela praticada durante a visita íntima, precisa ser combatida, é importante se observar, sem ingenuidade, que no mais das vezes as mulheres não têm a opção de escolha em ter ou não relações sexuais com seus parceiros, sendo precedidas de verdadeiras coações morais, prévias ou atuais, explícitas ou implícitas, sendo vítimas de violência psicológica, física e sexual.

Houve a inserção da realização das visitas íntimas nos estabelecimentos carcerários visando não somente a manutenção dos laços familiares, mas também para evitar a violência sexual entre os apenados. No entanto, somente os presos casados ou que convivem em união estável detêm de tal regalia/benefício, sendo assim, o argumento de evitar a violência sexual entre os apenados não deve ser levado em consideração, por não abranger os presos solteiros e os com mau comportamento.

Pensou-se tão somente no direito dos homens, em protegê-los de práticas homossexuais e mantê-los mentalmente equilibrados ante o longo período de abstinência sexual⁷, mas não houve o pensamento de proteção às mulheres, que são submetidas a condições vexatórias por seus companheiros. Não foi pensado que as mulheres em sua grande maioria seriam e são as grandes vítimas de tais visitas.

A humilhação a que são submetidas as mulheres durante a prática de visitas íntimas também é uma forma de violência. Embora os sistemas carcerários devessem ter locais apropriados com o mínimo de conforto e privacidade, com o objetivo de preservar a intimidade do preso e de sua visitante durante a realização das visitas íntimas (já que o estabelecimento prisional autoriza tal regalia), é sabido que tais locais raramente existem.

Em sua grande maioria, o sistema carcerário não possui local adequado para a realização de visitas íntimas, até mesmo por não ser um ambiente adequado para tais intimidades, podendo inclusive ocorrer atos de promiscuidade⁸.

Os presos apenados reclamam com frequência de mal-estar em suas acomodações diárias e constrangimento ilegal⁹, e são em celas, em cabanas improvisadas, sem nenhum tipo de privacidade e conforto que acontecem as visitas íntimas. A privacidade do preso e de sua visitante não é preservada, gerando humilhação para a mulher, tendo a sua saúde psicológica abalada.

E, por ainda serem vistas como propriedade / objeto pertencentes aos homens é que em algumas oportunidades durante as visitas íntimas, as mulheres são utilizadas como moeda de troca dentro dos estabelecimentos penais vez que são “alugadas” por seus maridos/companheiros para que prestem serviços sexuais a outros presos em troca de regalias, ou para pagamento de dívidas. Nucci, p. 1006, “há presos que são obrigados a vender suas mulheres a outros, para que prestem favores sexuais em virtude de dívidas ou outros aspectos”.

A alegação da necessidade da prática das visitas íntimas nos estabelecimentos prisionais, com o objetivo de manutenção da relação familiar não deve ser considerada como verdadeira. Em sistemas carcerários é comum a entrada de prostitutas que

falsificam declarações de união estável com presos que sequer conhecem para ter livre acesso a áreas do estabelecimento prisional¹⁰ podendo visitar vários apenados no mesmo dia. Existe um comércio, tendo como produto/objeto principal, a mulher.

Outro ponto a ser observado é a questão do apenado solteiro, do que tenha namorada, do que não tem bom comportamento, ou que não tenha sua regalia deferida pelo diretor do sistema carcerário. Estes não precisam manter a família e não devem se preocupar com relações homossexuais?

A concessão do deferimento do benefício/regalia aos apenados na verdade visa tão somente a manutenção da ordem. É uma moeda de troca: o apenado tem um bom comportamento e em troca o diretor do sistema carcerário defere a ele a regalia de visitas íntimas.

A manutenção da ordem e um bom comportamento são obrigações dos apenados¹¹, não devendo estes serem recompensados por cumprirem a sua obrigação. A disciplina é fundamental para que haja um relacionamento harmônico entre os apenados e para que suas atividades rotineiras sejam realizadas tranquilamente. Marcão, p. 69, diz que: “Em sentido amplo, observar a disciplina é comportar-se em conformidade com as normas. Delas se distanciando, o preso estará a cometer falta disciplinar”.


A questão do deferimento das visitas íntimas aos apenados com bom comportamento com regalias e “recompensas”, é visto como um estímulo, porém mulheres não são prêmios e sua integridade física e psicológica devem ser preservadas sempre. As mulheres continuam a serem vistas como objetos e seres submissos.

Em tempos atuais, em que tanto lutamos por igualdade de direitos e obrigações, não há justificativa plausível para a utilização de mulheres enquanto prêmios, algo como: “comporte-se bem, cumpra com a sua obrigação, e em troca você poderá desfrutar de uma mulher”.

Outras formas de prêmios, recreação, regalias podem ser oferecidas aos apenados que cumpram com as suas obrigações, atividades que ofereçam um bem-estar físico e mental aos mesmos, atividades estas, que não incluam a mulher como prêmio.

Não há que se falar em visitas íntimas em um país com altíssimo índice de violência contra a mulher, onde estas são constantemente desrespeitadas e agredidas física e moralmente. Não há a necessidade de sexo para a manutenção de vínculo familiar, até porque se assim fosse, os presos com mau comportamento também deveriam ter a regalia de preservar as suas famílias.

A lei de execuções penais, já previu a manutenção dos vínculos familiares, tanto que permite a realização de visitas em dias e horários previamente determinados, sem que haja distinção entre apenados casados, solteiros, homossexuais ou heterossexuais.

Sim, a família deve ser preservada, assim como as mulheres devem ser respeitadas. Em um país cujos índices são alarmantes em relação à violência contra a mulher, não há que se oportunizar chances para o aumento da violência cometida contra elas. 

NOTAS

- 1 Lima, p. 71. Menciona um caso real de tentativa de homicídio quando a mulher não atendeu as expectativas do marido: “O caso ocorreu com a dona de casa Lilian Serafim Duarte, esfaqueada pelo marido no dia em que completou 24 anos, no início de outubro. Ao chegar em casa na hora do almoço, ao invés de trazer flores pelo aniversário da mulher, o marido, Márcio Adria-

no Rodrigues de Souza, 31 anos, discutiu com ela porque não encontrou a comida pronta. A discussão acabou numa tentativa de homicídio, quando ele cravou uma faca no abdome da companheira. (...) Márcio Adriano Rodrigues de Souza se sentiu no direito de ficar furioso com Lilian Serafim Duarte, porque mesmo no dia do aniversário dela, sua obrigação era estar com o almoço pronto na hora em que ele chegasse em casa!”

- 2 AZEVEDO, Maria Amélia. *Mulheres espancadas: a violência denunciada*. p. 19.
- 3 Uma nova conduta chamada de Stealthing que consiste no ato da retirada do preservativo durante a relação sexual e sem o conhecimento da parceira, também é considerada como constrangimento sexual. Nessa prática há a violação da autonomia sobre os corpos das vítimas, sendo que estas além de experimentarem o constrangimento sexual, também experimentam danos emocionais, físicos reais e patrimoniais.
- 4 Lei nº 11.340/2006.
- 5 Mirabete, p. 121.
- 6 Marcão, p. 69.
- 7 Mirabete, p. 122.
- 8 Nucci, p. 1006.
- 9 Marcão, p. 69.
- 10 Melo: “Para visitar um preso é preciso declarar união estável. É aí que começa a fraude. Em Itaitinga a gente tem inúmeros casos de mulheres que o preso sequer conhece. Aí fazem declaração de que convive junto dela. Está aí o crime de falsidade ideológica”, disse o promotor. O esquema acontece a partir de uma parceria entre ‘bruxo’ e ‘patrão’. Na prisão, ‘bruxo’ é o preso que não tem dinheiro e nem visitas. “É visado por não ter ninguém por ele”, diz um agente penitenciário. Então, é ele quem empresta seu nome para um detento que tem condição financeira. “O ‘bruxo’ assina um documento de declaração de união estável. Esse documento vai para a mão do agente. A visita vai até o Nucav e se habilita para entrar. Quando entra não quer nem saber quem é o ‘bruxo’. Vai direto para o ‘patrão’”, detalhou a fonte do Ministério Público do Ceará. A venda não tem um valor fixo, “é a necessidade que diz”. O “favor” tem o comércio como consequência. O nome costuma ser concedido em troca de drogas, celular e comida. Nos presídios também estão os suspeitos de aliciar mulheres para prostituição. Quando um preso intermedeia a entrada de uma prostituta, dentro do equipamento, ele passa a ser “dono da mulher”. De acordo com uma agente penitenciária entrevistada, os detentos cobram favores uns aos outros para a mulher visitar mais de uma área”.
- 11 Art. 39. Constituem deveres do condenado:
I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; (Lei nº 7.210/84).

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Maria Amélia. *Mulheres espancadas: a violência denunciada*. São Paulo: Cortez. 1985.
- BRASIL, Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Brasília, 11 de julho de 1984, 163ª da Independência e 96ª da República disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.
- BRASIL. Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. Brasília, 07 de agosto de 2006, 185ª da Independência e 118ª da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.
- LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 9. ed. São Paulo. Saraiva: 2011
- MIRABETE, Júlio fabbrini. *Execução penal*. 10. ed. São Paulo. Jurídico Atlas: 2002.
- MELO, Emanuela Campelo, disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/mobile/cadernos/policia/prostituicao-nos-presidios-agentes-auxiliam-entradas-de-giriquitas-1.1931209>. Acesso em 02.05.2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011.



TAMMY FORTUNATO é Advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 17.987. Presidente de Comissão Contra a Violência Doméstica do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC. Especialista em Direito e Negócios internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Justiça em jogo Vai todo mundo perder

■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

Com a eliminação da seleção canarinho na Copa de 2018, ficou nítida a indiferença do povo brasileiro em relação às tragédias anunciadas no mundo do futebol. Aquele estado de choque que tomou o estádio do Maracanã em 1950, após a derrota de virada para o Uruguai, assim como o pranto pela eliminação no jogo contra a Itália, em 1982, estão longe de serem vistos novamente.

O fenômeno não se deve apenas ao agravamento progressivo da crise econômica, que, sem sombra de dúvida, atrapalha significativamente os planos pseudonacionalista de uma mídia obstinada em vender alegria, mas, principalmente, em razão de ninguém mais cultivar tamanho otimismo ao ponto de acreditar na

“O Direito Processual Penal possui princípios informativos muito claros, alguns deles de natureza constitucional, calcados na lógica e na razão. A aplicação precisa dos seus institutos não pode, nem deve ser visto como um luxo ou privilégio, mas sim como o método que nos garante a preservação dos bens mais sagrados para a sociedade, como a vida, a liberdade e a dignidade.”



capacidade de jovens milionários desenvolverem tanta habilidade com a bola. Bem diferente disso, aprendemos a rir de nós mesmos, embora o sorriso seja daqueles sem brilho, bem amarelados, como o de quem se arrependeu de ter desdenhado prematuramente de seus irmãos americanos.

É cedo ainda para afirmar com segurança, mas é possível que tenha sido a participação mais medíocre do nosso país em um mundial de futebol. De qualquer modo, certamente, dentro de alguns anos, poucas lembranças restarão na memória coletiva sobre mais um fracasso dentro das quatro linhas. Porém, de um fato o povo brasileiro jamais irá esquecer: o que aconteceu nos bastidores do Poder Judiciário concomitantemente à realização dos jogos.

Enquanto a imprensa explicava as probabilidades de o Brasil encerrar a fase de grupos na liderança, o Supremo Tribunal Federal determinava a soltura de mais um réu. Algo tão inusitado, que, em homenagem ao momento esportivo pelo qual estávamos passando, merecia ser noticiado com a eloquência das narrativas dos grandes locutores: “SABE DE QUEM?”. Sim, ninguém mais do que o “homem forte” do governo Lula, o Ex-ministro da Casa Civil José Dirceu! Tão logo restaurada a sua liberdade, partiu para assistir ao jogo entre Brasil e Sérvia, sem ao menos precisar suportar o incômodo da tornozeleira eletrônica. Talvez por se tratar da fase de grupo, também foi concedida a liminar para o Deputado Eduardo Cunha, seguido do arquivamento do inquérito policial instaurado para investigar o Senador Aécio Neves no caso de Furnas. E para fechar a “rodada”, a Senadora Gleice Hoffman foi absolvida das acusações que lhe foram feitas. Esse sim foi um golaço! Deve ter gente querendo assistir ao *video tape* para ter certeza de que tudo isso ocorreu em tão curto espaço de tempo.

Contudo, o fato mais emblemático só veio a ocorrer algumas horas após nossos atletas deixarem a Rússia, mais precisamente em 8 de julho, dia que ficou longe de entrar para a história como um domingo qualquer. O Desembargador Rogério Favreto, que estava em regime de plantão do TRF da 4.^a Região, concedeu a ordem em *habeas corpus* determinando a imediata soltura do Presidente Luiz Ignácio Lula da Silva, suspendendo assim o cumprimento provisório da sentença condenatória confirmada em segunda instância. Em um primeiro momento, a notícia foi recebida pela população com um certo grau de desconfiança, até porque a quantidade de *memes* circulando diariamente nas redes sociais é tão grande que a maioria preferiu esperar a segunda parte da notícia para tentar entender o que parecia ser uma piada. Aliás, a sátira já começou, e tudo indica que se prolongará até o mês que vem, quando, oportunamente, alguém postará a foto do Rubinho Barrichelo dizendo: “A Justiça mandou soltar o Lula!”. Realmente, motivo não faltava para tanta cautela. Se nem os doze meninos tailandeses estavam conseguindo se livrar da clausura, o que dizer do Presidente Lula, confinado em cela da Polícia Federal por decisão da maioria do Supremo Tribunal Federal.

O fundamento jurídico exarado na decisão em *habeas corpus* baseia-se no fato de o paciente manifestar interesse em concorrer às eleições presidenciais que serão realizadas em outubro deste ano. Para o desembargador Rogério Favreto, e somente para ele, trata-se de fato novo, e como tal deveria ser apreciado (vide comentário acima a respeito do piloto Rubinho Barrichelo). Entretanto, deve-se atentar para três aspectos no mínimo intrigantes. Em primeiro lugar, ainda que a pré-candidatura pudesse ser considerado fato novo, não passaria de um dado totalmente irrelevante ao processo de *habeas corpus*. Cabe aqui dizer, que é preciso

manter a esperança de que este entendimento perduresse *ad eternum*, pois se uma jurisprudência em sentido contrário for consolidada, com certeza os mais de 700 mil presos que atualmente se encontram no sistema prisional irão encontrar uma justa causa para levantar qualquer bandeira partidária. Em segundo lugar, o referido desembargador atuava na condição de plantonista, sendo competente apenas para analisar conflitos considerados urgentes. E se competente fosse, em hipótese alguma, seu julgamento poderia contrariar decisão já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, também é de se estranhar que não tenha se declarado suspeito em razão de seu estreito e notório envolvimento com o Partido dos Trabalhadores e muitas de suas lideranças, inclusive o próprio paciente. Seria muito interessante se a seleção brasileira estivesse jogando naquela tarde dramática de domingo. A notícia da expedição do alvará de soltura poderia ter sido dada pelo locutor esportivo Galvão Bueno no decorrer da partida com a mesma emoção de quem narra um gol de mão. O famoso jargão cairia como uma luva: “PODE ISSO, ARNALDO?”. E a resposta não seria outra: “A lei é clara! Ele estava totalmente impedido (suspeito)!”. Realmente, não precisa ser um gênio para chegar a esta conclusão, basta abrir o Código de Processo Penal e examinar as regras contidas nos incisos do art. 254.


Como se não bastasse a estarrecedora decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, o juiz Sergio Moro surgia para roubar a cena mais uma vez. Mesmo não sendo a autoridade coatora, visto sua atividade jurisdicional ter se esgotado no processo que tramitou pela 13.^a Vara Criminal, e estando no gozo de suas férias em país estrangeiro, diga-se de passagem, decidiu, *ex officio*, intervir na causa, determinando que a Polícia Federal não acatasse a decisão proferida em instância superior. Mais uma vez fomos tentados a pensar se a Copa do Mundo não estava influenciando os tribunais pátrios, pois a atitude de rever uma decisão proferida por um juiz de segundo grau muito se assemelha ao expediente do recém-criado VAR (sigla em Inglês para se referir ao *video assistant referee* ou árbitro assistente de vídeo), embora totalmente estranho ao ordenamento jurídico vigente.

Em que pese ser defeso ao agente público fazer juízo de conveniência ou oportunidade em relação às ordens a ele dirigidas, uma vez que a avaliação do mérito diz respeito tão somente ao seu superior hierárquico, o mesmo procedimento não se estende quanto ao exame da legalidade. A ordem quando manifestamente ilegal, isto é, contaminada pelo flagrante desrespeito ao ordenamento jurídico, não deve ser cumprida de maneira alguma, ainda que tenha sido emanada da Presidência da República. É o que se pode extrair, inclusive, da norma contida no art. 22 do Código Penal Brasileiro. Entretanto, se tinha alguém em condições de se recusar a cumprir a ordem de soltura do paciente com base no fundamento acima exposto, esse indivíduo era o Delegado da Polícia Federal. Isso porque, em primeiro lugar, era ele que tinha o paciente sob custódia; e, em segundo, porque a ordem havia sido a ele endereçada, e não ao juiz Sergio Moro.

O impasse criado entre os magistrados Rogério Favreto e Sergio Moro é condizente e proporcional ao caos instaurado na Justiça brasileira, onde não temos onze ministros compondo a Suprema Corte, mas sim onze supremas cortes. Se bate-bocas recheado de ofensas são frequentemente travados no plenário do Supremo Tribunal Federal, e exibidos ao vivo e a cores para todo o país, então o que se poderia esperar das instâncias inferiores? Uma mistura do mal com atraso e umas pitadas de psicopatia? Sergio Moro, juiz de primeiro grau, declara a incompetência de um

dos seus pares no segundo grau de jurisdição, mesmo sendo igualmente incompetente para apreciar a matéria, e para completar, estando no gozo de suas férias (fora do exercício de suas funções) e em outro país, sobrepondo-se ao juiz substituto da 13ª Vara Criminal. A imprensa procurou amenizar o incidente classificando-o como conflito positivo de competência, quando seria mais conveniente criar uma nova denominação: conflito esquisito de incompetência.

Não podemos esquecer que o clima de Copa acirrou ainda mais a tendência do povo brasileiro de a todo instante se projetar na arquibancada. E assim deixamos de ser cidadãos e passamos a agir como verdadeiras torcidas organizadas. Quem tem simpatia pelo Presidente Lula, aplaude de pé o desembargador Rogério Favreto, como um camisa dez, futuro mártir; quem se posiciona em sentido contrário, acolhe o juiz Sergio Moro como se este fosse um membro da Liga da Justiça, um benfeitor das histórias em quadrinhos, um Pelé de toga. Entretanto, a ciência jurídica não pode ser reduzida a uma espécie de pornochanchada de terceira categoria para ser debatido por ébrios e mentecaptos do submundo dos bares maus frequentados, como costumam fazer por ocasião das partidas de futebol. O Direito Processual Penal possui princípios informativos muito claros, alguns deles de natureza constitucional, calcados na lógica e na razão. A aplicação precisa dos seus institutos não pode, nem deve ser visto como um luxo ou privilégio, mas sim como o método que nos garante a preservação dos bens mais sagrados para a sociedade, como a vida, a liberdade e a dignidade. Se todo esse episódio tivesse ocorrido durante a apresentação de um trabalho de grupo realizado por estudantes da Faculdade de Direito, no estilo daquelas simulações do Tribunal do Júri, seria muito simples e fácil de resolver. Bastaria o professor aplicar nota zero para todo mundo e agendar uma prova de recuperação para a semana seguinte.

Há quem pense não terem sido cometidos equívocos jurídicos por nenhum dos lados envolvidos no conflito em análise. Alguns acreditam ter se tratado de uma estratégia muito bem articulada por aqueles que apoiam e lutam pela sedimentação da candidatura do Presidente Luiz Ignácio Lula da Silva, no sentido de deflagrar um verdadeiro “Putsch” jurídico capaz de viabilizá-la. Em contrapartida, outros acham que a batalha judicial travada foi apenas pano de fundo para uma manobra política premeditada e meticulosamente orquestrada, na qual o desembargador Rogério Favreto acabaria sendo afastado da magistratura, e, por conseguinte, aposentado compulsoriamente, para, em breve, se candidatar a um cargo público pelo Partido dos Trabalhadores. Em paralelo, o constrangimento comprometeria ainda mais a imagem que o juiz Sergio Moro procura ostentar como um julgador imparcial nos processos relativos à Lava Jato. Se porventura nenhuma dessas teses puramente especulativas não guardasse ao menos algum grau de probabilidade, então não haveria razão para o Conselho Nacional de Justiça deflagrar uma investigação destinada a apurar a conduta dos magistrados supracitados. Pela primeira vez o comentário da Presidente Dilma Youssef em um dos seus antológicos discursos parece fazer sentido: “Não acho que quem ganhar ou quem perder, nem quem ganhar, nem perder, vai ganhar ou perder. Vai todo mundo perder.” 



A recuperação extrajudicial e a reforma da LREF

■ POR LUIS FELIPE SPINELLI

“Parece que o Governo, um dos maiores interessados na reforma da LREF, crê, diferentemente do que Shakespeare já dizia, que palavras pagam dívidas. O PL Nº 10220/2018, traz como um dos grandes beneficiários o próprio Fisco – inclusive ao autorizar que as próprias Fazendas Públicas requeiram a quebra do devedor, entre outros benefícios.”

A recuperação extrajudicial é interessante instrumento trazido pela Lei nº 11.101/05 (LREF) para empresas viáveis que não conseguem superar cenário de crise por meio de soluções de mercado, embora não precisem se socorrer de mecanismo tão forte quanto a recuperação judicial.

Tal instituto traz vantagens quando comparada com a recuperação judicial, especialmente (I) flexibilidade, (II) quóruns simplificados, (III) celeridade, (IV) menor custo, (V) menor desgaste de imagem e (VI) menor risco. O devedor negocia diretamente com seus credores e, sendo livre para formatar as classes de credores, pode postular a homologação do plano e impô-lo aos credores não aderentes, desde que assinado por credores titulares de 3/5 dos créditos de cada classe.

Apesar disso, a recuperação extrajudicial possui algumas deficiências que inibem o seu maior desenvolvimento. Nesse sentido, em comparação com a recuperação judicial, tem (I) alcance mais restrito (não abarca os credores trabalhistas, os credores proprietários – alienação fiduciária, *v.g.* –, os decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio e o Fisco), (II) não há, a princípio, o *stay period* (continuando todas as ações contra o devedor bem como sem suspensão do curso da prescrição) bem como (III) inexistem estímulos aos fornecedores (não há qualquer benefício em caso de decretação da falência). Ademais, no que tange à alienação de ativos, não se tem como aliená-los sem o risco de sucessão do passivo, sem contar que há possibilidade de ineficácia ou revogação de atos previstos no plano em caso de decretação de falência do devedor. Finalmente, não se pode desconsiderar a

possibilidade de cometimento de crimes falimentares (a sentença que homologa a recuperação extrajudicial é condição objetiva de punibilidade).

Referidas limitações, todavia, não tem impedido o uso de tal instrumento por conta, especialmente, da criatividade dos assessores (embora, por exemplo, as alternativas dos meios de recuperação ainda sejam restritas, em função do regime vigente) e da relevante contribuição dos tribunais (como ao suspender, em diversos casos, o curso das execuções quando da distribuição do pedido de recuperação extrajudicial).

De qualquer sorte, por conta de tais dificuldades – e outras adaptações necessárias da LREF à realidade do País –, o Grupo de Trabalho criado para propor modificações à referida lei trouxe relevantes sugestões de aperfeiçoamento, como (I) conferir o mesmo tratamento dado aos credores na recuperação judicial, inclusive trabalhistas e Fisco, (II) suspensão do curso da prescrição e das ações com a distribuição do pedido de recuperação extrajudicial, (III) possibilidade de nomeação de mediador para auxiliar nas negociações (a pedido do devedor ou de credores que representem 2/5 dos créditos sujeitos), (IV) possibilidade de ajuizamento de pedido prévio de suspensão das ações, desde que com a adesão de 2/5 dos créditos sujeitos, com o objetivo de negociar o plano de recuperação extrajudicial, (V) viabilidade de se requerer a homologação do plano desde que assinado por no mínimo 2/5 de todos os créditos de cada classe ou de 3/5 do total de créditos por ele abrangidos, sob a condição de, no prazo de 90 dias do ajuizamento do pedido, obter as assinaturas faltantes, (VI) previsão de publicação de editais eletrônicos e não mais em jornal e no Diário Oficial, bem como de correspondência por meio eletrônico e não mais necessariamente por carta, e (VII) proteção aos atos realizados de acordo com o plano em caso de falência do devedor. Além disso, o Grupo de Trabalho tornou a redação mais precisa, deixando clara a possibilidade de o plano classificar os credores desde que respeitados critérios de homogeneidade de interesses.

Entretanto, a tão esperada reforma da LREF, cujo projeto foi encaminhado recentemente pelo Planalto ao Congresso Nacional (PL 10220/2018), não foi tão feliz no tratamento dado à matéria. Isso porque incorpora algumas sugestões do Grupo de Trabalho mas (I) exclui expressamente a sua aplicação aos créditos fiscais e FGTS e (II) não protege os atos realizados de acordo com o plano, em caso de falência, além de (III) não permitir o requerimento de homologação com adesão parcial de credores e (IV) exigir a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais para a alienação judicial de bens e direitos.

Parece que o Governo, um dos maiores interessados na reforma da LREF, crê, diferentemente do que Shakespeare já dizia, que palavras pagam dívidas. O PL traz como um dos grandes beneficiários o próprio Fisco – inclusive ao autorizar que as próprias Fazendas Públicas requeiram a quebra do devedor, entre outros benefícios –, apesar de repetir práticas que, até o momento, não vêm funcionando: em detrimento de todo o sistema, tutela o crédito fiscal sem que, na prática, consiga recuperar de modo minimamente satisfatório tais quantias.

Roga-se que o Congresso promova as alterações necessárias ao PL e não rati- fique o célebre dito do Barão de Itararé, de que “de onde menos se espera é que não sai nada mesmo”.



LUIS FELIPE SPINELLI é Professor de Direito Empresarial da UFRGS. Sócio de Souto Correa Cesa Lummertz & Amaral Advogados.

Propósito comercial na visão fiscal

■ POR PLINIO J. MARAFON

O requisito do propósito comercial para justificar a pretensão do contribuinte em reduzir sua carga fiscal começa a surgir pontualmente em Soluções de Consultas e julgados administrativos. Na SC COSIT nº 321/17 se exigiu que uma cisão parcial de créditos fiscais tivesse justificativa comercial para ser aceita.

No Cc. 9.101-002.429 o CARF recusou uma reorganização societária por falta de comprovação do *business purpose*.

Pior que isso.

Acrescentou esse tribunal um corolário de fundamentos “socialistas”, ao se justificar pelos “princípios constitucionais e legais, entre eles os da função social da propriedade e do contrato, e da conformidade da ordem econômica aos ditames da justiça social”.

Para que o propósito comercial passe do ideário filosófico das autoridades fiscais à validade jurídica é preciso que haja Lei que o preveja e explicita, porque é um conceito aberto e perigoso.

Ao regulamentar a norma antielisiva (CTN, art. 116, p. único), a MP nº 66/02, em seu art. 14, § 1º, previu expressamente a falta desse propósito e o abuso de formas como motores da desconsideração dos efeitos fiscais de atos jurídicos praticados pelos contribuintes.

Porém essa MP nunca foi aprovada pelo Congresso, e outras tentativas subsequentes no mesmo sentido também não vingaram.

Portanto, a aplicação desses dois vetores sem base legal conduz a uma insolúvel situação: ou nunca foi preciso haver a MP 66, porque estão ínsitos nos princípios constitucionais, ou dependem de Lei e não podem ser aplicados por enquanto.

O bom senso indica que as sucessivas propostas de leis antielisivias pelo Executivo, para normatizar o CTN, revelam a total impropriedade da aplicação precipitada desses conceitos para bloquear planejamentos tributários.

A doutrina tributária caminha nesse sentido, com mínimas dissensões.

A submissão do tema *elisão fiscal* a conceitos políticos constitucionais é fluida e contraditória, porque nossa Carta realmente cita a função social da propriedade, mas em paralelo também ressalta a livre iniciativa e a proteção da propriedade privada.

A linha divisória desses conceitos aparentemente antagônicos só pode ser estabelecida pela Lei, porque cada interprete terá uma visão diferente, e a tributação não pode ser submetida a essas regras imprecisas de avaliação, em virtude do princípio da estrita legalidade.



Mesmo nos Estados Unidos, onde o *business purpose* encontrou algum espaço de aplicação, há respeitáveis dissensões: “a doutrina da substância econômica começou a absorver toda a lei tributária. Entramos em uma era em que os casos parecem ser decididos não com base em disposições estatutárias, ou, até onde posso dizer, com base na lei, mas com base em algo vagamente descrito como substância econômica, seja o for que isso signifique” (Prof. David Rosebloom).

Daí se segue que COSITe CARF não podem aplicar conceitos não previstos em Lei, ainda que supostamente bem-intencionados, na busca da melhor capacidade contributiva dos agentes econômicos.

Mas ainda que fosse possível, *ad argumentandum*, aceitar o propósito negocial como requisito da validade de certos planejamentos, ainda assim estaríamos num terreno movediço, pleno de inseguranças.

Vejamos o exemplo da cisão parcial: quer o fisco que haja uma justificativa negocial para cindir um crédito fiscal acumulado de uma empresa para outra.

Ora, qual a régua objetiva que vai medir a qualidade da estrutura escolhida pelo contribuinte para atender a essa reivindicação fiscal?

Basta incluir na cisão um passivo de fornecedor equivalente ao crédito fiscal cindido, sob o argumento de que ele será pago tão logo haja a realização financeira do crédito fiscal na sucessora, e o propósito negocial estará atendido.

Ademais, o protocolo-justificativa da cisão já deve contemplar os motivos da operação, que nunca são somente tributários.


Vejam que a falta de explicitação legal deixa esse conceito *aberto* suscetível de livre manipulação, sem que se possa opor válida restrição, na medida em que tudo que se refere aos ativos e passivos empresariais é *negocial*.

Ao enveredar por esse caminho tortuoso o fisco está criando um problema para si próprio, pois não terá fundamentos legais para se opor a uma estruturação ou reorganização empresarial visando um planejamento tributário e que tenha um condimento extra mínimo designado para suprir o chamado propósito negocial, um requisito ainda impreciso.

Ao fisco sempre será ingrato desconsiderar um planejamento fiscal com base nessa teoria, porque um empresário conhece melhor seu negócio e segmento econômico para justificar sua conduta.

No Carf o propósito negocial sempre foi confundido e absorvido pela simulação, para contornar a falta de regulamentação da norma antielisiva. São exemplos os casos “Martins”, “Klabin” e “Josapar”.

Por outro lado, o princípio da solidariedade social é endereçado ao legislador e não ao intérprete da lei, que está adstrito à norma tributária legislada. “Não pode o juiz substituir-se ao legislador sob alegação de que a aplicação da lei não se harmoniza com seu sentimento de justiça ou equidade” (STF, RE nº 93.701).

O juiz federal Tiago Scherer assim se expressou numa sentença sobre ágio interno e IR: “...o objetivo de reduzir o passivo fiscal e produzir lucro é inerente ao exercício de qualquer atividade econômica e chancelado pelo modelo capitalista da CF de 88 (...) o nosso sistema jurídico resguarda a liberdade empresarial para a organização dos negócios, inclusive para a exploração de lacunas ou brechas legais que possibilitem economia lícita de tributos”. 



PLÍNIO J. MARAFON é Sócio de Marafon, Soares, Nagai e Marsilli Advogados.

Secondment ou *outsourcing* jurídico: uma solução eficiente para o jurídico da empresa!

■ POR RENAN BOCCACIO

As empresas crescem através da realização de diversos contratos com o mercado, os quais regulam desde a relação internas (contratos sociais, acordos de sócios) até as relações externas (fornecedores, consumidores, parceiros). Dessa forma, não restam dúvidas que para evoluir com maior segurança, conhecimento e gerenciamento dos riscos inerentes à atividade, as empresas precisam de suporte jurídico adequado.

Contudo, nem todas as empresas possuem capital disponível e suficiente para a implementação de um setor jurídico interno, bem como a sua instituição não traz um retorno ao *budget* da companhia, o que faz com que os empresários enxerguem esse setor como custo e não investimento. Por causa disso, a maioria das empresas não se assessoram para tomar as decisões estratégicas e apenas terceirizam o contencioso judicial e administrativo que surge ao longo do tempo, ou seja, agem de forma reativa ao problema.

Em razão disso, como forma de não tornar o setor jurídico muito caro, surge a posição de *secondment* jurídico, que é a internalização de um advogado do escritório externo na empresa cliente, o qual conseguirá criar uma sinergia essencial com as visões e interesses da empresa, conseguindo auxiliar os diretores nas tomadas de decisões e ajudar o escritório externo de forma mais eficiente, visto que o profissional terá o conhecimento das rotinas, das diretrizes e da forma de pensar dos diretores, o que trará maior eficiência e redução de custos transacionais, consequentemente maiores ganhos.

A implementação do *secondment* ou *outsourcing* jurídico não é um ato complexo, precisa que os gestores/diretores da empresa e do escritório externo localizem um profissional adequado para a posição, o qual terá que ter uma visão “pró-business” para compreender as demandas do dia a dia do cliente e consiga auxiliar nas atividades rotineiras da empresa. Ainda, esse profissional transmitirá ao escritório externo as peculiaridades e visões da empresa cliente, fato que diminuirá a assimetria e trará eficiência na comunicação e no afastamento de conflitos. **■**



RENAN BOCCACIO é Sócio no Boccacio & Moreno Advogados Associados, graduado pela PUCRS, L.L.M em Direito dos Negócios e especialista em redação e gestão de contratos empresariais pela UNISINOS.

ADICIONAL DO ICMS PARA FINANCIAR FUNDO DE COMBATE À POBREZA NOS TERMOS DO § 1º DO art. 82 DO ADCT. NORMA DO § 1º DEPENDE DE LEI COMPLEMENTAR AINDA NÃO EDITADA. NATUREZA JURÍDICA DO ADICIONAL É DE IMPOSTO E NÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI AMAZONENSE Nº 4454/17.

PARECER

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS



“A Lei nº 4454/2017, se constitucional fosse, que não é, teria que entrar em vigor apenas em 2018, e não de imediato. O princípio da anterioridade – que substituiu o princípio da anualidade consagrado na Constituição de 1946, pelo qual a lei tributária teria que ser aprovada não só no exercício anterior, mas antes da Lei Orçamentária, devendo ser aprovada, pois, até 15 de Novembro e não 31 de dezembro –, teria que ser respeitado pelo Governo amazonense, que foi levado, a meu ver, por equivocada interpretação, que via no adicional de ICMS não um adicional do ICMS, mas mera contribuição.”

CONSULTA

Formula-me, a consulente, ABIR – Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes, por intermédio de seu eminente advogado, Professor Doutor Igor Mauler Santiago, a seguinte consulta:

“Dispõe a Lei nº 4.454, de 31.03.2017, do Estado do Amazonas:

“Art. 1º Fica instituído adicional nas alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, nos termos do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal, com o objetivo de garantir à população do Estado do Amazonas o acesso a níveis dignos de subsistência.

§ 1º O adicional de que trata o caput deste art. será de 2 p.p. (dois pontos percentuais) e incidirá nas operações com os seguintes produtos:

- I – tabaco, charutos, cigarrilhas e cigarros;
- II – bebidas alcoólicas, inclusive cerveja e chope;
- III – armas e munições, suas partes e acessórios;
- IV – artefatos de joalheria e ourivesaria e suas partes;
- V – perfumes, águas-de-colônia, produtos de perfumaria ou de toucador e preparações cosméticas, produtos de beleza ou de maquiagem;
- VI – iates, barcos a remos, canoas, motos aquáticas e outros barcos e embarcações de recreio, esporte ou lazer;
- VII – aeronaves de recreio, esporte ou lazer;
- VIII – veículos automotores terrestres importados do exterior;
- IX – veículos automotores terrestres nacionais com capacidade superior a 2.000 c.c. (dois mil centímetros cúbicos), exceto utilitários;
- X – prestação de serviço de comunicação de televisão por assinatura;
- XI – combustíveis líquidos e gasosos derivados ou não de petróleo, exceto querosene de aviação – QAV, gasolina de aviação – GAV e gás de cozinha;
- XII – óleo diesel;
- XIII – concentrado, base edulcorante para concentrado e extrato para bebidas não alcoólicas.

§ 2º A partir de 2018, o adicional de que trata o § 1º deste artigo será reduzido à razão de: I – 0,10 p.p. (dez centésimos pontos percentuais) ao ano, para os produtos elencados nos incisos VIII a XI;

II – 0,40 p.p. (quarenta centésimos pontos percentuais) ao ano, para o produto elencado no inciso XII.

§ 3º O adicional de que trata este artigo incide:

I – no desembaraço na Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ da documentação fiscal que acobertar os produtos provenientes de outra unidade da Federação:

a) sujeitos à antecipação do ICMS de que trata o art. 25-B da Lei Complementar nº 19, de 29 de dezembro de 1997, hipótese em que deverá ser aplicada margem de valor agregado presumida prevista em Regulamento;

b) quando estiverem sujeitos ao regime de substituição tributária nas operações internas;

c) destinados a consumidor final, contribuinte ou não do ICMS;

II – no desembaraço aduaneiro dos produtos importados do exterior, hipótese em que deverá ser aplicada margem de valor agregado presumida prevista em Regulamento, caso o produto não esteja sujeito ao regime de substituição tributária;

III – na primeira operação interna de saída dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, fabricados no Estado do Amazonas;

IV – nas saídas interestaduais dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, quando houver acordo específico celebrado entre o Estado do Amazonas e a unidade federada de origem;

V – na primeira operação de saída de concentrado, base edulcorante para concentrado e extrato para bebidas não alcoólicas.

§ 4º Não se aplica em relação ao adicional de que trata este artigo:

I – o disposto no inciso IV do art. 158 da Constituição Federal, bem como qualquer desvinculação de recursos orçamentários, conforme previsto no § 1º do art. 80 do ADCT da Constituição Federal;

II – qualquer benefício ou incentivo fiscal ou financeiro.

Art. 2º Fica alterada a denominação do Fundo de Promoção Social de que trata a Lei nº 3.584, de 29 de dezembro de 2010, para Fundo de Promoção Social e Erradicação da Pobreza”.

Art. 3º Fica acrescentado o inciso VI ao art. 3º da Lei nº 3.584, de 29 de dezembro de 2010, com a seguinte redação:

“Art. 3º (...)

VI – o produto da arrecadação do adicional nas alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, destinado ao combate à pobreza, previsto em lei específica.”

Art. 4º Fica o Poder Executivo autorizado a expedir normas regulamentares para a execução desta Lei, inclusive para restringir as operações sujeitas ao adicional do ICMS de que trata o art. 1º desta Lei.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.”

Algumas associadas da ABIR produzem concentrados na Zona Franca de Manaus e os vendem em operações internas e interestaduais. Outras, sediadas em outras regiões do País, os adquirem de fornecedores estabelecidos na ZFM.

Isso posto, indaga-se:

1. É constitucional a instituição do adicional, à falta da lei complementar prevista no art. 82, § 1º, do ADCT? Favor considerar que, tendo sido criado por lei editada em 2017, o gravame não se beneficia da convalidação levada a efeito pelo art. 4º da EC nº 42/2003.

2. Qualquer que seja a resposta ao quesito 1, qual é a natureza jurídica do adicional em questão: ICMS, contribuição social ou outra?

3. À vista unicamente da redação do diploma estadual, é possível afirmar se o adicional pretende incidir apenas sobre as saídas internas de concentrado, ou também sobre as interestaduais?

4. Considerando, em tese, a segunda hipótese, pergunta-se: lei estadual poderia interferir na alíquota de operações interestaduais, considerado o art. 155, § 2º, IV, da Constituição?

5. Quanto às vendas internas: sendo insumos industriais, o concentrado, a base edulcorante para concentrado e o extrato para bebidas não alcoólicas podem ser considerados produtos supérfluos, para os fins do art. 82 do ADCT?

6. Em qualquer caso, o adicional poderia ser exigido em 2017?”

RESPOSTA

Algumas considerações preliminares fazem-se necessárias, antes de responder às seis questões formuladas.

A primeira delas diz respeito à competência concorrente.

Reza o art. 24 da CF que, em matéria tributária, a competência é concorrente, estando o art. 24, inciso I, assim redigido:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;”¹.

Por outro lado, no que diz respeito à competência concorrente, cabe à União o estabelecimento apenas de normas gerais, por força do § 1º, assim redigido:

“§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”².

Cabendo aos Estados legislar suplementarmente nesta matéria, para aprimorar a competência originária da União, nos termos do § 2º, cuja dicção segue:

“§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”³.

Apenas, se inexistente Lei Federal sobre normas gerais – necessariamente ordinária, pois a lei complementar é lei nacional –, cabe aos Estados exercer sua competência, nos termos do § 3º:

“§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”⁴,

lembrando-se que, no momento em que a lei federal for promulgada, a eficácia das leis estaduais desaparece, conforme determina o § 4º:

“§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”⁵.

Como se percebe, sobre as limitações pertinentes à competência concorrente sobre as dezesseis matérias que o constituinte autoriza para distingui-la da competência privativa de atribuições e legislativa da União (art. 21 e 22) e comuns legislativas das três entidades federativas (art. 23), houve por bem o legislador supremo bem definir suas regras.

O direito tributário é um dos ramos do direito, em que a competência concorrente pertine às diversas esferas da Federação.

Há, todavia, uma especificidade nesse ramo do direito, qual seja, a de que as normas gerais só podem ser estabelecidas por lei nacional, ou seja, lei complementar, por força do art. 146, inciso III, da Carta da República, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

.....

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)⁶.

Vale dizer, não lei ordinária, como no caso, por exemplo, das licitações – cujas normas gerais são veiculadas por lei ordinária, nos termos do art. 22, inciso XXVII -, mas lei nacional, que conforma o arcabouço em que se enquadra o sistema tributário brasileiro⁷.

De rigor, as competências impositivas das unidades federativas são privativas no concernente aos impostos, com clara definição delas na Carta da República, sendo a concorrente admissível quanto às taxas e contribuição de melhoria, pois os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais (arts. 148 e 149 da CF) são da competência privativa da União⁸.

Ora, exatamente, por ser lei necessária para estabelecer os critérios e os requisitos de que se revestirão as leis estaduais de incentivos de combate à pobreza mediante adicional de ICMS, o constituinte, ao criá-lo, determinou – pela EC nº 42/03 que modificou o texto da EC nº 31/00 – a lei complementar para definir:

- 1) quais os produtos e serviços seriam considerados supérfluos; e
- 2) quais as condições para a cobrança do adicional devem ser atendidas⁹.

Estão, o “caput” do art. 82 e seu § 1º, assim redigidos:

“Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)¹⁰.

Como tal lei não era necessária quando da vigência da EC nº 31/00, cuja dicção transcrevo:

“Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre os produtos e serviços supérfluos, não se aplicando, sobre este adicional, o disposto no art. 158, inciso IV, da Constituição.

§ 2º Para o financiamento dos Fundos Municipais, poderá ser criado adicional de até meio ponto percentual na alíquota do Imposto sobre serviços ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre serviços supérfluos”;

Houve por bem, o autor máximo legislativo, revalidar todas as leis criadas à luz da referida Emenda, em que tais condições, requisitos, produtos e serviços supérfluos não foram enumerados em Lei Complementar, pois desnecessários à época. Determina o art. 4º da EC nº 42/03, que:

“Art. 4º Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (primeiro grifo meu)¹¹.

Note-se que, nesta emenda constitucional, os prazos de revalidação das leis anteriores à EC 42/03 vão até o ano de 2010 apenas, por força do disposto no art. 79 da ADCT, cujo discurso é o seguinte:

“Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010)

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)”¹².

Apesar da prorrogação dos prazos do art. 79, em 2010, tal prorrogação não atingiu as leis revalidadas pela EC 42/03, pois os prazos estabelecidos pela revalidação das leis aprovadas até 2003 estavam petrificados em 2010, por força do art. 4º da referida Emenda.

Não se pode esquecer que o art. 83 do ADCT, assim redigido:

“Art. 83. Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, II, e 82, § 2º (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”;

Exigia lei federal para definição de produtos supérfluos, com o que a EC nº 42/03 para todas as leis anteriormente aprovadas supriu a inconstitucionalidade decorrente da falta da referida lei.

Da série de disposições atrás analisadas, pode-se, de plano, concluir, que:

a) Entre os anos de 2000 e 2003, por força da EC nº 31/00, os adicionais não poderiam ser criados livremente pelos Estados e DF, por falta de lei federal (redação anterior do art. 82 e § 1º no ADCT);

b) A EC nº 42/03 no art. 4º corrigiu e constitucionalizou as referidas leis criadas até 2003;

c) A partir de 2003, por força da EC 42/03, apenas após a edição de lei complementar passou a ser possível haver a criação do adicional de ICMS, vedada a edição de leis estaduais enquanto não editada aquela;

d) Todos os adicionais criados até a data de promulgação da EC 42/03 foram revalidados (art. 4º), não podendo, todavia, seu prazo ultrapassar o ano de 2010 (art. 79 do ADCT na redação à época da promulgação da EC 42/03);

e) A EC nº 67/2010 não revalidou os Fundos decorrentes do adicional do ICMS, pois o prazo estabelecido pela EC nº 42/03, art. 4º, teve sua eficácia esgotada no próprio prazo lá estabelecido, ou seja, 2010;

f) Toda e qualquer lei estadual que fosse instituída, após a EC 42/03 seria de notória inconstitucionalidade, por ferir diretamente o art. 82, § 1º da Constituição, e não indiretamente, pois, sem lei complementar editada, não se examinaria a violação como caso de legalidade, mas de manifesta inconstitucionalidade¹³; ou seja, maculação frontal ao texto da Carta Magna¹⁴.

Ora, a lei amazonense de nº 4454/17 fere a Lei Suprema, por estabelecer critérios e indicação de produtos e serviços NÃO CONSTANTES DE LEI COMPLEMENTAR – ainda inexistente –, não sendo hipótese de considerá-la como LEI SUPLEMENTAR. Só se pode suplementar aquilo que existe, por ser processo acessório do processo principal¹⁵.

Por outro lado, não se aplica à hipótese do § 3º do art. 24, visto que, para o direito tributário, normas gerais só podem ser estabelecidas por lei complementar, nos termos do art. 146, inciso III, do CTN e não pela lei ordinária federal.

Desta forma, nitidamente, não pode, o referido adicional, ser criado, enquanto a União não emprestar seu aparelho legislativo aos Estados, para definir as condições e indicar produtos e serviços que considere supérfluos, sobre os quais o referido adicional poderá incidir.

Esta inconstitucionalidade formal, portanto, é insanável.

Como segunda consideração, só é possível admitir o adicional do ICMS como sendo, efetivamente, adicional do ICMS. É o que, de forma clara, define o comando constitucional e é o que, nitidamente, decorre do exame do referido tributo.

Ao ler a opinião legal do eminente Secretário Executivo da Receita Amazonense, Dr. Hisashi Toyoda, que visualizou natureza jurídica de “contribuição” no imposto assim definido pelo constituinte, creio merecer reparo o raciocínio desenvolvido para chegar à conclusão não constante do texto constitucional¹⁶.

De início, alegra-me que o culto Senhor Secretário tenha hospedado tese que expus, no 2º Encontro Regional Latino Americano, em Porto Alegre, em 1976, ou seja, de haver uma divisão quinquipartida dos tributos, quando o CTN consagrara apenas três, e eminentes mestres defendiam somente duas (impostos e taxas)¹⁷. Parece-me, todavia, ter esposado inteligência do tema não condizente com o texto constitucional, que se refere expressamente a “adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS”.

O art. 82 do ADCT, § 1º, claramente, trata de imposto e não de contribuição.

Os dois equívocos de Sua Excelência residem, em primeiro lugar, no exame do art. 167, inciso IV, da CF, que proíbe vinculação de receitas de impostos, mas tem, na sua dicção, exceções de natureza constitucional.

Está assim redigido:

“Art. 167. São vedados:

.....

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003*);” (grifos meus)¹⁸.

Todas as ressalvas no texto são de vinculação de receita de impostos, em clara demonstração que impostos podem ter destinação vinculada. E dizem respeito à vinculação de receita de impostos não só definida no período constituinte, como também em emendas posteriores.

Ora, como o princípio da desvinculação não é uma cláusula pétrea, de impossível modificação, por não estar entre as hipóteses do § 4º do art. 60, cujo discurso se segue:

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

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais”;

À evidência, tal elenco de exceções pode ser acrescido de outras vinculações, que foi rigorosamente o que ocorreu, no referido dispositivo, quanto ao ICMS¹⁹.

O segundo ponto é que, se quisesse o constituinte permitir a criação de contribuição – como ocorreu na contribuição social sobre o lucro, em nível legislativo ordinário, com idêntica base de cálculo do imposto de renda – teria atribuído essa natureza ao adicional, e não de imposto, como o fez.

Até como homenagem ao bom senso do constituinte, não posso admitir que, por ignorância, tenha confundido, ao promulgar as Emendas Constitucionais nºs 31/00 e 42/03, contribuição com imposto.

É de se lembrar que a definição do art. 16 do CTN (legislação infraconstitucional anterior a CF de 88) fala em desvinculação, não obstante a CF de 88 ter aberto exceções vinculatórias²⁰.

Desta forma, entendo que o constituinte, ao criar o adicional do ICMS, criou imposto e não contribuição. Se quisesse adotar outra espécie tributária, teria manifestado isso expressamente, indicando tratar-se de contribuição com a mesma base de cálculo e não alargado o quadro de exceções do inciso IV, do art. 167²¹. Acrescesse que, pelo art. 149, as contribuições sociais são de exclusiva competência da União, abrindo-se uma exceção no § 1º às contribuições dos servidores do Estado e Municípios, se forem criados regimes próprios para eles.

É de se lembrar que o próprio art. 167, inciso IV, mereceu alargamento de exceções pela EC 29/2000, que trata de matéria também de conformação social, ou seja, saúde, estando o § 2º, do art. 198, assim redigido:

“§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)”²².

Como se percebe, a natureza jurídica do adicional é de imposto, devendo seguir, com rigor, o disposto no § 2º, do art. 155, da CF, em tudo o que diz respeito ao ICMS.

Uma terceira consideração faz-se também necessária, para o que tomo como patamar as considerações anteriores.

O art. 82, § 1º, da EC nº 42, que repito, estabelece:

“Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000).

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição”.

Refere-se ao ICMS e não a contribuição, ao exigir lei complementar, adotando, todavia os critérios de lei complementar específica para ICMS.

Ao referir-se ao 155, § 2º, inciso XII, trouxe a lei complementar de normas gerais para o campo do ICMS, imposto do qual o dispositivo efetivamente cuidara, impondo os mesmos critérios, requisitos e condições do inciso XII, do § 2º, do art. 155, a saber²³:

“§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

.....

XII – cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto;
- d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;
- e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, “a”;

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (Vide Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)“.

Ora, fosse, o adicional, contribuição, que não é, não haveria necessidade de referir para elaboração de critérios às normas gerais aplicáveis ao ICMS.

Manifestamente, a natureza jurídica do tributo é de imposto, configurando adicional de ICMS, como, de resto, nestes termos está enunciado na emenda constitucional²⁴.

Uma quarta consideração faz-se necessária.

Dispõe, o texto constitucional, que as alíquotas interestaduais seriam definidas apenas pelo Senado Federal, nos termos do § 2º, do inciso IV, do art. 155 da Lei Suprema, assim redigido:

“§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

.....

IV – resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação”;

A razão de a Casa da Federação – visto que a Câmara representa o povo e o Senado a Federação – ter a responsabilidade de determinar quais são as alíquotas interestaduais, decorre da necessidade de impedir que um tributo de vocação nacional, regionalizado na sua competência impositiva, pudesse gerar descompetitividade no concerto federativo, pelo impacto que poderiam criar as alíquotas diferenciadas nas relações interestaduais, o que representaria elemento de retrocesso econômico e guerra federativa e não de estímulo real para o desenvolvimento.

Por isto, o Senado teria que se transformar na verdadeira fonte de equilíbrio neste contexto, tendo eu já defendido que tal dispositivo constitui, de rigor, com o inciso VI, verdadeira cláusula pétrea, pois assegura a mais importante autonomia da tríplice autonomia federativa, que é a financeira, visto que a política e a administrativa dependeriam naturalmente do equilíbrio das contas públicas²⁶.

Ora, sem lei complementar a estabelecer condições e se se admitisse eventual eficácia da lei amazonense para incidir sobre operações interestaduais, estar-se-ia diretamente atingindo a espinha dorsal de um imposto de vocação nacional, centralizado na esmagadora maioria dos países que adotam tributação semelhante (IVA), mas que no Brasil foi regionalizado.

É por esta razão que a lei complementar faz-se necessária para, sem interferir na autonomia dos Estados, não macular a cláusula ouro do equilíbrio federativo, no concernente ao principal tributo da Federação, que é o ICMS.

Por esta razão é que, se constitucional fosse, que não é, a lei amazonense só poderia incidir nas operações internas, sem necessidade de se discutir inclusive a eficácia do art. 40 do ADCT, aprovado para outro contexto.

Duas últimas considerações fazem-se necessárias.

A primeira delas é que a Emenda Constitucional claramente fala em produtos e serviços supérfluos. Quais seriam? Não cabe a cada legislador defini-los, mas apenas ao legislador complementar. De qualquer forma, a expressão é clara, ao falar em produtos e serviços.

Quesnay ao elaborar o seu famoso “tableau economique” para mostrar o nível de evolução do processo produtivo, inspirou um Prêmio Nobel de Economia, Leontief, a elaborar um não menos famoso quadro superativo da economia de toda a produção possível, à luz de 3 etapas, ou seja, matéria-prima-insumo-produto final²⁷. A sua abrangência foi de tal ordem, que Marcos Cintra, no Brasil, imaginou o seu imposto único a partir de um cálculo possível da tríplice etapa Leontiefiana, com o que definiu alíquota substitutiva de todos os outros tributos à luz da circulação de matérias-primas, insumos e produto. Com ele discuti muitos anos, demonstrando eu a impossibilidade material de trazeremos a tabela leontiefiana para um cálculo atuarial no Brasil de alíquota possível, em face de diversos fatores que poderiam influenciar a sua conformação, tal como desintermediação bancária, evasão do sistema financeiro para outras soluções legais de aplicação etc.²⁸

O certo, todavia, é que a tríplice etapa de Leontief demonstra claramente que matéria-prima e insumos NÃO SÃO PRODUTOS FINAIS, sendo impossível seu enquadramento na definição de produtos supérfluos. Posso considerar um “sabonete” produto supérfluo, mas não o sebo que nele é utilizado, pela múltipla utilidade que possui. Posso considerar um perfume supérfluo, mas não o álcool de que se compõe, que pode também ser essencial nos hospitais.

Por isto o legislador complementar teria – para respeitar a Constituição – que definir aqueles produtos e serviços como supérfluos, para que os legisladores estaduais fizessem incidir o ICMS adicional e, nestes produtos, as matérias primas e os insumos não estariam jamais incluídos. E o art. 82, § 1º, da EC 42/03 fala em PRODUTOS e não em insumos ou matéria-prima.

Uma última consideração.

Se o adicional de ICMS é imposto e não contribuição, à evidência o art. 150, inciso III, letra “b”, da CF assim descrito teria que ser respeitado, estando redigido como se segue:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

III – cobrar tributos:

.....

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

.....²⁹.

É de se lembrar que as exceções contidas não abrangem o ICMS, como se lê no § 1º do referido artigo, com a seguinte dicção:

“§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”.

Ora, a Lei nº 4454/2017, se constitucional fosse, que não é, teria que entrar em vigor apenas em 2018, e não de imediato.

O princípio da anterioridade – que substituiu o princípio da anualidade consagrado na Constituição de 1946, pelo qual a lei tributária teria que ser aprovada não só no exercício anterior, mas antes da Lei Orçamentária, devendo ser aprovada, pois, até 15 de Novembro e não 31 de dezembro –, teria que ser respeitado pelo Governo amazonense, que foi levado, a meu ver, por equivocada interpretação, que via no adicional de ICMS não um adicional do ICMS, mas mera contribuição.

Colocadas tais premissas, passo a responder sucintamente às questões formuladas:

1. É constitucional a instituição do adicional, à falta da lei complementar prevista no art. 82, § 1º, do ADCT? Favor considerar que, tendo sido criado por lei editada em 2017, o gravame não se beneficia da convalidação levada a efeito pelo art. 4º da EC nº 42/2003.

– Não. Haveria necessidade de estipular condições em Lei Complementar, entendendo eu, também, que os próprios produtos e serviços supérfluos dependem de Lei Complementar, pois as duas dicções desembocam, no inciso 1º do art. 82 do ADCT, na imprescindibilidade de Lei Complementar³⁰. O art. 4º da EC nº 42/08, por só convalidar fundos criados até 2003, não beneficiaria a validade de lei amazônica, de publicação posterior, ou seja, 2017.

2. Qualquer que seja a resposta ao quesito 1, qual é a natureza jurídica do adicional em questão: ICMS, contribuição social ou outra?

– A natureza jurídica é claramente de imposto, não só na dicção da Lei Suprema como nas referências à Lei Complementar específica do ICMS.

3. À vista unicamente da redação do diploma estadual, é possível afirmar se o adicional pretende incidir apenas sobre as saídas internas de concentrado, ou também sobre as interestaduais?

– Se constitucional fosse, que não é, pois fere diretamente a Constituição – à falta de Lei Complementar, o vício da lei não seria de inconstitucionalidade indireta, mas direta; só poderia incidir sobre saídas para o mercado interno, visto que, nas operações interestaduais, dependeria da fixação das alíquotas pelo Senado Federal. Nesta matéria, não se cuida dos arts. 40, 92 e 92-A do ADCT, pois inaplicáveis à espécie³¹, visto que o art. 82 § 1º do ADCT é de caráter geral de incidência isonômica para todas as unidades federativas e não especificamente para a Zona Franca de Manaus.

4. Considerando, em tese, a segunda hipótese, pergunta-se: lei estadual poderia interferir na alíquota de operações interestaduais, considerado o art. 155, § 2º, IV, da Constituição?

– Não. O art. 155, § 2º, inciso IV, da Lei Suprema, assim redigido, é claro:

“§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

.....

IV – resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação; ...”

Somente o Senado poderia decidir sobre as alíquotas interestaduais.

5. Quanto às vendas internas: sendo insumos industriais, o concentrado, a base edulcorante para concentrado e o extrato para bebidas não alcoólicas podem ser considerados produtos supérfluos, para os fins do art. 82 do ADCT?

– Não. Não são produtos acabados, mas matérias-primas, razão pela qual o § 1º, do art. 82 delas não cuidou. A não essencialidade de um produto só pode ser referida ao produto final e não à matéria-prima. É de se lembrar que a lei fala em produto e não em insumos ou matéria-prima³².

6. Em qualquer caso, o adicional poderia ser exigido em 2017?

– Por ser imposto, o adicional não poderia ser exigido por força do art. 150, inciso III, letra “b” da Carta da República, cujo texto reproduzo:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

III – cobrar tributos:

.....

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

.....”

S.M.J.

São Paulo, 08 de maio de 2017.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

P2017-008 ABRIR ASSOC BRAS DAS INDS DE REFRIS – IVES

NOTAS

1 Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve:

“Cumprе notar que a competência concorrente pode ser de duas espécies: a cumulativa e a não-cumulativa. A cumulativa existe sempre que não há limites prévios para o exercício da competência, ou por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-Membro. Claro está que, por um princípio lógico, havendo choque entre norma estadual e norma federal num campo de competência cumulativa, prevalece a regra da União. E o que exprime o brocardo alemão: Bundesrecht Bricht Landesrecht (v. § 4º),

A não-cumulativa é que propriamente estabelece a chamada repartição ‘vertical’.

Com efeito, dentro de um mesmo campo material (concorrência 'material' de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo mais alto – a União – que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao ente federativo que é o Estado-Membro a complementação (v. §§ 1º e 2º). Diz-se, por isso, que cabe ao Estado-Membro uma competência 'complementar'. Admite-se até que, à falta dessas normas gerais o Estado-Membro possa suprir essa ausência (competência 'supletiva'). Entretanto, quem supre complementa. A norma que vem suprir um branco, evidentemente, complementa o ordenamento. Da mesma forma, quem complementa de certo modo supre, já que fecha um claro ao desdobrar a norma geral. Dessa correlação nasce o emprego impróprio das expressões competência 'complementar' e competência 'supletiva', em que incidem, por vezes, os próprios textos constitucionais (como era o caso do art. 8º, parágrafo único, da Constituição anterior). A essas expressões a Constituição vigente preferiu outra: competência 'suplementar', com igual ambiguidade" (Comentários à constituição brasileira de 1988, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1, p. 189).

2 Escrevi:

"O segundo aspecto a ser examinado é a questão de saber se a competência concorrente diz respeito apenas às leis ordinárias, isto é, se ao falar em competência concorrente, admitiu, o constituinte, que nela se incluísse a competência concorrente da União em produzir leis complementares e a dos Estados de supri-la por leis ordinárias.

Entendo que não. A competência concorrente só pode ser exercida pelas diversas entidades da Federação, na medida em que os veículos legislativos sejam do mesmo nível, ou seja, lei ordinária. Não há competência concorrente sempre que a Constituição impuser lei complementar para regular determinada matéria, posto que tal imposição torna privativa a competência da União para produzir, por maioria absoluta, o veículo diferenciado eleito pelo legislador supremo'.

Considero a lei complementar uma lei nacional. Inclusive no que diz respeito às leis complementares que veiculam normas auto aplicáveis (imposto sobre grandes fortunas), visto que a relevância da matéria é de tal ordem que sua implantação pode ocasionar distorções no exercício harmônico dos poderes federativos.

Por esta razão, tenho defendido a tese de que a lei complementar, que cria normas gerais, é lei da Federação e não da União, emprestando está seu aparelho legislativo à Federação, que, por maioria absoluta, das Casas Legislativas da própria Federação (Senado) e do povo (Câmara), produz uma lei de dignidade legislativa superior à lei ordinária' (Comentários à Constituição do Brasil, 3º volume, tomo II, Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, Ed. Saraiva, 2002, 2. ed., São Paulo, p. 73/74/75).

3 Comentei-o:

"Houve por bem, portanto, o constituinte, considerar que para a produção de normas gerais, por serem a Federação e a sociedade seus maiores interessados, não apenas a modesta lei ordinária federal, mas também a lei complementar nacional fosse veículo. E por ser o tributo uma norma legislativa de rejeição social, à evidência, se tais normas gerais não forem produzidas, não caberá aos entes federativos editar leis regulamentando o que é da competência da Federação. E que, à falta de produção das normas gerais pela Federação, na qual participam Estados, Distrito Federal, Municípios, não se admite que se possa aceitar uma produção infraconstitucional a favor de Estados e Municípios contra a sociedade.

Por esta linha de raciocínio, à nitidez, o § 2º apenas cuida de suplementação legislativa sobre normas gerais pelos Estados e Distrito Federal, veiculáveis por leis ordinárias federais, nunca por leis complementares" (Comentários à Constituição do Brasil, volume 3, tomo II, ob. Cit. p. 78).

4 Hugo de Brito Machado comenta-o:

"O art. 24 há de ser entendido como uma limitação genérica da competência legislativa dos Estados nas matérias que menciona. Em face dele, se outros artigos da Constituição nada estabelecessem a respeito, a União poderia estabelecer, mediante lei ordinária, normas gerais sobre tributação. Não pode fazê-lo, obviamente, porque na Constituição existem dispositivos outros que exigem, para tanto, o uso da lei complementar. Por isto, a nosso ver o art. 24 há de ser entendido como regra genérica, que na verdade é, e que por isto mesmo convive harmoniosamente com as regras especiais residentes na Constituição, que exigem lei complementar como instrumento normativo, em determinados casos" (grifos meus) (Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 15, cit., p. 464).

- 5 José Cretella Jr. escreve:
 “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspenderá a eficácia da lei especial estadual, naquilo que lhe for contrário.
 A lei estadual, ao ser editada, tem, como toda lei, vigência e eficácia. Sobrevindo a norma geral federal, a lei estadual continuará a ter vigência, até ser ab-rogada por outra lei estadual, mas a regra jurídica constitucional determina, de modo expresso, que a regra jurídica infraconstitucional não produza efeitos no mundo jurídico, isto é, determina a perda de eficácia da norma especial local” (Comentários à Constituição 1988, Forense Universitária, 1991, v. 4, p. 1814).
- 6 Escrevi:
 “Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.
 É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação – no que têm razão –, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (O sistema tributário na Constituição, Ed. Saraiva, 6ª ed., 2007, p. 123/125).
- 7 O art. 22, inciso XXVII, tem a seguinte dicção:
 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

 XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.
- 8 Os arts. 148 e 149 “caput” da CF estão assim redigidos:
 “Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
 I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
 II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, “b”.
 Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.
 Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.
- 9 Hamilton Dias de Souza ensina: “Alguns autores, como Geraldo Ataliba (Normas gerais de direito financeiro, RDP, 10:63), entendem que a lei complementar referida só pode dispor sobre conflitos de competência e regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar, lastreando sua convicção no fato de não existirem normas gerais que não tratem das duas matérias indicadas. Temos para nós, entretanto, que a norma geral tem campo próprio de atuação consistente em completar a eficácia de preceitos expressos e desenvolver princípios decorrentes do sistema. Isto porque a realidade brasileira exige uma formulação jurídica nacional que garanta a unidade e racionalidade do sistema, principalmente tendo-se em vista a estrutura federativa do regime e a consequente multiplicidade de Estados-Membros e municípios” (Curso de Direito Tributário, Saraiva, p. 30-1).
- 10 Celso Ribeiro Bastos ensina: “Esta espécie é aplicável a todas as leis complementares cuja ausência implica obstáculo à emanação da lei ordinária com ela materialmente aparentada. Nesta categoria em estudo, à lei complementar compete um papel tão proeminente, na disciplina-

ção final da matéria, que a sua omissão acarreta uma inviabilidade lógica ao surgimento da lei ordinária. Esta ostenta uma dependência tal da lei complementar a ponto de só ser concebida à luz dos dados e critérios fornecidos pela lei complementar. O que é importante frisar é que, de modo algum, deve-se vislumbrar, na espécie, uma subordinação hierárquica. A lei ordinária tem, inequivocamente, matéria própria, diretamente outorgada pela Constituição. Veja-se, por exemplo, o que se dá com a criação de um empréstimo compulsório. A instituição do empréstimo só se dá por via da lei comum. Acontece, entretanto, que o art. 18, 3º, da Constituição Federal condiciona essa criação à obediência de casos excepcionais definidos em lei complementar. A toda evidência, resulta claro que o estabelecimento do empréstimo compulsório fica na estreita dependência de leis complementares autorizadas. A ausência destas gera a absoluta inviabilização de uma lei ordinária que, implícita ou explicitamente, tente substituir-se à norma complementar faltante” (grifos meus) (Lei Complementar – teoria e comentários, Saraiva, 1985, p. 40-1).

- 11 O Tribunal de Justiça do Piauí, no Processo de Reexame Necessário e Apelação Cível nº 2011.0001.006239-8-Teresina, decidiu pela inconstitucionalidade da Lei do Piauí nº 5622/06 que criava o adicional com o argumento constante da ementa de que:
“No mérito, tendo a Emenda Constitucional n. 4212003 alterado, além do art. 83 do ADCT, também o art. 82, §1º., exigindo a edição de lei complementar para que os Estados pudessem se valer da autorização nele prevista, padece de aparente inconstitucionalidade o art. 6º., da Lei Estadual n. 5.62212006, que excluiu os Municípios piauienses da repartição da parte do ICMS afetada ao FECOP antes mesmo do advento daquele diploma federal. Inaplicabilidade ao caso dos precedentes do STF relativo ao FECOP do Rio de Janeiro, pois o fundamento desta orientação (art. 40 da EC n. 4212003) só alcança os Fundos instituídos até 2003, tendo o do Estado do Piauí sido criado depois disso, apenas em 2006” (grifos meus).
- 12 A EC nº 67/10, por seu art. 1º prorrogou por tempo indeterminado tal prazo, estando assim redigido: “Art. 1º Prorrogam-se, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o caput do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001, que “Dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos arts. 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.
- 13 Rafael Alves dos Santos e Fábio Fraga contestam a constitucionalidade da própria revalidação, ao dizerem: “Em que pese a flagrante inconstitucionalidade dessas leis estaduais, a EC 42/2003 pretendeu convalidá-las, nos seguintes termos: “Art. 40 Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”
Além de ter procurado convalidar as inconstitucionalidades que acometiam as aludidas leis estaduais, a EC 42/2003 excluiu a necessidade de lei federal para a definição dos produtos supérfluos, bem como dispôs que o adicional do ICMS permaneceria em vigor até o ano 2010” (site Consultor Jurídico, 23/Maio/2016).
- 14 É de se observar que a lei complementar 111/2001, que é anterior à EC nº 42/03, cuida de Fundo Federal de Combate à Pobreza decorrente do processo de desestatização de empresas públicas e de economia mista a que se refere o art. 81 do ADCT assim redigido:
“Art. 81. É instituído Fundo constituído pelos recursos recebidos pela União em decorrência da desestatização de sociedades de economia mista ou empresas públicas por ela controladas, direta ou indiretamente, quando a operação envolver a alienação do respectivo controle acionário a pessoa ou entidade não integrante da Administração Pública, ou de participação societária remanescente após a alienação, cujos rendimentos, gerados a partir de 18 de junho de 2002, reverterão ao Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010)”.
- 15 Lei Federal é lei ordinária. Lei Complementar é lei nacional. Não se deve confundir, todavia, o disposto no § 2º do art. 24 com o art. 34 “Caput” e §§ 3º e 4º do ADCT que permitia aos Estados

tão logo promulgado a Constituição de dispor sobre determinadas matérias reservadas à Lei Complementar, enquanto esta não fosse promulgada. A competência suplementar decorre do próprio texto constitucional transitório para dar eficácia a Lei Suprema.

16 São suas conclusões:

“VI CONCLUSÕES.

Pelas razões apontadas, resta evidente que o adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, destinado ao Fundo de Combate à Pobreza:

1 Possui natureza jurídica que não se confunde com o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação;

2. Tem natureza jurídica de contribuição social destinada à seguridade social;

3. Aplica-se a essa contribuição, para fins de efeitos tributários, o Princípio da Anterioridade Nonagesimal ou da Noventena;

4. O adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, por ter natureza de contribuição social, tem incidência tributária cumulativa, não se aplicando a ela, sob pena de ofensa a comando constitucional, princípios próprios do ICMS..

5. O instrumento legal para criação do adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, destinado ao Fundo de Combate à Pobreza, em obediência a regramento constitucional, é a lei ordinária.

Secretaria Executiva da Receita, 13/03/2017” (cópia a que tive acesso).

17 “Uma divisão quinquipartida dos tributos”, Ives Gandra Martins, Ed. Resenha Tributária/ILAFF, 1976.

18 Escrevi, ao comentá-lo, ainda na redação anterior, que:

“A interdição hoje é apenas parcial, na medida em que a Carta Magna consagra a divisão quinquipartida dos tributos, sendo o imposto, embora o mais relevante, apenas uma das espécies. O art. 160, todavia, proíbe a vinculação de toda espécie de recursos – inclusive de impostos – nas relações entre os entes federativos, abrindo, porém, exceção à possibilidade de a União condicionar a transferência de recursos de natureza tributária.

Entendo eu, ao interpretar aquele artigo, que tal privilégio ofertado à União foi intencional na Constituinte, na medida em que a União ganhou atribuições e perdeu receitas, razão pela qual os outros entes federativos, que tiveram o espectro de suas receitas aumentado, seja por imposição direta, seja por transferência, não devem atrasar o pagamento de seus débitos. Em face, portanto, do novo perfil de atribuições e transferências, a União foi privilegiada.

Assim sendo, embora sem referência no inciso IV, o art. 160 representa também exceção à regra, mormente levando-se em consideração que o princípio mencionado, por ser geral, deve ser de aplicação imediata a Estados, Municípios e Distrito Federal’.

A primeira exceção ao princípio geral diz respeito à repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159. Sendo a matéria de disposição constitucional e de repasse obrigatório, à evidência, o imposto recolhido pela União e pelos Estados, em que há participação de outro ente federativo, teria de necessariamente não ficar subordinado, na parte transferível, à não-vinculação. Se o inciso IV fosse omissivo, poder-se-ia estabelecer conflito, posto que a vinculação mencionada decorre de imperativo constitucional’.

O mesmo se diga do art. 212. A imposição é constitucional. Já vinha do Texto pretérito, como forma de incentivar o ensino, destinando-se maiores recursos a finalidade tão essencial” (Comentários à Constituição do Brasil, 6 volume, tomo II, Ed. Saraiva, p. 376/7).

19 Escrevi sobre o artigo:

“O segundo aspecto diz respeito a expressão “tendente a abolir”. Muitos veem, na referida expressão, apenas um limite máximo (abolição) e não um limite médio (manutenção das cláusulas pétreas ou alteração). Para estes uma alteração conceitual de cláusula pétrea sem aboli-la, não estaria vedada pela Constituição. Acrescentam, tais intérpretes, a inteligência de que o nível de generalidade a que se referem os quatro incisos do § 4º se interpretados de forma inelástica tornaria toda a Constituição imodificável, o que seria um contrassenso.

Tenho para mim que a melhor interpretação é aquela pela qual qualquer “alteração” implica abolição do “dispositivo” alterado, o que vale dizer, não só cuidou o legislador supremo em

“abolição completa” de qualquer das cláusulas, mas também da abolição parcial por alterações tópicas dos referidos privilégios.

Desta forma, qualquer alteração implicaria uma abolição parcial” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, Tomo I, Ed. Saraiva, p. 395).

20 Está o art. 16 do CTN assim redigido:

“Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”

21 André Zancanaro Queiroz, Marcos Aurélio Pereira Valadão e Rodrigo Moreira Lopes escrevem:

“Em que pese interpretação isolada do art. 82, §1, do ADCT induzir a considerar que se trata de um novo tributo, após interpretação sistemática, entendemos se tratar de hipótese contrária, de que se trata de uma alteração na competência de instituir o ICMS, enquanto exceção ao princípio da não afetação dos impostos, prevista no art. 167,1V, da CF.

Como se percebe, o texto constitucional diz se tratar de alíquota do ICMS, enquanto adicional, e que deve obedecer a legislação atinente a este tributo, mencionando a lei complementar prevista no art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal. Além disso, o art. 82, § 1º, do ADCT ainda menciona claramente outro dispositivo do texto constitucional que faz referência ao ICMS, o art. 158, IV” (p. 308, REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFBA).

22 Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece:

“Exceções. Abre a Constituição algumas exceções ao princípio da não-vinculação. A primeira concerne à atribuição aos Municípios do produto, de parcela desse produto, da arrecadação de determinados impostos que enuncia o art. 158 (v. supra) . A segunda, a atribuição ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, de um lado, e ao Fundo de Participação dos Municípios, de outro, de parcela do produto da arrecadação de impostos federais (v. supra, art. 159). Terceira, a prevista no art. 212 (v. infra) para a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Quarta, a concessão de garantia em operações de crédito por antecipação de receita, que admite o art. 165, § 8º (v. supra). A última, decorrente da Emenda nº 3/93, é relativa à prestação de garantia ou contra garantia à União e para pagamento de débitos para com esta (v. infra, § 4)” (p. 160, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 2, Saraiva, 1999).

23 Escrevi:

“O inciso XII cuida da lei complementar para o ICM.

Em rigor, alguns aspectos reiterados no inciso XII já estavam delineados no art. 146 da Constituição Federal. Outros, todavia, são enumerados nas sete letras do inciso.

Já no direito pretérito a matéria fora tratada de forma mais ampla que a descrita no § 1º do art. 18 da Emenda Constitucional n. 1/69. Compreende-se a necessidade de um alargamento da área de atuação da lei complementar quanto ao ICM passado e ao atual ICMS. Sendo um imposto nacional de competência dos Estados, com implicações várias, decorrentes do princípio da não-cumulatividade, à evidência, teria que possuir um regramento supra ordinário maior que o dos outros impostos, a fim de evitar conflitos desnecessários e violações à estabilidade do sistema.

Esta é a razão pela qual pormenorizou o constituinte as áreas maiores de atuação da lei complementar no que diz respeito ao ICMS” (p. 535/6, Comentários à Constituição do Brasil volume 6, tomo I, Ives Gandra Martins e Celso R. Bastos, Ed. Saraiva, 2001).

24 Igor Mauler Santiago, na opinião que tive oportunidade de ler, com precisão, esclarece:

“Acaso superada esta dificuldade, cumpre definir a natureza jurídica da exigência em exame. A questão é singela, tendo em vista que todo tributo adicional tem a mesma natureza jurídica daquele que lhe serve de referência.

Podemos invocar como exemplos: o Adicional Estadual do Imposto de Renda (CF/88, art. 155, II, depois revogado pela EC nº 3193), o adicional de 10% ao IRPJ para a parcela do lucro que exceder por mês (Lei nº 9.249/195, art. 3º, § 11), o adicional de COFINS-Importação para os produtos beneficiados, no mercado interno, pela desoneração da folha de pagamentos (Lei nº 12.546/2011, art. 21) e o adicional federal ao Imposto de Herança objeto da PEC nº 96/2015, para ficar apenas nos exemplos mais recentes.

Com o ICMS não seria diferente, sendo evidente que o adicional de ICMS para o fundo de combate à pobreza não é outra coisa senão ICMS. O texto do art. 82 do ADCT reforça esta conclusão, quando alude a simples acréscimo de alíquota, atestando que, no mais, não há nenhuma diferença estrutural entre o imposto originário e o seu adicional.

A conclusão é referendada pelo seguinte acórdão do TJ/SE, que declara tratar-se de imposto cuja receita pode ser, excepcionalmente, afetada:

“Mandado de Segurança. Tributário. Lei Estadual nº 4.73112002. Adicional de alíquota do ICMS. Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Inconstitucionalidade. Precedente. Vedação de vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa. Princípio da Seletividade. Segurança concedida. Decisão unânime.

Revela-se inconstitucional o art. 20 da Lei Estadual nº 4.73112002, por definir os produtos e serviços supérfluos sobre os quais deve incidir o adicional de alíquota do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, posto usurpar competência da União, consoante o art. 83 da ADCT, na redação da Emenda Constitucional nº 31/2000.

Conquanto o inciso IV do art. 167 da Carta Magna vede a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, a regra admite exceção, não incidindo sobre os Fundos de Combate à Pobreza, por força do § 1º do art. 80, da ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 31/2000, sendo extensiva aos fundos de todos os entes públicos, não somente ao da União.

O Princípio da Seletividade do ICMS, visualizado no Inciso II, § 2º, do art. 155 da CF, diz respeito à essencialidade do insumo, qualidade essa que é determinante da exclusão da mercadoria ou do serviço do conceito de superfluidade de que fala o art. 83 da ADCT. Inclui-se na conceituação de serviço essencial o relativo a TV a cabo, entendimento que se extrai da Lei Federal nº 8.977, de 6 de janeiro de 1996, que dispõe sobre tal serviço.” (MS nº 2004106636, DJ 23/02/2005).

O regime jurídico a ser considerado é, portanto, aquele aplicável ao ICMS”.

25 Escrevi:

“Um último aspecto merece ser examinado, a saber, se poderá o Senado Federal estabelecer limites de alíquotas para atuação dos Estados, determinando o máximo e mínimo para tais operações e prestações de serviços.

Entendo que não, em face de o inciso IV apenas ser aplicável às operações em prestação de serviços interestaduais e internacionais.

Por tais operações e prestação de serviços as alíquotas são por inteiro estabelecidas pelo Senado, sem possibilidade de os Estados atuarem entre seus limites. Desta forma, a competência é plena e excludente, inadmissível delegação de competência impositiva para estabelecer alíquotas diversas daquelas determinadas pelo Senado.” (grifos não constantes do texto) (Comentários à Constituição do Brasil, 6º volume, tomo I, Ed. Saraiva, p. 463).

À evidência, há de se respeitar a exceção do inciso VI.

26 Com Paulo de Barros Carvalho escrevi o livro “Guerra Fiscal – Reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS” (Ed. Noeses. 2015), defendendo esta imodificabilidade do pacto federativo através da preservação da autonomia financeira das entidades.

27 Wassily Leontief, “A economia do insumo-produto”, Ed. Abril, 1983.

28 Carlos Langoni lembra que o próprio Leontief sabia das limitações de seu planejamento:

“Paralelamente, Leontief tem perfeita noção da falibilidade relativa do planejamento, tanto quanto é capaz de se dar conta dos motivos que o levam a ocasionalmente falhar. Mas invariavelmente defende que o próprio homem, querendo lançar mão de sua inventiva e recorrendo às suas reservas morais e de vontade, consegue promovê-lo satisfatória e eficazmente. Para Leontief, porém, o exercício do planejamento se esvazia quando este se distancia de sua genuína destinação humana; para ele, portanto, qualquer plano desvinculado de um projeto global de cunho social é espúrio.

Embora sua trajetória como cientista social e, sobretudo, como cientista econômico sempre se haja mostrado fecunda, só agora, quando se aproxima dos dias atuais, é que Leontief vem aos poucos liberando alguns dos resultados da sua especial sensibilidade na percepção de fenômenos inacessíveis às pessoas em geral; desse modo, as ideias que deixa transparecer referem-se menos a matéria passível de mensuração matemática e mais a assunto de natureza subjetiva, situado no íntimo dos indivíduos e dos comportamentos grupais” (“A economia do produto-insumo”, Ed. Abril, Apresentação de Carlos Mangone, p. X).

29 Alexandre de Moraes explica:

“A EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003, ampliou a proteção aos contribuintes, estabelecendo nova restrição à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ao vedar a cobrança de tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Trata-se de norma geral que ampliou a aplicação do princípio da anterioridade mitigada e anterioridade nonagesimal, já existente em nossa Constituição, para fins de cobrança de contribuições sociais (CF, art. 195, § 62).

Observe-se, porém, que a nova disciplina do princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal não exclui a incidência do tradicional princípio da anterioridade, determinando o art. 150, III, c, que ambos sejam aplicados conjuntamente, ou seja, em regra, os tributos somente poderão ser cobrados no próximo exercício financeiro de sua instituição ou majoração, e no mínimo, após 90 dias da data em que haja sido publicada a lei, evitando-se, assim, desagradáveis surpresas ao contribuinte nos últimos dias do ano” (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 9ª. ed., Atlas, São Paulo, p. 1777).

- 30 Luiz Roberto Barros Farias e Manoel Cavalcante de Lima Neto esclarecem que considerar essencialidade elemento político da avaliação e não jurídico não é correto.

“Já na primeira parte do desenvolvimento, analisamos como a escolha das alíquotas acaba sendo feita livremente, sob o falso argumento de que seria uma atividade exercida no âmbito político, longe da influência jurídica. Dessa forma, fizemos a relação entre política e direito, para comprovar que aquela não pode agir de forma desconectada com o segundo, sob pena de arbitrariedade e ilicitude” (Revista da ESMAL, Maceió-AL, n. 1, p. 53-94, 2016).

- 31 O art. 40 do ADCT tem a seguinte dicção:

“Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

.....

Art. 92. São acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

Art. 92-A. São acrescidos 50 (cinquenta) anos ao prazo fixado pelo art. 92 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 83, de 2014)”.

- 32 Leontief escreve:

“O método de insumo-produto é uma adaptação da teoria neoclássica do equilíbrio geral para o estudo empírico da interdependência quantitativa entre atividades econômicas inter-relacionadas. O método foi originariamente desenvolvido para analisar e avaliar as relações entre os diversos setores produtivos e de consumo de uma economia nacional, mas vem sendo aplicado ao estudo de sistemas econômicos menores, como uma área metropolitana, ou até mesmo ao estudo de uma grande empresa individual integrada; também vem sendo aplicado à análise das relações econômicas internacionais.

Em todos os casos, o método de abordagem é basicamente o mesmo: a interdependência entre os setores individuais de um dado sistema é descrita por um conjunto de equações lineares; suas características estruturais específicas refletem-se, assim, na grandeza numérica dos coeficientes dessas equações. Estes coeficientes têm que ser determinados empiricamente; na análise das características estruturais de toda uma economia nacional, eles geralmente derivam da chamada tabela estatística de insumo-produto” (A Economia do insumo-produto”, ob. Cit. p. 73).



ARQUIVO PESSOAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal);

Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.



divulgação

João Miguel Silva

Vedação legal à compensação de estimativas mensais de IRPJ e CSLL – Lei nº 13.670/18 e IN RFB nº 1.810/18

Em mais um ato revelador do descontrole governamental na administração do orçamento nacional e desespero do gestor das finanças públicas, em 30 de maio de 2018, foi publicada em edição extra do Diário Oficial da União a Lei nº 13.670/18, que dentre outras matérias altera a Lei nº 9.430/96, no que diz respeito à compensação de tributos federais.

Referida lei impede a *compensação* de débitos de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, já a partir da data publicada.

Na prática, de acordo com a nova lei, as pessoas jurídicas tributadas pelo regime do Lucro Real Anual, que apurarem estimativas mensais de IRPJ e CSLL a pagar (com base na receita bruta ou balancete mensal acumulado), a título de antecipação do devido anual, devem recolher por meio de DARF as referidas antecipações, estando impedidas de compensar estas com quaisquer créditos tributários que porventura detenham, inclusive saldo negativo anterior de IRPJ e de CSLL.

A Receita Federal do Brasil (RFB) regulamentou a matéria, confirmando a restrição, por meio da IN RFB nº 1.810/18 (DOU de 14.06.2018) ao disciplinar como uma das hipóteses de vedação de compensação e em decorrência de compensação não declarada, caso haja entrega de DCOMP que tenha por objeto os débitos de IRPJ e CSLL estimativas mensais.

Vale frisar que além do disposto na Lei nº 13.670/18 e na IN RFB nº 1.810/18, as empresas devem atentar que a RFB manteve a outra restrição (IN RFB nº 1.765/17) de utilização do Saldo Negativo de IRPJ ou de CSLL, permitindo sua utilização somente após a confirmação da transmissão da ECF (Escrituração Contábil e Fiscal) que demonstra o detalhamento do direito creditório do período de apuração, inclusive no caso de apuração especial decorrente de extinção, cisão, fusão ou incorporação (diga-se, regra imposta ilegitimamente pela IN RFB nº 1.765/17, com vigência a partir de primeiro de janeiro 2018).

De tudo isso, é perceptível que é reservada às empresas que se sentirem lesadas exercerem os seus direitos e recorrerem ao Judiciário em busca da permissão para compensar na DCOMP as estimativas mensais de IRPJ e CSLL, a partir de 30 de maio de 2018, na situação que detém créditos anteriores de tributos administrados pela RFB, inclusive saldo negativo de IRPJ e CSLL formado em período-base definitivo anterior.

Por fim, não é demasiado esclarecer que as empresas ao recolherem as estimativas mensais (por meio de DARF) podem deduzir tais recolhimentos nas apurações de IRPJ e CSLL com base nos balancetes mensais acumulados seguintes, não havendo restrição por parte da RFB nesse particular, sendo que no final do período anual poderá resultar em saldo negativo do IRPJ e CSLL a ser utilizado após a transmissão da ECF do ano-calendário correspondente, para a compensação de outros tributos federais (PIS, COFINS, IPI e outros, exceto IRPJ e CSLL mensal estimados). ◻

J. MIGUEL SILVA é Advogado, Contador, Coord. Técnico dos cursos da SABER Treinamento Profissional e Sócio-diretor da Miguel Silva & Yamashita Advogados.

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



(61) **3225-6419**

www.zkeditora.com

**conceito
juridico**

trabalhista, sindical
& previdenciário

**prática
forense**

administrativo
& político