

# conceito jurídico

ano III | julho de 2019 | nº 31



João Gaspar Rodrigues

Desmilitarização do  
sistema prisional

Pág. 7



zakarewicz  
editora

## Transições legislativas referentes à Lei Geral de Proteção de Dados



**OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO**  
Eduardo Luiz Santos  
Cabbete

Denúnciação caluniosa  
eleitoral: Lei nº 13.834/19



**VISÃO JURÍDICA**

Almir Pazzianotto Pinto

A OIT e o Tratado de Versalhes



**PORTAL JURÍDICO**

Ivan Barbosa Rigolin

Prescrição de ADINs – Se  
ADIN não é ação de  
ressarcimento, então prescreve

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



A continuidade da obra Pág. 7

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, 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, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., 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, Nelson 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.

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** ZK Editora

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeeditora.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**

comercial@zkeeditora.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



*Sérgio Ricardo Nutti Marangoni*

## MP da liberdade econômica e seu caráter desenvolvimentista

**A** final, para que serve o Direito? Apressadamente muitos responderão: “para se fazer justiça”. Esta é uma discussão antiga e não há dúvidas de que seja uma resposta pertinente sob as óticas da sociologia, da filosofia, da antropologia e de outras ciências sociais. Entretanto, do ponto de vista meramente econômico, qual a função do Direito?

Previsibilidade. Segurança para os agentes econômicos. Normas claras e simples aumentam significativamente o apetite de investidores para a alocação de recursos em determinado País, da mesma forma que normas confusas, regras em excesso e a variação constante de sua interpretação provocam uma anorexia de investimentos.

Não se pretende discorrer sobre os conceitos de Direito e Economia de uma forma completa, mas apenas ressaltar, numa visão absolutamente pragmática, que o aumento dos custos de transação, causado por uma legislação obesa, muitas vezes incoerente e agravada por interpretações criativas de nossos Tribunais, é causa de afastamento de novos investimentos no País. Sistema tributário complexo, com a edição de centenas de normas diárias e legislação trabalhista ainda arcaica e protetora em muitos aspectos, bem como emaranhado de regras, autorizações, alvarás etc., exigidos para a abertura de um novo negócio são exemplos dos altos custos de transação e baixo incentivo.

Neste contexto surge a MP 881/19, chamada “MP da Liberdade Econômica”, criando a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, fomentando a garantia da livre iniciativa e alterando alguns artigos do Código Civil, dentre outras disposições. Ato contínuo, começam as críticas à sua edição, notadamente por parte da comunidade jurídica. Vejamos três das alterações propostas no Código Civil: (i) definição do que se entende por “desvio de finalidade” e por “confusão patrimonial” no art. 50 que trata da desconsideração da personalidade jurídica; (ii) aplicação da “função social do contrato” de acordo com os princípios contidos na Declaração

de Direitos de Liberdade Econômica (complemento do “caput” do art. 421) e introdução de um parágrafo único neste artigo determinando a intervenção mínima do Estado em relações contratuais privadas; e (iii) introdução de um parágrafo único no art. 423 estabelecendo que a dúvida na interpretação de determinada cláusula contratual não poderá beneficiar a parte que a redigiu.

Em que pese a existência de críticas pertinentes à MP, notadamente nos aspectos regulatórios de Mercado de Capitais, onde a maior e melhor normatização seriam bem vindas e aumentariam a segurança jurídica, nas alterações acima referenciadas do Código Civil, a MP acerta ao tornar conceitos principiológicos mais palpáveis e ao reduzir o grau de interferência do Estado (via Poder Judiciário) em contratos entre particulares.

A definição de “desvio de finalidade” e de “confusão patrimonial” é adequada e propiciará previsibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que é uma medida excepcional, ao romper com a separação patrimonial existente entre patrimônio da pessoa jurídica e patrimônio de seus sócios.

A limitação do raio de aplicação da “função social do contrato”, cujo conceito é ainda hoje amplamente debatido nos Tribunais e no meio acadêmico, haja vista representar uma norma principiológica, de amplo espectro, é também salutar. Aliás, neste ponto, a MP poderia ter ido além e definido, assim como o fez no caso do art. 50, o que é enfim a função social do contrato. Pertinente, também, a introdução do parágrafo único no art. 421, introduzindo regra de intervenção mínima do Estado e de revisão contratual excepcional, em relações contratuais privadas. Reforça-se o conceito de “pacta sunt servanda”. Ou seja, os contratantes devem respeitar e cumprir o que convencionaram.

O parágrafo único introduzido ao art. 423 causou estranheza no mundo jurídico ao disciplinar que determinada cláusula contratual, em caso de dúvida, não poderá ter uma interpretação que beneficie a parte que a redigiu. A meu ver, o único estranhamento possível é de forma, mais precisamente de onde se encontra previsto, como parágrafo único do art. 423 que trata no seu *caput* de contratos de adesão. O ideal seria que fosse um artigo novo e geral, endereçado a todos os contratos particulares, salvo os de adesão, que já possui a norma específica.

De qualquer forma, o conteúdo da nova norma é excelente. É muito melhor que, em caso de controvérsia, determinada cláusula seja interpretada conforme a intenção das partes contratantes e não conforme um juiz entenda que tenha sido a vontade das partes contratantes. Há evidente redução da insegurança jurídica na interpretação dos contratos. Bastará às partes, devidamente assistidas por seus advogados, indicar de forma clara nos próprios contratos, quem redigiu e/ou sugeriu a redação de cada cláusula. Obviamente, que se a cláusula é fruto de negociação, tal fato também constará do contrato. Os contratos deverão ser mais bem redigidos, tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo. Valoriza-se, inclusive, a profissão do advogado, reduzindo-se os custos e riscos de litígios futuros.

A MP 881/19 comporta críticas e melhorias, porém seus acertos e seu objetivo normativo-desenvolvimentista são muito maiores. Em vez de somente criticar-se o que pode ser melhorado, deve-se elogiar a utilização de conceitos modernos e que favorecem a livre iniciativa e o desenvolvimento de novas tecnologias. 

# SUMÁRIO

3

COM A  
PALAVRA

**MP da liberdade econômica e seu caráter desenvolvimentista**

Sérgio Ricardo Nutti Marangoni

9

PAINEL  
ECONÔMICO

**O Presidencialismo de Coalizão Fracassou**

Armando Castelar

14

PAINEL DO  
LEITOR

**Reforma tributária simples e praticável**

Amadeu Garrido de Paula

19

DESTAQUE

**O Brasil nas águas do Jordão. Uma nova era das relações internacionais**

Henrique Nelson Calandra e Sergio Ricardo Amaral Gurgel

25

CAPA

**As Mudanças na LGPD**

Felipe Palhares

30

CAPA

**LGPD: o fim da saga da ANPD?**

Danilo Roque e Maria Fernanda R. Assad Girard

35

CAPA

**Setor de saúde e os desafios impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados**

Sandra Franco

7

ENTREVISTA

**Desmilitarização do sistema prisional**

João Gaspar Rodrigues

11

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**Impactos da nova lei para mudanças nas licitações e contratos públicos**

Pedro Teixeira Leite Ackel e Julio Cesar Chaves

17

DIREITO E  
BIOÉTICA

**Do fenótipo feminino para o masculino**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

22

CAPA

**Transições legislativas referentes à Lei Geral de Proteção de Dados**

Matheus Marques Borges

28

CAPA

***Habemus* Autoridade Nacional de Proteção de Dados**

Luiz Augusto Filizzola D'Urso

32

CAPA

**LGPD ou a lei que protege a todos nós**

Alessandra Gonsales

39

CAPA

**LGPD: controlador e operador devem estar em sintonia para a mitigação de riscos**

Talita Orsini de Castro Garcia

**42** | **Direitos dos consumidores na nova fase do cadastro positivo de crédito**

CAPA

Isabela Vilhalba

**47** | **A reforma da Previdência, a preferência dos números e a proteção sem futuro**

IN VOGA

Sérgio Henrique Salvador

**52** | **Prescrição de ADINs – Se ADIN não é ação de ressarcimento, então prescreve**

PORTAL JURÍDICO

Ivan Barbosa Rigolin

**62** | **As inconstitucionalidades do Diferencial de Alíquota (“DIFAL”) de ICMS para empresas optantes do Simples Nacional**

CONJUNTURA

Rafael Santiago Araujo

**74** | **A OIT e o Tratado de Versalhes**

VISÃO JURÍDICA

Almir Pazzianotto Pinto

**80** | **Utilização das criptomoedas no setor empresarial**

TENDÊNCIAS

Viviane Torres

**85** | **Funcionalidade da investigação criminal**

DOCTRINA

Francisco Sannini Neto

**45** | **LGPD: encontre as respostas para as perguntas certas**

CAPA

Enio Klein

**50** | **Fundos imobiliários?**

PLANEJAMENTO FINANCEIRO

Roberto Costa Agi

**60** | **O Município como ponto de partida para o exercício da cidadania**

CONTEXTO

Allan Titonelli Nunes

**68** | **Denúncia caluniosa eleitoral: Lei nº 13.834/19**

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Eduardo Luiz Santos Cabette

**77** | **Compliance e o sistema jurídico hospitalar**

GESTÃO EMPRESARIAL

Valéria Aparecida Nogueira

**82** | **Princípio da precaução no Direito Ambiental**

ENFOQUE

Eurípedes José de Souza Junior

**96** | **Novas diretrizes trarão mais eficiência para o recall no Brasil**

PONTO DE VISTA

Gustavo Milaré Almeida e João Pedro Alves Pinto



*João Gaspar Rodrigues*

ARQUIVO PESSOAL

# Desmilitarização do sistema prisional

Em entrevista para a Revista Conceito Jurídico, o Promotor de Justiça do Amazonas, João Gaspar Rodrigues, fala sobre o sistema prisional e como a desmilitarização será um passo gigantesco para a solução de muitos problemas enfrentados por todos. “Desmilitarizar o sistema violenta uma lógica financeira básica, cara aos gestores estaduais, e isso parece ser suficiente, no horizonte estreito da política, para não o fazê-lo.” Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *Por que a polícia militar é chamada ou destinada para estar dentro das unidades prisionais e por qual motivo isso acontece?*

**JOÃO GASPARD RODRIGUES** – Em muitos Estados da Federação brasileira, a polícia militar é destinada para, no interior das unidades prisionais, proceder a revistas de presos e restaurar a ordem em casos de rebeliões e/ou motins, assumindo, frequentemente, as funções da guarda interna, ou até mesmo, a gestão total das respectivas unidades, até o retorno à normalidade. Também é comum, o transporte ou a escolta de detentos das unidades prisionais para atos judiciais ou extrajudiciais.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Essa intervenção da polícia militar nos presídios, é legítima?*

**JOÃO GASPARD RODRIGUES** – Apesar da frequência com que a polícia militar é chamada a intervir e a aparente clareza da Constituição ao gizar as funções dessa polícia administrativa, ainda é escassa, ou melhor escassíssima, a literatura a propósito do fenômeno. Sem estudos, análises ou discussões, o que é ilegítimo acaba

sendo legitimado por pura indiferença ou inércia intelectual, ou ainda por uma desfocada abordagem e aceitação da realidade (é a sina do *fait accompli*).

**CONCEITO JURÍDICO** – *Então como se dá a gestão prisional?*

**JOÃO GASPARD RODRIGUES** – A gestão prisional no Brasil não lida com conceitos e categorias próprios à sua temática específica, sem falar nas características de fragmentação (distanciamento em relação às demais políticas públicas e sociais), de reprodução, de endogenia (fechamento em si e autoreprodução) e de entropia (desordem interna).

**CONCEITO JURÍDICO** – *Na sua visão, essas práticas não acabam se confundindo entre a política de segurança pública e a política penal-prisional?*

**JOÃO GASPARD RODRIGUES** – As práticas, as rotinas e os protocolos, em sua maior parte, são importados da *expertise* em outras áreas, com especial destaque para a segurança pública e a atividade policial-militar. Não há, no horizonte jurídico-administrativo-gerencial, uma distinção clara entre política de segurança pública e política penal-prisional. E quando categorias claramente distintas se confundem, os efeitos desastrosos fazem-se sentir na prática.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Diante dessa afirmação como assegurar a ordem necessária?*

**JOÃO GASPARD RODRIGUES** – Vê-se que, formalmente, as leis estaduais atendem ao comando constitucional, mas na prática, a polícia militar é, frequentemente, acionada para intervir no interior do sistema prisional. Há o claro entendimento da erronia em usar *intramuros* o aparato policial militar, mas por outro lado, não há a vontade necessária para implantar as reformas adequadas. Esse recurso fácil ao policiamento de rua (*extramuros*) revela um problema ainda maior (e responsável, em grande parte, pelas frequentes rebeliões e morticínios no sistema prisional) que é a incapacidade gerencial do Estado em organizar e manter adequados serviços de segurança interna (*intramuros*), dentro de uma agenda política capaz de assegurar alguma ordem e respeito à lei.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais são os resultados em destinar policiais militares aos presídios?*

**JOÃO GASPARD RODRIGUES** – Destinar policiais militares despreparados para lidar com detentos acaba sendo uma medida duplamente desastrosa: não é efetiva para solucionar os problemas conjunturais e estruturais do sistema prisional (às vezes, adiciona novos problemas: mortes, torturas, abusos etc.) e deixa o ambiente *extramuros* (segurança ostensiva nas ruas) desguarnecido. Ao que parece, no fim das contas, todos saem perdendo com essa violação clara da Constituição Federal.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E se os prejuízos são tão fáceis de contabilizar e quantificar, por que esse estado de coisas permanece inalterado?*

**JOÃO GASPARD RODRIGUES** – Parece-nos que a razão é muito simples e resolvida pela matemática: o uso do aparato policial-militar não obriga o estado a criar novos e dispendiosos cargos de agentes prisionais, na proporção recomendada pelos órgãos especializados na matéria. Portanto, desmilitarizar o sistema violenta uma lógica financeira básica, cara aos gestores estaduais, e isso parece ser suficiente, no horizonte estreito da política, para não o fazê-lo. Em tal transe, a gestão financeira suplanta a gestão estratégica. ❏



# O Presidencialismo de Coalizão Fracassou

■ POR ARMANDO CASTELAR

**“Precisamos caminhar para um sistema com poucos partidos, em que a sociedade reconheça claramente aqueles que apoiam o governo, responsabilizando-os por seus erros e acertos.”**

**E**ntre 1985, ano da redemocratização, e 2018, nosso PIB per capita cresceu à taxa média de 0,9% ao ano (a.a.). Nesse mesmo período, observou-se uma alta média de 3,4% a.a. no PIB per capita dos países em desenvolvimento, de 1,6% a.a. no dos países ricos e de 1,2% a.a. no da América Latina, excluindo o Brasil. Caminhamos para deixar de ser um país de renda média e voltar a ser um país pobre.

Por que o Brasil fracassou de forma tão retumbante em se desenvolver durante um período tão longo? Fracasso que, diga-se de passagem, não damos indicação de estar em vias de superar.

Para a quase totalidade dos economistas, com a possível exceção dos de inclinação antiliberal, a resposta é relativamente simples: porque não fizemos o ajuste fiscal e não adotamos as reformas necessárias para promover o investimento e o aumento da produtividade. Não faltam livros, estudos, relatórios de organizações multilaterais etc. elencando essas reformas e detalhando porque e como implementá-las.

Por isso mesmo acho que essa não é a resposta certa. Ou, talvez, a pergunta anterior não tenha sido a correta. Melhor teria sido perguntar por que fomos incapazes de utilizar a mesma “tecnologia de desenvolvimento” adotada por tantos outros países? Por que insistimos em adotar políticas que já se mostraram incapazes de gerar desenvolvimento, quando há alternativas comprovadamente mais bem sucedidas e estas são de conhecimento público?

Há anos me debato com estas perguntas e, confesso, não parece haver resposta simples. De algum tempo para cá convergi para a conclusão que uma das principais causas de não nos desenvolvermos é adotarmos o presidencialismo de coalizão, que, talvez não por coincidência, prevaleceu durante todo esse período. Também penso que, sem mudar isso, continuaremos fracassando em nos desenvolver.

Como explica Carlos Pereira, o modelo eleitoral adotado pela Constituição de 1988 incentiva o multipartidarismo e, “[q]uanto maior o número de partidos, menor a chance de o partido do presidente alcançar sozinho a maioria de cadeiras do Congresso. Se desejar governar evitando o desconforto da condição de minoria, terá de montar e gerenciar coalizões pós-eleitorais. Para tal, precisa ofertar recursos políticos e financeiros com os potenciais parceiros em troca de apoio político no Legislativo” (<https://bit.ly/2KomwkR>). Entre esses “recursos” estão “ministérios, cargos na burocracia, emendas no Orçamento etc.”.

Observe-se que não se trata de formar uma coalizão para definir conjuntamente que políticas ou prioridades o governo deve perseguir, como ocorre em geral nos regimes parlamentaristas em que um único partido não obtém maioria no parlamento. É antes uma distribuição de “recursos” controlados pelo presidente que os congressistas podem usar para alavancar sua competitividade eleitoral.

Ora, é mais ou menos óbvio que um sistema desse dá fortes incentivos para que o Congresso mantenha o governo – e o país – refém de seu apoio, de forma a poder continuar usufruindo dos “recursos” que lhe são dados pelo presidente. Assim, ainda que não deseje jogar o país no abismo da crise, o Congresso também não deseja que o país se afaste muito dele.

Além disso, essa alocação de “recursos” penaliza a produtividade, pois não há incentivos para que eles sejam utilizados para promover o desenvolvimento, já que na prática não há uma responsabilização dos partidos pelo desempenho nos cargos ocupados ou do governo em geral. Adicionalmente, fomenta a fragmentação gerencial e decisões muito focadas no curto prazo.

Esse também é um sistema que incentiva a pulverização partidária, pois isso facilita aos congressistas extrair mais recursos do Executivo. Em contrapartida, isso estimula a criação de mais ministérios, para facilitar essa transferência de recursos, o que enfraquece ainda mais os mecanismos de responsabilização dessas indicações políticas.

A falta de disciplina fiscal, em especial com a forte expansão do gasto público, é outro problema causado, pelo menos em parte, pelo presidencialismo de coalizão. De um lado, porque o presidente precisa de recursos públicos para distribuir entre os partidos com representação no Congresso. De outro, pois a falta de responsabilização dos partidos pelos problemas do país estimula a aprovação de “pautas bombas”. Não por coincidência, a gestão do presidencialismo de coalizão ficou mais difícil a partir de 2015, quando o governo passou a ter de conter o aumento do gasto público.

Se quisermos sair do equilíbrio de baixo crescimento em que mergulhamos quase quatro décadas atrás, precisamos realinhar os incentivos da classe política para que o seu interesse coincida com o da sociedade em geral. Em especial, para criar incentivos para que o Congresso apoie políticas que promovam o desenvolvimento, em termos de prêmios e penalidades eleitorais.

O presidencialismo de coalizão não provê esses incentivos e por isso é hora de pensarmos em como substituí-lo. Penso que precisamos caminhar para um sistema com poucos partidos, em que a sociedade reconheça claramente aqueles que apoiam o governo, responsabilizando-os por seus erros e acertos. 



ARQUIVO PESSOAL

**ARMANDO CASTELAR PINHEIRO** é coordenador de Economia Aplicada do Ibre/FGV e professor do IE/UFRJ.

# Impactos da nova lei para mudanças nas licitações e contratos públicos

■ POR PEDRO TEIXEIRA LEITE ACKEL E JULIO CESAR CHAVES

O projeto de Lei nº 1.292/95 atualmente tramita no Congresso Nacional e, se aprovado, demandará atenção das empresas que almejam atender as demandas do setor público no país. O PL da, assim chamada, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo é parte de um universo de melhorias



que pode fazer de 2019 o Ano do Direito Administrativo no país. Além dele, que promoverá uma grande transformação nas contratações públicas, o mercado verá ainda alterações nas agências reguladoras consoante ao PL nº 6621/2016 em fase final de aprovação, e até mesmo a possibilidade de conformação de um Código do Direito Administrativo, de iniciativa de renomados juristas como o Prof. Márcio Cammarosano da PUC-SP, ainda em fase de anteprojeto. No campo das licitações, uma das mudanças previstas mais importantes é a criação de um rito comum, no qual a inversão das fases de habilitação e negociação das propostas será regra, além do processamento eletrônico de todos os certames, tal como se vê nos Pregões de hoje. Com efeito, atualmente, fora da modalidade de pregão, os licitantes primeiramente se habilitam para só então apresentarem suas propostas comerciais.

Pelo projeto de lei, um novo procedimento será aplicado a todos os certames licitatórios, daí o nome “rito comum”. A regra prevê que a Administração licitante negociará com as empresas interessadas a melhor proposta para a contratação desejada antes de passar à fase de habilitação. Isso ajudará a evitar a ocorrência de práticas anticompetitivas como a famigerada “guerra das planilhas”, prática em que uma licitante busca erros banais na documentação do concorrente para ganhar o processo. As fases da licitação ficaram assim definidas: preparatória, divulgação do edital, apresentação de propostas e lances, julgamento, habilitação, recursal e homologação.

Para tornar mais céleres os processos licitatórios, todos os documentos de habilitação poderão ser consolidados em um sítio eletrônico criado especificamente para centralizar esta atividade, o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, que vai qualificar e categorizar as empresas além de centralizar

**“O Projeto de Lei nº 1.292/95 inova em muitos aspectos, incorporou jurisprudência dos Tribunais de Contas em várias questões e, principalmente, está ligada ao direito administrativo contemporâneo. Ela avança na possibilidade de mediação, conciliação, comitês de resolução de disputas e arbitragem e no Programa de Integridade na Administração Pública, que incentivará as empresas a adotarem programas de Compliance e o conjunto de normas éticas corporativas.”**

o processamento de todos os certames licitatórios. Por essa redação da lei, o registro cadastral será atualizado uma vez por ano por certificado, que será então apresentado nos certames. A ideia é permitir que a licitação seja feita dentro do próprio portal, com possibilidade de adesão de municípios que hoje não conseguem fazer uma licitação eletrônica. Da mesma forma, toda a Administração Pública do país poderá divulgar suas licitações em plataforma única, em prestígio a diversos Princípios regentes da matéria administrativa, dos quais se destaca a eficiência e publicidade.

Também pelo texto do projeto de lei, as licitações, em todas as suas modalidades, serão em regra eletrônicas. Para que uma licitação seja processada de forma presencial – que sabidamente é a forma mais passível de sofrer fraudes de toda sorte – o administrador público terá que demonstrar que existe inviabilidade técnica para executar de forma eletrônica e desvantagem de se fazer o procedimento desta forma. Ainda assim, caso seja presencial, terá de ser registrado, gravado e filmado. Já o sigilo nos certames, até então proibido, deve ser substituído pela transparência como princípio. Claro que se trata de exceções que, como tal, deverão ser devidamente justificadas. Mesmo nesses casos, o sigilo não valerá face a órgãos de controle interno e externo. Outro critério é que, imediatamente após o julgamento da proposta, o orçamento será obrigatoriamente divulgado, sob pena de todo o processo ser anulado por flagrante ilegalidade.

Outra novidade prevista é a obrigatoriedade de contratação de seguros em obras de grande vulto, a partir de R\$ 300 milhões, com a previsão de assunção da obra eventualmente paralisada por parte da própria seguradora. Antes os contratos não cumpridos previam apenas a imposição de penalidades e indenizações, o que não traz solução prática à Administração, que acaba por enfrentar uma batalha judicial contra a seguradora enquanto a obra fica parada. Agora, a autoridade pode determinar o cumprimento da obra à própria seguradora, que nesses casos passará a atuar como interveniente-anuente, assinando os contratos em conjunto com a contratada. Para cumprir a cláusula de “step-in” e concluir a obra, a seguradora poderá se valer de subcontratações integrais do objeto.

O PL, se aprovado, passará a produzir efeitos a partir da sua publicação, mas haverá um prazo de regime de transição de até dois anos. Nesse período, a administração pública, em geral, poderá escolher entre aplicar a lei antiga ou a nova, o que trará alguma insegurança jurídica. Não poderia ser de outra forma, afinal, é insólita a possibilidade de que todas as Administrações se adequassem à nova lei de contratações administrativas imediatamente após a sua promulgação. Por outro lado, o projeto de lei inova em muitos aspectos, incorporou jurisprudência dos Tribunais de Contas em várias questões e, principalmente, está ligada ao direito administrativo contemporâneo. Ela avança na possibilidade de mediação, conciliação, comitês de resolução de disputas e arbitragem e no Programa de Integridade na Administração Pública, que incentivará as empresas a adotarem programas de Compliance e o conjunto de normas éticas corporativas. 



**PEDRO TEIXEIRA LEITE ACKEL** é sócio e responsável pela área de Direito Público do WFaria Advogados.



**JULIO CESAR CHAVES** é coordenador da área de Direito Público do WFaria Advogados.

# Reforma tributária simples e praticável

■ POR AMADEU GARRIDO DE PAULA



DIVULGAÇÃO

**Q**uanto mais simples, mais respeitadas são as leis. Fala-se disso nas academias, onde elas, paradoxalmente, tornam-se mais complexas.

No curso jurídico, em 1974, discutíamos a reforma tributária. Há poderosos interesses contrários e o principal é o da União, que concentra a maior parte das riquezas estatais.

Primeiro, é preciso definir a filosofia, tudo sem radicalismos: a) redução da carga tributária; b) simplificação da linguagem que o comum dos mortais não entende e dos procedimentos; c) maior participação

no produto de Estados e Municípios, proporcionalmente à desconcentração da União; d) aumento dos impostos diretos, como o imposto de renda, considerada, efetivamente, a riqueza e não a pseudo-riqueza; e) introdução de justiça nos impostos indiretos.

Tais medidas aumentariam a arrecadação do Estado e desafogariam os cidadãos. O fenômeno já foi comprovado, mas, no Brasil, os governos da União sofrem de verdadeira paúra de perder arrecadação, como se, sobre as regras atuais, nosso déficit público não fosse alarmante. Ao pagar menos, há menor evasão (sonegações, por exemplo) e o aumento correspondente das receitas financeiras do Estado. E o povo agradece.

Tudo pode ser feito por meio de normas jurídicas simples, modificado o Código Tributário Nacional (Lei Complementar nº 5.172, de 1966, 53 anos de vigência), que define as regras fundamentais do sistema.

Atingido na sociedade um consenso mínimo e configurada a disponibilidade da União, Estados e Municípios (a montanha mais alta), tudo estará resolvido, ao fluir dos cérebros de nossos economistas, advogados, contadores, publicistas em geral etc.

Brotarão ideias (simples ideias) para o estabelecimento dos princípios, tais como:

Completude dos princípios do código, para minorar a necessidade de legislação complementar, supletiva e regulamentar; enxugamento do texto, com exclusão das platitudes; Simplificar definições, como a de tributo; tornar firme, exaustivo, o atual art. 5º, segundo o qual somente são tributos os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria; supressão das contribuições vinculadas, penduricalhos que fazem a maior parte do universo tributário do Brasil, com exceção das previdenciárias; desoneração em mais de 50% da folha de salários; medidas constitucionais descentralizadoras; regulação legal das sociedades de economia mista, com concreção das decisões tomadas por suas assembleias, sem dependência servil do Estado; observância rigorosa da Constituição Federal vigente, principalmente quanto à blindagem do confisco e valorização da capacidade contributiva; extinção da imunidade tributária dos templos religiosos; simplificação da administração direta e supressão, tanto quanto possível, da indireta, por meio das privatizações; alargamento e simplificação dos procedimentos de impeachment em razão de infringências tributárias; criação de organismos de orientação aos contribuintes, gratuitos e desburocratizados; expurgo da Constituição dos teóricos empréstimos compulsórios; criação de justiça tributária gratuita, sem condenações acessórias em favor do Estado, em duas e únicas instâncias; criação de um Conselho Nacional Tributário, com participação, mas independente do Estado; autorização para acordo em execuções fiscais; redução das alíquotas dos impostos de exportação; flexibilização das alíquotas sobre os impostos de importação; isenção de imposta sobre a renda mensal inferior a 5 (cinco) salários mínimos; revisão da Tabela do IR, com alíquota máxima de 15% (quinze por cento), ressalvada a de 50% (cinquenta por cento) das rendas quinquenais superiores a 8 (oito) milhões de reais; isenção de imposto municipal predial em conformidade com a extinção do município, número de habitantes e deliberação de sua Câmara de Vereadores; isenção de contribuição de melhoria para instalação de redes de esgoto e água potável; alíquota de 10% sobre as heranças superiores a 5 (cinco) milhões de reais; definição exata da incidência do ICMS na origem e no destino, compartilhada e sem possibilidade de dúvidas; indicação bem visível na embalagem dos produtos das alíquotas incidentes e sua variabilidade, à luz de comprovação, pelo consumidor, de seus rendimentos.



“Não há como falar em direito tributário sem mencionar o direito financeiro, ou sobre a “ciência das finanças”, como se dizia outrora, principalmente sob a profunda lavra de Aliomar Baleeiro, mestre e ministro do Supremo Tribunal Federal. Disciplina que regula algo que os brasileiros sempre abordam: para onde vão nossos tributos?”

Em suma, uma chuvarada de ideias, para pensar na cama, se os homens e os governos forem capazes de refletir além de uma parca e vã filosofia.

Nenhum direito pode ser visto e reformado isoladamente. Suas relações interdependes em relação a outros ramos são necessárias e a reforma deve vir num conjunto harmônico.

Não há como falar em direito tributário sem mencionar o direito financeiro, ou sobre a “ciência das finanças”, como se dizia outrora, principalmente sob a profunda lavra de Aliomar Baleeiro, mestre e ministro do Supremo Tribunal Federal. Disciplina que regula algo que os brasileiros sempre abordam: para onde vão nossos tributos? Envolve orçamentos, desenho federativo e outros princípios, que tangenciam ainda outro ramo, o do direito administrativo.

No direito administrativo, passou da hora de criar-se Tribunais Administrativos. Vários países, desenvolvidos ou não, já os adotaram. Portugal, por exemplo. Nos Tribunais Administrativos, somente a União, os Estados e Municípios são réus. Os cidadãos não podem ser acionados. São apenas autores. Para fazer cumprir, se lhes assistir razão, o que a Administração Pública não fez. Assim caminharemos do Estado inimigo para o Estado amigo. 



ARQUIVO PESSOAL

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

# Do fenótipo feminino para o masculino

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



**“O Direito, obrigatoriamente, tem que caminhar de braços dados com as transformações sociais e encarar esta nova realidade, baseando-se no respeito mútuo e no convívio estável, ambos tutelados pelo Estado.”**

**A** Portaria GM nº 1370, de 21 de junho de 2019, do Ministério da Saúde, autorizou o SUS a realizar o procedimento médico conhecido como cirurgia de redesignação sexual feminina para homens trans, considerados os que nascem com vaginas e pleiteiam o reconhecimento legal e social como homens.

Referida cirurgia, considerada de caráter experimental, conhecida por vaginectomia, remove toda a vagina ou parte dela, com a utilização de hormônios (metoidioplastia) para fazer com que o clitóris se aproxime da forma e tamanho de um pênis. Há, no entanto, que se observar os critérios de idade, já que é permitida entre 21 e 75 anos, desde que o paciente tenha intentado ação judicial pleiteando a alteração de sexo.

O propósito é fazer a adequação da genitália ao sexo psíquico. Como se trata de procedimento em caráter experimental fica vinculado à Resolução 466/2012 da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), vez que se trata de pesquisa envolvendo seres humanos e somente pode ser realizada em hospitais universitários habilitados para a atenção especializada no processo transexualizador.

É de se observar, a respeito do tema, que anteriormente o Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1955/2010 que permitia a cirurgia de transgenitalização compreendendo as mulheres que nascem com o sexo masculino e adquirem a identidade feminina, com a transformação terapêutica da genitália *in anima nobili*, desde que uma equipe multidisciplinar acompanhasse o paciente pelo prazo mínimo de dois anos e concluísse pelo diagnóstico médico de transgenitalismo de paciente maior de 21 anos, com ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

O tema da transexualidade já aportou no Supremo Tribunal Federal na Adin 4275, que autorizou a alteração do registro civil por transexuais e transgêneros que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização. E mais. No RE 67.0422 ficou decidido que a providência da alteração pode ser exercida tanto pela via judicial como administrativa, dando, desta forma, nova interpretação ao artigo 58 da Lei 6015/73.

E, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em razão da inércia do Legislativo em se manifestar a respeito, determinou a inclusão do crime de preconceito contra homossexuais e transexuais na Lei nº 7.716/1989, conhecida como a lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor.

A providência determinada na Portaria referida, no tocante à obrigatoriedade de ter o interessado intentado ação judicial, tem lógica e sustentação jurídica. Aparentemente poderia se cogitar que, pelo princípio da isonomia ou da paridade entre os interesses envolvidos, se o paciente pode, já sem qualquer restrição, submeter-se à cirurgia de transgenitalização em busca da identidade feminina, da mesma forma, assim como pelos mesmos argumentos, por analogia, deveria prevalecer para os pacientes que buscam a redesignação do fenótipo feminino para o masculino.

Ocorre que, com relação a essa última opção, trata-se ainda de uma cirurgia em caráter experimental e a transformação da genitália exige o aperfeiçoamento de novas técnicas, bem como estimula a pesquisa cirúrgica do processo transexualizador até se atingir um protocolo de confiável e recomendável segurança. Vale também acrescentar que a expedição de uma sentença judicial que tenha abrigado a pretensão do paciente, converte-se em direito que deverá ser honrado pelo Estado. Daí a *ratioessendi* da providência administrativa.

Forçoso é concluir que a definição da identidade sexual, desta forma, não está nas genitálias e sim faz parte da liberdade de escolha da pessoa, compreendida na elasticidade do princípio da dignidade humana. O Direito, obrigatoriamente, tem que caminhar de braços dados com as transformações sociais e encarar esta nova realidade, baseando-se no respeito mútuo e no convívio estável, ambos tutelados pelo Estado. 



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



*Henrique Nelson Galandra*

---



*Sergio Ricardo do Amaral Gurgel*

---

## O Brasil nas águas do Jordão. Uma nova era das relações internacionais

**N**os últimos dias de 2018, quando o Primeiro-ministro de Israel Benjamin Netanyahu pisou em solo brasileiro, o mundo voltou os olhos com mais atenção para o próximo governo que anunciava uma diferente postura do Brasil frente ao cenário internacional. A oposição ao Presidente Jair Bolsonaro, que havia se iniciado de forma voraz muito antes de sua posse, não poupou críticas à histórica reaproximação entre os dois países, a despeito dos benefícios esperados pela combinação de múltiplos interesses bilaterais. Nas redes sociais não faltou quem lançasse argumentos em desfavor do aperto de mão entre os dois chefes de Estado, sob o fundamento de que a nova aliança provocaria retaliações por parte do mundo árabe, como se uma parceria comercial pudesse significar algum tipo de posicionamento em relação às desavenças existentes no Oriente Médio.

Após ter sobrevivido às tragédias genocidas da diáspora e da escravidão, o povo judeu finalmente constitui-se em Estado quase três anos após a Segunda Grande Guerra. O que parecia ser o fim de um sofrimento milenar era apenas o início de uma série de outras dificuldades atreladas ao campo político e econômico. Além de precisar reviver tão precocemente o pesadelo do conflito armado, com o envolvimento na Guerra dos Seis Dias, o novo país teve ainda de enfrentar uma forte depressão econômica deflagrada pela crise do petróleo de 1973. Se a desvalorização da moeda israelense despertava preocupação nos anos que antecederam aos embargos promovidos pela OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), conjectura ainda pior estava por vir na década de oitenta, quando a hiperinflação alcançaria o seu ápice. E como efeito da política monetária restritiva, na qual as elevadas taxas de juros constituem a sua espinha dorsal, a população israelense iria experimentar o dissabor da recessão que perdurou até a retomada do crescimento da economia mundial em 2003.

Como se não bastassem os problemas de ordem financeira, Israel vem enfrentando incessantes ataques terroristas desde a sua formação, não havendo aviso prévio para que qualquer ambiente se transforme em um verdadeiro campo de batalha, em razão do inconformismo de inúmeros grupos políticos contrários à partilha da Palestina. O atentado ocorrido nos Jogos Olímpicos de Munique, em 1972, que culminou no brutal assassinato de todos os atletas israelenses, talvez tenha sido o fato mais emblemático para o mundo, que assistia ao bárbaro massacre pela televisão. Novamente a história contemporânea era escrita com sangue judeu derramado sobre o território alemão, e justamente na cidade onde o nazismo havia sido concebido no período entreguerras. Obviamente, a instabilidade sedimentada às margens do Rio Jordão sempre foi mais um empecilho ao desenvolvimento dos negócios e um inegável entrave para os investimentos.

Contudo, não obstante tantas adversidades presentes na região, Israel ocupa o vigésimo segundo lugar no *ranking* dos países com os melhores índices de desenvolvimento humano do planeta, figurando entre as principais economias do mundo. O governo israelense, ao contrário de alguns dos seus vizinhos, usou a riqueza nacional para propiciar o bem-estar de sua população, que, atualmente, desfruta de um alto padrão de vida, comparável ao que se vê em parte da Europa.

Antes visto apenas como a terra do leite e do mel, atualmente Israel se destaca em diversos setores produtivos, a exemplo do que ocorre em relação às indústrias de *softwares* e artigos farmacêuticos. Israel também é reconhecido pela técnica da lapidação e exportação de diamante, e ainda pela engenharia de circuitos integrados, bem como pela captação de energia solar (Usina de Ashalim), ou seja, por ser detentora de tecnologia de ponta. Entretanto, o que mais impressiona diz respeito ao seu potencial no agronegócio. Mediante o uso de um sistema bastante avançado, a atividade agrícola é desenvolvida de forma extraordinária em uma região desértica, que compreende mais da metade do seu território, onde se produz grande quantidade de grãos em meio a tantos outros gêneros alimentícios.

No Brasil, o espanto causado pelo estreitamento dos laços com Israel só se justifica pela ignorância a respeito história harmônica entre os dois países. O governo brasileiro foi um dos primeiros a reconhecer a legitimidade do Estado de Israel, na ocasião em que o diplomata Oswaldo Aranha presidia a Assembleia Geral das Nações Unidas, deliberando sobre as novas linhas fronteiriças em território

palestino. Desde o início, Brasil e Israel seguem estendendo o intercâmbio no campo técnico e científico. Fora esse aspecto, a receptividade do povo israelense no âmbito cultural também é bastante significativa, a exemplo das obras de Oscar Niemeyer edificadas na Terra Santa.

Em 2007, Israel passou a integrar, na condição de parceiro extra-regional, o acordo de livre comércio com o Mercosul, abrangendo não apenas a abertura de mercados, mas também uma séria de medidas de cooperação mútua. Entretanto, a nova aliança assinada com Israel tem como destaque a importação de tecnologia capaz de resolver o problema de irrigação para a agricultura desenvolvida no nordeste brasileiro, do mesmo modo em que foram solucionadas questões ainda mais complexas presentes nos campos israelenses. Aliás, faz tempo que os produtores brasileiros utilizam no plantio os fertilizantes produzidos em Israel. Em contrapartida, o Brasil poderá diversificar a exportação para Israel, o que até então era muito limitada à venda de alimentos, e, com certa timidez, calçados, metais e celulose.

Diante de tantos aspectos positivos vindos dos mais variados setores, não há espaço para previsões pessimistas, calcadas em supertições disfarçadas de prognósticos políticos, e esporadicamente disseminadas por algum profeta do fracasso. O Brasil precisa de muitos parceiros como Israel que sirvam de inspiração para a saída da enorme crise econômica que o assola. O método da vitimização já não repercute positivamente em canto algum, exceto para aqueles que parecem ter adormecido em meados da década de sessenta. Não se trata de uma questão de inclinação para esquerda ou direita, mas sim do propósito de estar do lado certo, compreendido como tudo aquilo que favoreça o crescimento do povo brasileiro em todos os seus aspectos materiais e imateriais, sem prejuízo do seu papel disseminador da paz e da fraternidade entre os povos.

Há muitos anos o Brasil vem se destacando na Organização das Nações Unidas como o país que sempre sai em defesa das soluções pacíficas, por mais complexos que sejam os incidentes diplomáticos em tela. Devemos, inclusive, admitir que a benevolência do governo brasileiro no campo do Direito Internacional por vezes tenha extrapolado os limites do razoável, como nos casos em que foi concedido asilo político a criminosos comuns travestidos de perseguidos por motivos ideológicos, negando-se indevidamente a extradição, sem apresentar argumentos justificáveis. Fora essa mácula em nossa história das relações internacionais, o que se espera do atual governo é a manutenção do ímpeto pacifista do povo brasileiro dentro e fora do território nacional.

As linhas que separam as fronteiras são imaginárias, e cumprem perfeitamente a tarefa de delimitar a soberania sobre as riquezas naturais e o alcance dos exércitos. Todavia, o ser humano que sobre as quais caminha é real, de carne e osso, e seu natural desejo de se relacionar, independentemente das diferenças étnicas e religiosas, é intenso, indomável, e ultrapassa sobremaneira todas as barreiras que possam ser criadas pela conveniência. 

---

**HENRIQUE NELSON CALANDRA** é especialista em Direito Empresarial, Presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil nos anos de 2011-2013; Ex-presidente da APAMAGIS - Associação Paulista de Magistrados, professor emérito da Escola Paulista da Magistratura.

**SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL** é sócio em Costa, Melo & Gurgel Advogados, professor de Direito Penal e Processo Penal.

# Transições legislativas referentes à Lei Geral de Proteção de Dados

■ POR MATHEUS MARQUES BORGES



DIVULGAÇÃO

**“A antiga MP 869, além de propor um modelo controverso alusivo à ANPD, ainda realizou pontuais ajustes estratégicos na LGPD que poderiam representar um comprometimento de sua eficácia, se não fosse novamente a atuação do Legislativo, restabelecendo algumas garantias quanto ao sentido do texto original aprovado.”**

**A**ntiga Medida Provisória nº 869/2018, instituída ainda em dezembro do ano passado, surgiu com o propósito de alterar o marco regulatório do Brasil sobre proteção de dados, sendo, desde então, veiculado de forma incisiva pela mídia em geral, sobretudo por seu teor possuir grande efeito nas relações entre sujeitos de Direito.

Isso porque a medida (convertida na Lei nº 13.853/2019, sancionada em 8 de julho deste ano) prevê a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, que altera sensivelmente a própria Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018). Por uma série de razões, entre elas relativas à autorização de despesas por meio do poder legislativo, a medida não possuía em seu dispositivo original a previsão de constituição da referida autoridade.

Tais modificações aprovadas pela lei foram fundamentais para a aplicabilidade da LGPD, visto que, com a ausência de criação da ANPD a lei estaria sujeita a sérios riscos de se tornar irrealizável, contrariando por consequência um sistema que tem demonstrado eficácia mundial, como por exemplo a GDPR na Europa. Vale ressaltar que, a partir do novo regulamento, a ANPD não está munida unicamente de função consultiva, mas também reguladora e sancionadora das penalidades previstas quanto à violação do tratamento de dados pessoais.

Neste sentido, mesmo que no projeto original a referida autoridade estivesse munida de dependência administrativa e financeira na forma de autarquia, a ANPD foi esculpida em formato de Órgão da Administração Pública Federal, integrante da Presidência da República, composta por Conselho Diretor – órgão máximo de direção –, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, Órgão de assessoramento jurídico próprio, unidades administrativas e unidades especializadas necessárias à efetivação da lei.

Surgiram críticas da comunidade jurídica brasileira, sobretudo em decorrência do novo formato organizacional, que deu margem à crença de que a ANPD poderia estar vinculada aos interesses do poder público, já que o modelo original autárquico presumia maior autonomia, inclusive em relação à verba para custear o adequado funcionamento como órgão consultor da aplicação da legislação.

A composição multissetorial da ANPD atenua a possibilidade de influência do Poder Executivo sobre as decisões tomadas e demais prosseguimentos da ANPD. No que se refere à regulamentação do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, houve uma clara flexibilização quanto à rigidez obrigacional, evidenciada pelo afastamento do dever do Poder Público de informar à ANPD quando o manejo de dados estiver motivado por razões de segurança pública, pela defesa nacional, ou por razões de atividades de investigação e repressão de infrações penais, proibindo que a totalidade do tratamento de dados seja realizada por empresa de direito privado.

Além disso, segundo a antiga MP 869, era facultativo à ANPD requisitar aos envolvidos no manejo de dados a emissão de relatórios de impacto à proteção de informações pessoais. Contudo, tal faculdade foi revista pela Lei 13.853/2019, e então houve um restabelecimento do texto original da legislação.

Não se limitando a isso, se tornou obrigatório pelo Poder Público o uso compartilhado de informações com a iniciativa privada à comunicação do titular do dado. A ANPD é uma medida extremamente desejável e salutar para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Outra impactante divergência entre os textos legislativos foi que a MP 869 propôs ainda excetuar a vedação de transferência de dados da Administração Pública a entidades privadas, pela indicação de um Encarregado de Proteção de Dados, o que foi revisto pela Lei nº 13.853/2019, que revogou essa possibilidade.

Entre os benefícios trazidos pela Lei nº 13.853/2019, é válido mencionar a abrangência que cerceia a LGPD, passando de lei federal para lei nacional, de maneira a fazer com que os estados, Distrito Federal e municípios, por possuírem capacidade legislativa residual, fiquem com um estreito espaço para legislar acerca de temas que a LGPD não mencionar.

Outra inovação da Lei nº 13.853/2019 faz alusão às sanções, uma vez que ela flexibilizou as penalidades nos casos de acesso ou vazamentos não autorizados de dados, caso haja conciliação entre o controlador e o titular de dados. Não obstante, na hipótese dessa eventual composição ser infrutífera, o controlador permanece sujeito a sanções elencadas pelo art. 52 da Lei nº 13.709.

Nesse caso, existe a possibilidade de o mesmo arcar com multa de até 2% do faturamento anual (válido para pessoa jurídica de direito privado). O valor pode chegar a R\$ 50 milhões por infração. Ainda no que tange às multas, a lei definiu que todos os valores arrecadados serão destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Não obstante a prorrogação fomentada pela Lei nº 13.853/2019, que alterou de 18 para 24 meses o lapso para entrada em vigor de grande parte dos dispositivos relativos à regulamentação do manejo de tratamento de dados, algumas dessas previsões legislativas, sobretudo aquelas referentes à criação da ANPD, passaram a ter vigência imediata, seguindo exemplo dos sistemas legislativos relacionados ao tema, como a GDPR.

Diante de todo o exposto, a antiga MP 869, além de propor um modelo controverso alusivo à ANPD, ainda realizou pontuais ajustes estratégicos na LGPD que poderiam representar um comprometimento de sua eficácia, se não fosse novamente a atuação do Legislativo, restabelecendo algumas garantias quanto ao sentido do texto original aprovado.

Restam agora a vigilância e a atuação decisiva da sociedade em geral para garantir a atuação imparcial da ANPD, incluindo interesses do Poder Público e da esfera privada, no sentido de assegurar que todas as atribuições designadas à ANPD estejam em pleno vigor, para assim fazer jus aos benefícios galgados pela lei. 



**MATHEUS MARQUES BORGES** é advogado da FH, empresa de tecnologia especializada em processos de negócios e software.

# As Mudanças na LGPD

■ POR FELIPE PALHARES

**“A LGPD veio para ficar e será um marco de extrema importância no cenário jurídico brasileiro, colocando o país em pé de igualdade com diversas outras jurisdições que já possuem legislações robustas sobre o tema.”**

**C**om a sanção da Lei nº 13.853/2019, proveniente do Projeto de Lei de Conversão nº 7/2019 (por sua vez oriundo da Medida Provisória nº 869/2018), a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) passa a ter a sua redação final, depois de um conturbado processo legislativo que, entre a sanção do texto original da Lei e a definição de seu texto final, perdurou por quase 11 meses.

Embora o destaque dessa alteração legislativa tenha sido a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), agência reguladora que será a responsável pela fiscalização da Lei e aplicação das suas respectivas sanções, o



texto que foi sancionado trouxe diversas mudanças na redação da LGPD, embora alguns vetos ainda tenham sido realizados pelo Presidente Bolsonaro.

Sanções que haviam sido vetadas pelo ex-Presidente Michel Temer no ano passado, a exemplo da suspensão das atividades de tratamento de dados pelo período de 6 meses ou mesmo a proibição parcial ou total do exercício dessas atividades tentaram ser novamente incluídas ao texto da LGPD no Projeto de Lei de Conversão nº7/2019, o qual disciplinava que elas poderiam ser aplicadas, no entanto, somente em situações de repetição da conduta infratora, quando uma das outras sanções previstas pela Lei já tenha sido anteriormente imposta. Contudo, essas sanções foram novamente vetadas, agora pelo Presidente Bolsonaro, sob a mesma argumentação utilizada anteriormente, de que causariam grande insegurança e possível prejuízo à estabilidade do sistema financeiro nacional.

O *Data Protection Officer* (DPO), nomeado na legislação brasileira como Encarregado, passa a poder ser indicado também pelo operador de dados, em casos que provavelmente serão definidos em momento posterior pela ANPD. Antes dos vetos, o Encarregado tinha ganhado contornos mais precisos, definindo-se que referida pessoa deveria possuir conhecimento jurídico-regulatório e estar apto a prestar serviços especializados de proteção de dados, e que o operador também poderia ser obrigado a indicar um Encarregado em determinados casos, que igualmente seriam disciplinados pela ANPD. O texto do Projeto de Lei de Conversão manteve a prescrição de que o DPO pode ser tanto uma pessoa natural como uma pessoa jurídica, permitindo assim o que se chama no exterior de *DPO as a service*, a prestação dos respectivos serviços por uma empresa especializada.



A redação da MP nº 869/2018 modificava a obrigação de que, nos casos de pedidos de revisão pelo titular de dados das decisões tomadas unicamente com base no tratamento automatizado de seus dados, essa revisão tivesse que ser realizada por uma pessoa natural, permitindo a sua execução por um algoritmo. Contudo, o texto que foi aprovado pelo Congresso Nacional novamente dispôs que a revisão deveria ser realizada por uma pessoa física, o que inquestionavelmente implicaria elevados custos com mão-de-obra para as empresas que adotassem esse tipo de operação. Esse ponto, no entanto, também foi vetado pelo Presidente Bolsonaro, sob a justificativa que seria contrário ao interesse público e inviabilizaria modelos de negócios de muitas empresas.

Outra alteração significativa foi a inclusão de dispositivo que proíbe as operadoras de planos de saúde de realizarem o tratamento de dados pessoais de saúde para qualquer tipo de seleção de riscos na contratação de produtos ou na adição ou exclusão de beneficiários. Entretanto, manteve-se a previsão de que o compartilhamento de dados de saúde com o objetivo de obter vantagem econômica será permitido em determinados casos, desde que sempre em benefício dos interesses dos titulares de dados.

Em relação à ANPD, o modelo adotado pelo legislador certamente não é o ideal, uma vez que a agência reguladora continua, ao menos transitariamente, como um órgão da administração pública federal, ligado à Presidência da República, o que pode levantar suspeitas sobre a sua efetiva independência. No entanto, a escolha por essa estrutura foi pautada no modelo do que era possível para o momento, respeitando-se as limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal e se evitando carrear novo vício de iniciativa que poderia culminar em outro veto pelo Presidente da República sobre o tema. Entre termos uma Autoridade Nacional que não é perfeita ou não termos órgão regulador algum, não há dúvidas que a primeira opção é manifestamente melhor.

Além disso, o texto aprovado trouxe outros pontos positivos relativos à ANPD: fixou que a natureza jurídica da agência é transitória, podendo ser transformada em autarquia dentro do prazo de 2 anos; definiu que os membros do Conselho Diretor deverão passar por sabatina perante o Senado Federal, como ocorre com os conselheiros do CADE; estabeleceu que o afastamento preventivo dos membros do Conselho Diretor pelo Presidente da República somente poderá ocorrer quando assim recomendado pela comissão especial que conduzirá o respectivo processo administrativo disciplinar; e, retomou várias atribuições específicas da ANPD, que estavam inicialmente disciplinadas na redação original da LGPD, mas que foram alteradas ou suprimidas quando da edição da MP nº 869/2018.

Em linhas gerais, boa parte das mudanças trazidas pela Lei nº 13.853/2019 retomam disposições que estavam no texto original da LGPD e que foram vetadas pelo ex-Presidente Michel Temer, como as definições e atribuições da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Uma coisa é certa: a LGPD veio para ficar e será um marco de extrema importância no cenário jurídico brasileiro, colocando o país em pé de igualdade com diversas outras jurisdições que já possuem legislações robustas sobre o tema. 



ARQUIVO PESSOAL

**FELIPE PALHARES** é Sóciofundador do Palhares Advogados, mestre em *Corporate Law* pela *New York University*, primeiro brasileiro a ser reconhecido como *Fellow of Information Privacy* e o único a obter todas as certificações de privacidade e proteção de dados da *International Association of Privacy Professionals* (CIPP/E, CIPP/US, CIPP/C, CIPP/A, CIPM, CIPT).

# *Habemus* Autoridade Nacional de Proteção de Dados

■ POR LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO



**“Inegável a responsabilidade e a importância da ANPD, órgão que será o grande guardião da proteção de dados no Brasil, visto que atuará, prioritariamente, na proteção dos dados pessoais dos cidadãos.”**

**R**ecentemente a Lei Federal nº 13.853/2019 foi sancionada pelo Presidente da República, estabelecendo as previsões necessárias para se criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a qual deve começar a atuar em 2020, após a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A necessidade da concepção desta Autoridade Nacional já foi objeto de muitos debates e sua importância deve ser reconhecida por toda a população. Sem este órgão, imagina-se que a Lei Geral de Proteção de Dados não atingiria o seu objetivo de efetivamente proteger os dados pessoais de todos os cidadãos.

O papel desta nova Autoridade Nacional compreende a atuação, principalmente, na proteção dos dados pessoais, na elaboração de diretrizes para Políticas Nacionais de Proteção de Dados e, mais importante, na fiscalização e punição de quem descumprir a Lei Geral de Proteção de Dados.

Não houvesse a previsão e a implantação desta Autoridade Nacional de Proteção de Dados, careceríamos de um controle eficaz e também de punições aos responsáveis por eventual vazamento ou venda ilícita de dados. Vale dizer, inexistindo a ANPD, praticamente seria mantida a situação que hoje encontramos, aproximando-nos da impunidade e do descontrole com relação a estes abusos.

Adverte-se que esta Autoridade Nacional será um órgão de natureza transitória, podendo ser transformada em autarquia vinculada à Presidência da República em até dois anos, e também será o órgão competente para controlar e punir vazamentos ou desvios de finalidade dos dados tratados, tanto pelo poder público como por empresas privadas.

Esta Autoridade terá sua estrutura organizacional composta por Conselho Diretor (direção), Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, órgão de assessoramento jurídico próprio e unidades administrativas.

Para o Conselho Diretor os cinco cargos previstos, serão preenchidos por nomeações realizadas pelo Presidente da República, após aprovação dos nomes pelo Senado Federal, todos com tempo fixo de mandato. Já para o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, composto por 23 integrantes, as indicações serão realizadas por órgãos públicos e entidades da sociedade civil.

Inegável a responsabilidade e a importância da ANPD, órgão que será o grande guardião da proteção de dados no Brasil, visto que atuará, prioritariamente, na proteção dos dados pessoais dos cidadãos.

Por fim, aguardamos a implantação efetiva desta tão importante Autoridade Nacional, com os necessários recursos materiais e humanos, para evoluirmos na luta permanente contra o abuso e a irresponsabilidade no tratamento dos dados, tão importantes a toda sociedade. 



ARQUIVO PESSOAL

**LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO** é Advogado especialista em Cibercrimes e Direito Digital, Professor de Direito Digital no MBA de Marketing Digital da FGV, Coordenador e Professor do Curso de Direito Digital da FMU, Presidente da Comissão Nacional de Estudos dos Cibercrimes da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, Pós-Graduado pela Universidade Castilla-la Mancha (Espanha), pela Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal) e, em Direito Digital e Compliance, pelo Instituto de Direito Damásio e Ibmecc São Paulo.

# LGPD: o fim da saga da ANPD?

DIVERSIDADE

■ POR DANILO ROQUE e MARIA FERNANDA RAMIREZ ASSAD GIRARD

**“Ainda que a conjectura política e econômica nacional tenha impedido que se chegasse a um modelo que possa ser considerado perfeito quanto à criação da autoridade nacional, a sistemática aprovada pelos parlamentares foi aceita pelo Poder Executivo e, finalmente, na data de 09/07/2019, foi sancionada a criação de uma autoridade brasileira específica para a do tratamento de dados pessoais.”**

**A** Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD) surge num contexto global em que se faz necessário estabelecer regras claras e bem definidas para que seja possível lidar com dados de pessoas físicas com segurança jurídica. A história nos ensinou que, na ausência de alguém que fiscalize a aplicação de uma lei, há duas situações que possivelmente ocorrem: ou a lei é fiscalizada por “todo mundo” que se entende como legítimo para fazê-lo (Ministério Público, PROCON, associações de defesa do consumidor, como é o caso do Marco Civil da Internet) – o que traz insegurança principalmente para os agentes que se

valem economicamente dessas atividades; ou a lei simplesmente não tem a eficácia pretendida (vide também o próprio Marco Civil da Internet, que traz severas punições a quem descumprir-lo, como multas de 10% do faturamento do grupo).

Quantas vezes noticiou-se uma aplicação de sanção nessa proporção desde a sua criação em 2014? O que traz o sentimento de impunidade. Cientes desse cenário, o Congresso Nacional estabeleceu a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ou ANPD) no texto original da LGPD – um órgão de caráter técnico, com (então) independência técnica e orçamentária.

Em 14 de agosto de 2018, o Presidente da República sancionou a LGPD, porém vetou a criação da ANPD nos moldes delineados pelos legisladores sob o argumento de uma falha formal (o Poder Legislativo estaria criando despesas ao Poder Executivo, o que seria inconstitucional por violar a independência dos Poderes). Com isso, começou a “saga” da ANPD e a preocupação de todo o mercado que trata dados pessoais. Teremos uma lei fiscalizada por todos – o que poderia quase que inviabilizar atividades de tratamento de dados pessoais – ou uma lei “para inglês ver”? Em dezembro de 2018, o Presidente Michel Temer editou uma Medida Provisória criando a ANPD, porém com diferenças significativas da proposta original.

A principal: a autoridade estaria subordinada diretamente à Presidência da República e sem autonomia financeira. Conforme determina a legislação, a MP foi submetida ao Poder Legislativo, que discordou da forma como a ANPD havia sido estruturada pelo Executivo. Surge, então, uma nova proposta em que, por ora, a ANPD ficará subordinada à Presidência da República, mas o Poder Executivo federal deverá, em até dois anos, avaliar a possibilidade de transformá-la em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial (trata-se apenas de uma possibilidade, mas a Presidência teria se comprometido com essa disposição), mas garantida a autonomia técnica e decisória à autoridade.

Assim, ainda que a conjectura política e econômica nacional tenha impedido que se chegasse a um modelo que possa ser considerado perfeito quanto à criação da autoridade nacional, a sistemática aprovada pelos parlamentares foi aceita pelo Poder Executivo e, finalmente, na data de 09/07/2019, foi sancionada a criação de uma autoridade brasileira específica para o tratamento de dados pessoais.

O Brasil passa, oficialmente, a contar com um órgão técnico especializado e que será o único autorizado a aplicar as pesadas sanções previstas na LGPD. Outros pontos do Projeto de Lei de Conversão que criou a ANPD foram vetados, mas itens de extrema importância se mantiveram, dentre eles a prorrogação do início da vigência da nova lei para agosto de 2020. Continuamos acompanhando os desdobramentos do assunto. 



# LGPD ou a lei que protege a todos nós

■ POR ALESSANDRA GONSALES



**“Hoje sabemos que nossos dados são moeda de troca para estarmos em qualquer plataforma digital em um mundo dominado pelas redes sociais. Cabe regulamentar para que a questão seja vista a partir dos mesmos padrões, condição para um mercado mais justo, com maior respeito ao cidadão.”**

**A** Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18), sancionada em agosto do ano passado e com entrada em vigor a partir de agosto de 2020, já é uma realidade com a qual todos teremos que lidar. Mantendo similaridade com a versão europeia da lei, a General Data Protection Regulation (GDPR), a nova legislação estabelece os direitos do titular dos dados, bem como as obrigações e proteções que devem ser seguidas pelas empresas.

Trata-se da privacidade de cada um de nós como um dos direitos fundamentais do homem. A Organização das Nações Unidas já encara a privacidade desta forma, assim como também a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) a coloca como condição. Então, todos os países que realmente querem um assento definitivo nessas organizações e querem fazer negócios internacionais, tem que provar que estão obedecendo a esse preceito.

Isso vai muito além da privacidade dos dados. Estamos falando da privacidade de cada pessoa. Seria a mesma coisa que alguém pudesse ficar na porta da sua casa abrindo as suas correspondências para, com base nisso, chegar ao seu perfil e utilizar indevidamente os seus dados.

A linha do tempo até a LGPD ser sancionada tem início em 2010, com a primeira consulta pública a respeito da proteção de dados. Anos depois, em 2014, entra em vigor o decreto do marco civil da Internet, que dá ao país uma legislação, mesmo incompleta, fazendo frente a um cenário mundial em tempos de escândalo protagonizado pelo ex-agente da CIA, Edward Snowden, que vazou documentos do governo Barak Obama e até da presidente brasileira à época, Dilma Rousseff. De 2014 a 2018 tivemos vários projetos de lei, mais uma consulta pública a respeito e, em 2018, uma conjuntura política contribuiu para que a lei fosse sancionada, a partir da união de quatro fatores.

O primeiro deles foi a entrada em vigor da legislação europeia, a já citada General Data Protection Regulation (GDPR). Empresas brasileiras com subsidiárias fora do país, com clientes e fornecedores europeus, e mesmo as que a qualquer momento poderiam ter dados de um cidadão europeu na sua base, ou seja, todas, passaram a se preocupar com o cumprimento da GDPR e com a necessidade de segurança jurídica interna.

O segundo fator foi o escândalo da inglesa Cambridge Analytica, que teve acesso indevido a dados de 87 milhões de usuários do Facebook e os utilizou para influenciar nas últimas eleições americanas. O medo de que algo semelhante ocorresse no Brasil, fez acelerar a LGPD. Também contribuiu o desejo do país de ingressar na OCDE, já que um dos requisitos para a entrada no grupo é ter uma lei geral de proteção de dados que permita discutir questões comerciais.

E, por fim, o quarto fator foi a questão da lei do cadastro positivo, sancionada em abril último, que prevê a criação de um banco de dados para que as instituições financeiras facilitem o acesso ao crédito com taxas menores a bons pagadores. Como contrapartida, a lei permitirá ao titular dos dados, pedir para sair do cadastro ou ter direito ao esquecimento.

Em agosto de 2018 a LGPD foi sancionada e no final do mesmo ano, uma Medida Provisória (869/2018) vetou alguns artigos e criou a Autoridade Nacional

de Proteção de Dados (ANPD), recentemente constituída, com a aprovação da MP pelo Senado, em 29 de maio.

Mas, na prática, como está a transição a esse novo mundo digital? Como as autoridades estão se comportando e entendendo as operações das empresas nesse novo cenário? E quais tem sido as penalidades aplicadas? O exemplo internacional é uma amostra do futuro que nos espera e já nos atinge.

O divisor de águas em relação à aplicação da GDPR é o caso de uma grande multinacional de serviços online e software, multado pelas autoridades francesas em US\$ 57 milhões por violar a privacidade ao não deixar claro aos seus usuários como tem coletado dados para direcionar publicidade. Também se destaca a multa de US\$ 148 milhões a empresa de transporte privado, por não dar transparência a um ataque de hackers que expôs dados de usuários. Respostas positivas também começam a ocorrer, como o caso de uma produtora mundial de alumínio que deu publicidade a um ataque cibernético e pode ter sua pena reduzida, e o caso do Banco Digital, que fez acordo de R\$ 1,5 milhão com o Ministério Público, por vazamento de informações de 19 mil correntistas.

Além das punições milionárias, o universo corporativo precisa se preocupar com os imensuráveis riscos reputacionais por uso indevido de dados pessoais ou, pior ainda, dos chamados dados sensíveis, aqueles que dizem respeito a gênero, origem racial ou étnica, religião, saúde ou opinião política e filiação sindical, por exemplo.

Um Programa de Compliance de Proteção de Dados, que estabeleça regras éticas a serem seguidas por todos os colaboradores de uma empresa, sem exceção, bem como por terceiros e parceiros para os quais são transferidas informações, é a melhor forma de atender às novas exigências.

Isso implica no comprometimento da alta administração com *Compliance*, definição de responsabilidades e criação de comitê intersetorial do programa. O momento exige, também, fazer um mapeamento de riscos e seguir o princípio da minimização, ou seja, repensar quais dados precisam realmente ser coletados pelas empresas para o desenvolvimento de suas atividades. E, importante, sob qual base legal: consentimento, cumprimento de contrato, legítimo interesse, obrigação legal, proteção à saúde ou a crédito, atendimento de políticas públicas, etc.

Recurso mais valioso do mundo atual, hoje sabemos que nossos dados são moeda de troca para estarmos em qualquer plataforma digital em um mundo dominado pelas redes sociais. Cabe regulamentar para que a questão seja vista a partir dos mesmos padrões, condição para um mercado mais justo, com maior respeito ao cidadão. Mais do que isso. Empresas que souberem processar e organizar suas informações para aplicá-las de forma inteligente e ética terão sucesso. É, portanto, uma janela de oportunidade. 



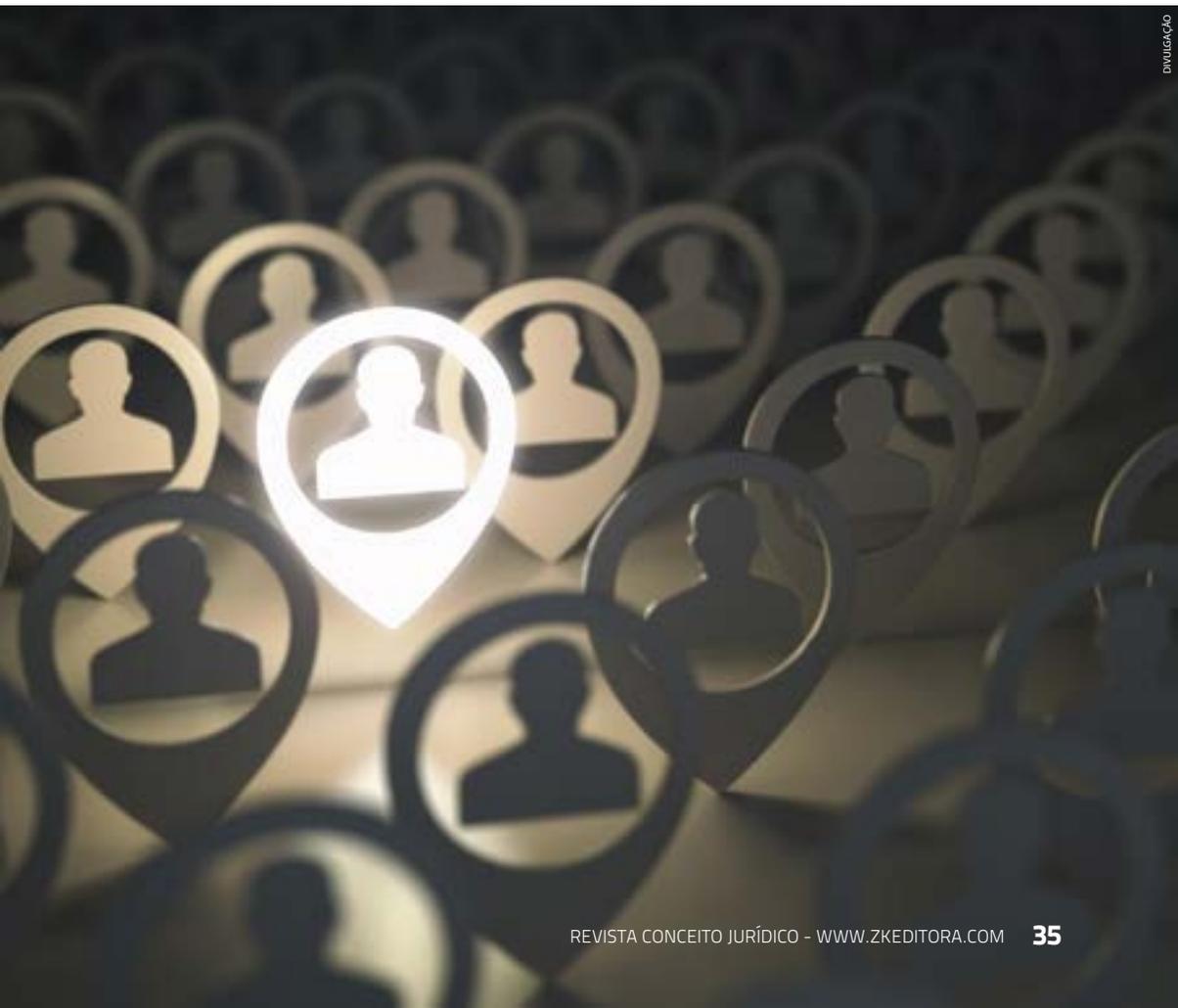
ARQUIVO PESSOAL

**ALESSANDRA GONSALES** é sócia do WFaria Advogados, responsável pela área de Governança, Risco e Compliance.

# Setor de saúde e os desafios impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados

■ POR SANDRA FRANCO

**“Não há como negar que a legislação sobre proteção de dados e as consequentes punições irão provocar na sociedade reflexão e consciência acerca do uso de dados – o que, sem dúvida, culminará na mudança de postura em uma seara hoje explorada sem respeito à privacidade e à autonomia dos titulares.”**



A partir de agosto de 2020, o setor de saúde terá um grande desafio: a adequação da proteção de dados imposta pela Lei nº 13.709/2018. Que a nova era digital trouxe avanços e benefícios à sociedade é incontestável. Não obstante, é fato que o preço a se pagar está diretamente relacionado ao abalo de direitos como a privacidade, o sigilo e a dignidade.

Influenciado pela GRPD (General Data Protection Regulation) europeia, o Brasil publicou a nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que representa uma inovação na regulamentação do tema no país, na esteira do Marco Civil da Internet. Publicada em 2014, o Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da rede mundial de computadores no Brasil, apresentando em seu bojo os princípios como a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a proteção da privacidade e, inclusive, a proteção dos dados pessoais, entre outros.

A LGPD, no entanto, trata de forma específica o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Importante contribuição da LGPD é a clara enunciação do conceito de dados, contemplada em seu art. 5º. Como se encontra ali consignado, tem-se: I – dado pessoal – informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II – dado anonimizado – dado relativo a titular que não possa ser identificado; III – dado pessoal sensível – dado pessoal sobre origem racial ou étnica; convicção religiosa; opinião política; filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político; dado referente à saúde ou à vida sexual; e dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Ademais, o mesmo artigo também define os órgãos e sujeitos atuantes nas relações jurídicas (titular, controlador, operador e encarregado) de que trata a LGPD, assim como as ações pertinentes e os instrumentos.

A quantidade de dados sensíveis colhidos em um atendimento na área de saúde impressiona. Ademais, grande desafio é o de limitar aqueles que terão acesso. Inclusive a atual versão da LGPD possibilita o uso e compartilhamento dos dados sensíveis de saúde nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados. De forma a tentar proteger o titular dos dados de uso diverso da prestação de serviços em saúde, a lei veda “às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários”. Se não houver fiscalização pela ANPD, tal dispositivo não passará de letra morta.

O vazamento de dados, sem dúvida, será um dos principais problemas no mundo digital. Em tempos nos quais os hackers conseguem acesso a informações confidenciais, a proteção de dados de pacientes e instituições da área de

saúde é essencial. Os EUA, desde 1996, apresentam legislação sobre privacidade de dados (HIPAA – a Lei de Portabilidade e Responsabilidade de Seguro Saúde), com o objetivo de proteger registros médicos e outras informações de saúde.

Ainda que já esteja há mais de 20 anos à frente do Brasil no quesito da regulamentação, vazamentos ocorreram nos EUA e as empresas estão gastando fortunas com multas e investimentos em segurança dos dados. Por exemplo, a Anthem foi multada em US\$ 16 milhões e precisou pagar ainda US\$ 115 milhões em um acordo para encerrar uma ação coletiva proposta por aqueles que tiveram seus dados violados. Também na Europa, mesmo pós início da vigência da GRPD tem-se notícias frequentes de vazamento de dados e já há algumas punições significativas, entre elas da do próprio Google.

Informações de saúde despertam muito interesse de hackers. Afinal, paga-se muito bem no mercado, porque com base em perfis de pacientes, grandes empresas poderão adaptar ou criar produtos com mercado consumidor garantido. De outro lado, seu compartilhamento, dentro dos limites da legalidade, fornece subsídios para uma melhoria das ações de saúde pública, a investigação clínica e epidemiológica.

A lei determina que todas as informações precisarão estar em ambientes controlados e comprovadamente seguros. Também é de suma importância implementar soluções: as instituições deverão adotar redes criptografadas, softwares de monitoramento, mas especialmente preparar as pessoas que terão acesso aos dados – por mais sofisticado que seja um sistema de proteção, será o ser humano o responsabilizado por qualquer vazamento.

A Medida Provisória de 869/2018, publicada para aprimorar a Lei nº 13.709/18, criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, responsável pela regulamentação de procedimentos previstos na lei. Mal foi publicada, a MP contava com nada menos que 176 emendas parlamentares a serem analisadas.

Enfim, no dia 8 de julho último, foi publicada a Lei nº 13.853, como conversão da MP 869/2018, alterando a Lei nº 13.709/2018. O mais importante está na criação efetiva ANPD cujas funções estão especificadas no art. 55 J, entre elas a de zelar pela observância dos segredos comercial e industrial; elaborar diretrizes para a 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; promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança; editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade; implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei.

Houveram nove vetos apresentados pela Presidência da República. Há que se dizer que todos os itens vetados estão relacionados a inclusões realizadas pelos parlamentares. Alguns deles: cobrança de taxas por serviços prestados pela ANPD. A motivação do veto está no fato de a ANPD ter natureza jurídica transitória.

Outro veto importante relaciona-se à proibição de o Poder Público compartilhar, com outros órgãos públicos ou com pessoas jurídicas de direito privado, os dados pessoais de requerentes que utilizarem a Lei de Acesso à Informação (12527/2011).

O Congresso também havia aprovado mais outros três tipos de sanções administrativas a serem aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Segundo o presidente, as novas sanções propostas impossibilitariam o funcionamento de banco de dados essenciais a diversas atividades públicas e privadas, o que fatalmente ocorreria se aprovada a suspensão parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados, por exemplo.

Para o texto definitivo, resta aguardar a análise dos vetos pelo Congresso. Mas, cumpre destacar como fundamental que a ANPD terá autonomia técnica e decisória.

Também em julho o Senado aprovou o texto de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2019, que inclui a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixa como competência privativa da União legislar sobre o tema. A matéria será analisada agora pelos deputados. Essa iniciativa demonstra a importância da questão no sentido de se tratar a proteção de dados como direito fundamental do cidadão.

A Lei nº 13.709/2018 dispõe que o tratamento dos dados pessoais deverá observar a finalidade, a qual precisará ser apresentada ao titular de forma explícita, sem que haja a possibilidade de os dados serem tratados para outro fim. A penalidade para o descumprimento da legislação é significativa: multa simples, de até 2% do faturamento da pessoa jurídica de direito privado alcançando até R\$ 50 milhões por infração. No entanto, o prejuízo maior está em tornar pública a infração, haja vista que a instituição perderá sua credibilidade por não cuidar dos dados de seus clientes/pacientes.

As instituições e profissionais da saúde deverão realizar adequações estruturais e comportamentais para que se alcance a segurança dos dados. Deverão repensar todos os seus processos de coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração de dados dos pacientes.

Há, portanto, muito a fazer. Desde a entrada do paciente e preenchimento da ficha cadastral até as informações registradas em prontuário, passando por fornecedores, prestadores de serviço, colaboradores, laboratórios, todos precisarão ser preparados para a nova realidade.

Não há como negar que a legislação sobre proteção de dados e as consequentes punições irão provocar na sociedade reflexão e consciência acerca do uso de dados – o que, sem dúvida, culminará na mudança de postura em uma seara hoje explorada sem respeito à privacidade e à autonomia dos titulares. 



ARQUIVO PESSOAL

**SANDRA FRANCO** é consultora jurídica especializada em direito médico e da saúde, doutoranda em saúde pública, ex-presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) e presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, membro do Comitê de ética e Pesquisa em Seres Humanos da UNESP/SJC.

# LGPD: controlador e operador devem estar em sintonia para a mitigação de riscos

■ POR TALITA ORSINI DE CASTRO GARCIA

**“Todo esse cenário ilumina um aspecto fundamental no processo de adaptação: não basta conhecer os seus riscos, mas sim agir para mitigá-los, sendo tal mitigação tão importante quanto escolher o parceiro comercial que tenha em evidência a mesma preocupação e o mesmo propósito.”**

**V**ocê já deve ter ouvido falar da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), certo? Desde quando foi promulgada com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, bem como de privacidade das pessoas a partir dos seus dados pessoais, a LGPD tem despertado diferentes reações pelas partes que compõem a dinâmica.

Por um lado, nas pessoas naturais, essa garantia despertou um sentimento de proteção, haja vista a série de incômodos que sofrem diariamente com abordagens de terceiros que tiveram acesso aos seus dados pessoais de forma não autorizada.



Por outro, nas empresas, a sensação despertada ainda é o desconforto em função da alteração cultural que ela implica, assim como um mar de incertezas (como exemplo, vide a demora na conversão em lei da Medida Provisória nº 869/18, que prorrogou a vigência da LGPD para agosto/2020). Isso suscita perguntas como “será que a lei vai pegar?”, que se tornam mais comum a cada dia.

Mas a grande questão é que, independentemente das inseguranças, o fato é que o respeito à proteção dos dados não é passageiro. É mais do que tendência. É um fenômeno global que nasceu com bastante força e que veio para ficar.

No Brasil, no final do ano de 2018, um caso emblemático chamou atenção. Um banco digital que figura dentre os líderes do País acordou o pagamento de uma multa de R\$ 1,5 milhão ao Ministério Público do Distrito Federal em função da perda de dados de clientes em um episódio que veio à tona em maio do mesmo ano.

Ou seja, estamos diante de um prazo desafiador para se adequar à uma realidade que propõe uma mudança sensível que passa por toda a operação de qualquer empresa, desde as internas (que abrange, por exemplo, não apenas os gestores, mas sim todos os colaboradores), até as terceirizadas e realizadas em parcerias em geral.

Uma organização que falha nas medidas de segurança adequadas pode ser responsabilizada por negligência, independentemente da esfera e do nível em que o problema ocorrer.

Em relação aos parceiros, destaca-se a figura do operador, que pode ser pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (a quem competem as decisões referentes a tal tratamento).

Conforme disposição da LGPD, o operador responde solidariamente pelos danos causados quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador se equipara ao controlador. Ou seja, o titular dos dados pode acionar judicialmente um ou outro, conjunta ou isoladamente, para buscar responsabilização e o ressarcimento dos danos que lhe foram causados em descumprimento à LGPD.

Ainda, o controlador que estiver diretamente envolvido no tratamento do qual decorram danos ao titular dos dados também responde de forma solidária junto com o operador pelo que for causado por esse último.

Temos aí um ponto sensível: a escolha e contratação da figura do operador, sendo recomendável que o controlador exija daqueles comprovações de cumprimento à LGPD. Ou seja, aqueles que mais cedo estiverem em *compliance* com a legislação, mais oportunidades de negócios terão, pois poderão se destacar no mercado e trazer segurança aos potenciais parceiros na possível contratação.

Importante dizer que o tratamento de dados pessoais será irregular quando não atender as disposições da legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular de dados pode esperar do referido tratamento, considerando o modo de realização do tratamento, o resultado e os riscos razoavelmente esperados, bem como as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época de sua realização. A LGPD traz uma análise subjetiva sobre os tipos de cuidados e tecnologias existentes na época do tratamento, de modo que caberá ao controlador ou o operador demonstrar que de fato tomaram todas as precauções e medidas necessárias para o tratamento do dado pessoal.

Dessa forma, questiona-se: Seria a responsabilidade do controlador e do operador objetiva ou subjetiva? Seria necessário comprovar culpa ou dolo do controlador ou

operador (responsabilidade subjetiva), ou bastaria ao titular de dados demonstrar uma ação ou omissão pelo controlador/operador que acarretou um dano ao titular dos dados (responsabilidade objetiva)?

Fato é que, não há na LGPD qualquer menção à necessidade de se comprovar a culpa ou dolo do controlador ou operador. Porém, considerando que o artigo 927 do Código Civil dispõe como regra geral a responsabilidade subjetiva, seria possível concluir que a responsabilidade do controlador e do operador seria de fato subjetiva? Ou estaríamos diante da responsabilidade objetiva trazida no âmbito do parágrafo único do referido artigo 927 do Código Civil?

Conforme o texto da LGPD, o controlador ou o operador apenas não serão responsabilizados se demonstrarem que: a) não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; b) embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; c) o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. A partir da análise das excludentes de responsabilidade do controlador e do operador, é possível concluir que essas acabariam por afastar, por completo, o nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano causado ao titular de dados, fato característico de quando está se tratando da responsabilidade objetiva.

Ainda assim, não há como negar que a excludente de responsabilidade de culpa exclusiva de terceiro acaba por alargar o rol de defesa do controlador e do operador em detrimento do titular de dados, ao permitir a discussão e prova quanto à configuração da culpa de terceiros estranhos à atividade.

Contudo, não parece de acordo com espírito trazido pela LGPD que a jurisprudência se incline no sentido de admitir qualquer responsabilidade de terceiro, sendo mais coerente que tal discussão apenas seja cabível em relação a riscos externos ao negócio, isto é, quando não seria razoável esperar que o controlador ou o operador assumissem o referido risco, sendo tal ação/omissão de terceiro totalmente estranha, inevitável e imprevisível para o negócio.

Nesta linha de interpretação, não caberia ao controlador ou ao operador intentar afastar sua responsabilidade em decorrência da ação de um terceiro que utilizou um *malware* já conhecido para invadir o local onde estão armazenados os dados pessoais, visto que essa seria uma ação previsível ao controlador e ao operador.

Assim, a partir do momento em que o legislador traz como excludentes da responsabilidade do controlador e do operador aquelas que tem como objetivo romper o nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano causado, é possível concluir que o legislador buscou imputar ao controlador e ao operador uma responsabilidade objetiva, pois, com fundamento na Teoria do Risco, seria razoável que o controlador e o operador assumissem o ônus que advém do proveito econômico que retiram de sua atividade econômica.

A infração à LGPD pode acarretar penalidades de até R\$ 50 milhões por infração, assim como a obrigação da empresa publicizar a ocorrência, trazendo inevitáveis problemas de reputação. Todo esse cenário ilumina então um aspecto fundamental no processo de adaptação: não basta conhecer os seus riscos, mas sim agir para mitigá-los, sendo tal mitigação tão importante quanto escolher o parceiro comercial que tenha em evidência a mesma preocupação e o mesmo propósito. 



**TALITA ORSINI DE CASTRO GARCIA** é advogada da área Contratual, Infra-Estrutura, Arbitragem e Imobiliária do escritório Finocchio & Ustra Sociedade de Advogados.



# Direitos dos consumidores na nova fase do cadastro positivo de crédito

■ POR ISABELA VILHALBA

**“A Lei Geral de Proteção de Dados previu expressamente como base legal para o tratamento de dados pessoais a “proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente”. Contudo, o uso da referida base legal como fundamento das disposições da Lei do Cadastro Positivo no que se refere ao cadastro de pessoas físicas não é livre de controvérsias”.**

O novo formato do cadastro positivo entrou em vigência já no início do mês de julho com a inclusão automática das informações tanto de pessoas físicas quanto jurídicas nos bancos de dados. Mesmo que a opção de entrada independa da vontade do cadastrado, a saída do cadastro positivo nos órgãos de proteção ao crédito, por exemplo, poderá ser solicitada caso o consumidor se sinta desconfortável pela exposição dos seus dados. A partir desse pedido, o compartilhamento de dados com os chamados consulentes, que incluem instituições financeiras ou fornecedores, deverá ser suspensa.

É importante explicar para o consumidor que o cadastro positivo contém dados que se referem ao adimplemento, tais como sobre o pagamento de contas em dia, ou seja, indica se o cadastrado é considerado um bom pagador para o mercado de crédito. Os bancos de dados devem notificar os consumidores da inclusão no cadastro positivo em até trinta dias, sendo que a liberação dos dados para consulta das pessoas físicas e jurídicas interessadas só poderá ser efetivada a partir de 60 dias após a inserção no cadastro.

Na prática, o cadastro positivo cria um histórico de informações sobre a forma como o consumidor se relaciona com suas finanças no dia a dia. Importante ressaltar, contudo, que a divulgação do histórico de crédito para consulentes ainda dependerá do consentimento do consumidor. Somente será concedido acesso automático aos consulentes do *score* ou nota de crédito de cada consumidor. E, além disso, só poderão obter acesso aos dados consulentes que possuem ou pretendem manter relação comercial ou creditícia com o cadastrado, como para obtenção de linhas de crédito, operações de parcelamento e outros relacionados.

O acesso gratuito às informações é um direito do consumidor em relação ao cadastro positivo e isto vale tanto para o *score* de crédito quanto para o histórico de crédito. As empresas terão dez dias como prazo para repassar ao cadastrado todos os dados solicitados e devem fazer as correções devidas, também em até dez dias, caso sejam encontradas inconsistências. Solicitações de eventuais alterações nos dados devem ser solicitadas diretamente à uma gestora do banco de dados, que deverá transmitir a solicitação para toda a cadeia. Além disso, as informações armazenadas devem ser objetivas, claras e verídicas, sem juízo de valor em relação à vida financeira de cada pessoa.

Caso o consumidor opte pela remoção dos seus dados do cadastro positivo, a consequência direta será o não uso dos dados para a composição do *score* de crédito. Hoje, essa pontuação inclui os dados da inadimplência, atrasos e outras informações dessa natureza, caso não tenha sido autorizada a inscrição no cadastro positivo. Mas, sem o cadastro positivo, fornecedores e instituições financeiras não terão como saber a conduta financeira positiva do cadastrado como contratante de produtos e serviços, bem como adquirente de créditos no mercado, de forma que o consumidor poderá ter mais dificuldades de obtenção de crédito, aquisição de produtos e serviços a prazo e na realização de outras transações de risco.

O consulente que recebe os dados do cadastrado relativos ao cadastro positivo somente poderá utilizá-los a finalidade pela qual tais dados foram coletados e compartilhados. O banco de dados, o consulente e a fonte dos referidos dados serão objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado. Ademais, a referida lei não exclui a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o cadastrado for consumidor, de forma que, caso haja o descumprimento das normas relativas ao cadastro positivo, o consumidor poderá acionar órgãos de proteção ao consumidor tais como o Procon para efetivar as responsabilidades dos entes acima descritos e aplicar sanções.

Por fim, não se pode falar do cadastro positivo sem tratar mesmo que rapidamente da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados, que entrará em vigor em agosto de 2020, para o tratamento de dados pessoais em qualquer meio, seja por pessoa física ou jurídica, incluindo no contexto das relações de consumo.

A Lei Geral de Proteção de Dados define “dados pessoais” como qualquer informação relacionada a pessoa física identificada ou identificável. Dessa forma, os tratamentos das informações referentes a pessoas físicas coletadas para a constituição dos cadastros positivos estarão sujeitos às disposições da Lei Geral de Proteção de Dados. Diversas das disposições da Lei do Cadastro Positivo refletem mesmo que de forma incompleta as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados, tais como em relação ao direito de acesso e de correção de dados incorretos, bem como na obrigação de uso dos dados somente no contexto da finalidade para sua coleta.

Ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados previu expressamente como base legal para o tratamento de dados pessoais a “proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente”. Contudo, o uso da referida base legal como fundamento das disposições da Lei do Cadastro Positivo no que se refere ao cadastro de pessoas físicas não é livre de controvérsias, existindo posição por parte de entidades de proteção ao consumidor de que o cadastramento automático das informações de adimplemento não se enquadra na referida hipótese.

Como se trata de um procedimento novo e criado pela MP nº 869/2018 que foi convertida na Lei 13.853/2019, sancionada em 8 de julho do corrente ano, dúvidas para aplicação das novas normas sobre cadastro positivo surgirão naturalmente ao decorrer dos próximos meses. No entanto, é direito do consumidor sanar todas as questões quanto aos procedimentos adotados pelas empresas e demais consulentes, pelos gestores dos bancos de dados, bem como por meio do Procon, sendo essencial que o cidadão procure se informar para que seus direitos sejam garantidos nessa nova fase das relações de consumo e proteção de dados pessoais. 



ARQUIVO PESSOAL

---

**ISABELA VILHALBA** é especialista em Propriedade Intelectual do Saiani & Saglietti Advogados.

# LGPD: encontre as respostas para as perguntas certas

■ POR ENIO KLEIN

Faltam em torno de quinhentos dias para que a Lei Geral de Proteção de Dados entre em vigor. Aprovada no ano passado, a lei, conhecida com LGPD, vem com a promessa de alinhar o país a tendência mundial de colocar foco em diretrizes claras rumo à privacidade e segurança. Com a LGPD, o Brasil entra no rol dos 120 países que possuem lei específica para a proteção de dados pessoais.



“Como transformar a organização para tirar proveito da correta governança e aderência às práticas internacionais de proteção e segurança de dados, e não como se defender dos riscos da falta de conformidade.”

Em um mundo digital, onde relações pessoais e de negócio se misturam em redes sociais, transformam-se em informações armazenadas (big data). Com a inteligência artificial, utilizada de diversas formas e com distintos objetivos por empresas, considero este movimento necessário e obrigatório para os negócios daqui para a frente. Em um futuro muito próximo, países ou empresas que não estiverem alinhados a regulamentações que protejam os dados dos cidadãos e clientes, serão considerados como membros de segunda classe na comunidade nacional e internacional.

Pesquisas que vêm sendo realizadas por institutos e empresas de consultoria nos últimos anos demonstram que privacidade e segurança, transformaram nos principais anseios de clientes e consumidores, quando questionados sobre o que consideram importante na experiência e satisfação com seus fornecedores. Hoje, privacidade e segurança, superam a conveniência e que, até então, era a palavra-chave mais importante no dicionário dos profissionais de *marketing*.

Desde que foi sancionada, em agosto do ano passado, a nova lei é tratada mais como uma ameaça do que como aliada nos negócios. Na mesma linha da GDPR, o regulamento em vigor na Europa, desde maio do ano passado, a LGPD irá mudar a forma de funcionamento e operação das organizações ao estabelecer regras claras sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais. Contudo, ao invés de valorizar a necessidade do estabelecimento de um padrão mais elevado de proteção para as informações dos seus clientes, o que mais tem sido apontado são as possíveis penalidades impostas às empresas. Você, empresário ou executivo, deve evitar esta armadilha.

A pergunta certa a ser respondida é como transformar a organização para tirar proveito da correta governança e aderência às práticas internacionais de proteção e segurança de dados, e não como se defender dos riscos da falta de conformidade. Estar dentro das normas é uma oportunidade para as empresas saírem na frente e serem mais competitivas na busca pela preferência de seus clientes. Privacidade é poder. As empresas líderes de mercado nos próximos anos serão digitais e terão como padrão preservar a privacidade e a segurança das informações de seus clientes.

Assim, quando pensar em governança e conformidade das informações de seus clientes e colaboradores, acreditem que estarão investindo na qualidade de seus serviços e da experiência de seus clientes.

A LGPD não é uma guilhotina, é uma alavanca que irá ajudar a desenvolver o negócio e criar oportunidades. Adequar, mitigar riscos, melhorando a qualidade do tratamento dos dados dos clientes e colaboradores, isso significa investir em processos e tecnologias para melhorar a operação. São investimentos necessários nesses novos tempos onde um novo marco regulatório (e ético) no tratamento de dados é um clamor do mercado. Pense no seu cliente e use os próximos quinhentos dias com sabedoria quando for buscar respostas para as perguntas que certamente tem ou terá sobre como deverá lidar com o assunto. Você não tem muito tempo. Comece agora. 



**ENIO KLEIN** é CEO da Doxa Advisers, Professor de Pós-Graduação na Business School SP e Especialista em Transformação Digital.

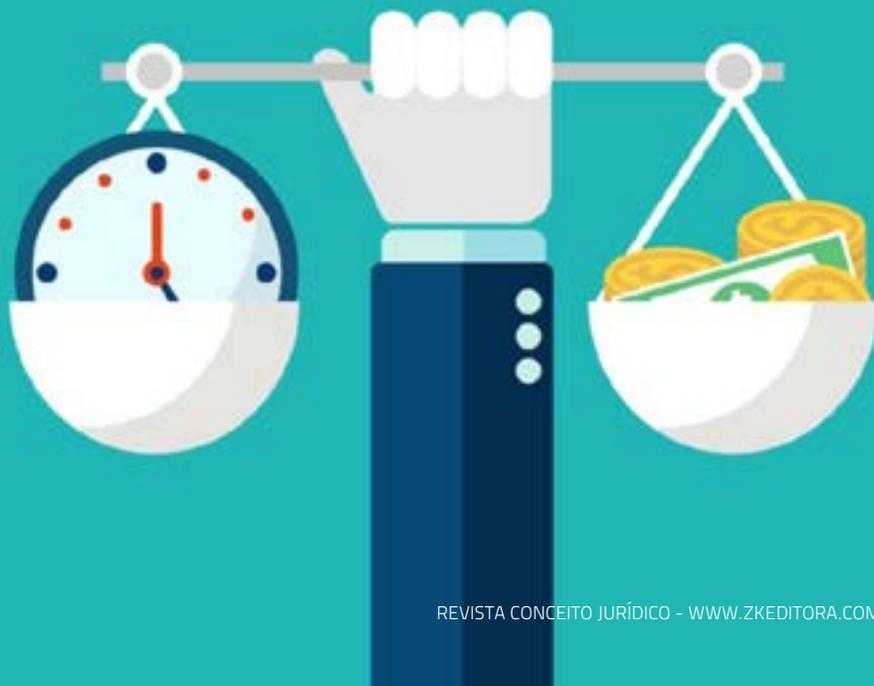
# A reforma da Previdência, a preferência dos números e a proteção sem futuro

■ POR SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

“A reforma ocorrerá, virá ainda que distante do sentimento constitucional, contudo, como descrito em um conhecido provérbio português “o tempo é o senhor da razão”, razão de que a preferência pelos números irá desnaturar o que deveria ser sua primazia.”

O desejo reformador, de qualquer política ou planejamento público, por mais polêmico que seja há de ser defendido, tendo em vista que daí surge a vontade e o ponta pé para que cruciais segmentos sociais sejam aprimorados, modernizados e aperfeiçoados, a bem de todos.

Atualmente se vive esse cenário, ou seja, discute-se a vontade de reformar o sistema previdenciário brasileiro, em um importante momento de tentar enfrentar seus difíceis meandros e de forma séria, adequada e com a esperada sinergia constitucional, reveladora de muitas diretrizes costumeiramente esquecida por muitos.



Assim, evidente que precisamos desse debate, contudo sem paixões partidárias, equívocos políticos, extremismos de alguns e outras miopias paradigmáticas, para que avanços substanciais ocorram, sob pena do pacote previdenciário todo ser novamente fatiado, como ocorreu em 1995, 1998, 1999, 2003, 2005, etc., e desde então não restou enfrentado de maneira como se espera.

Ao certo, o ponto de partida deve ser o preceito supremo que qualifica a Previdência como SOCIAL, antes de ser unicamente (para alguns) econômica. É que muitos discursos rasos e superficiais existem e escorados em estatísticas onde a mensagem constitucional é sempre deixada para trás.

A reforma pode sim e deve acontecer, mas com outro viés, a fim de aperfeiçoar, integrar, acolher, proteger, universalizar e não para ser distante de boa parte da parcela mais vulnerável da população.

Logo, o modelo (PEC n.6/19) que se apresenta deve ser debatido e confrontado, sobretudo quanto as premissas visivelmente contraditórias, pois, como exemplo, se a ideia é corrigir distorções e trazer justiça com igualdade, por qual motivo militares, servidores estaduais, municipais, bombeiros, policiais e outros estão e ficaram de fora do pacote?

As inconsistências também são outras e muito mais impactantes.

É que infelizmente, serão atingidos cerca de 70% os trabalhadores do Regime Geral (INSS) que vivem com até dois salários mínimos em média. E mais, para parlamentares e militares uma regra de transição e para os trabalhadores da iniciativa privada um total de quatro regras confusas e perversas incapazes de propiciar o efetivo gozo de prestações, tornando muitas delas, quase que impossíveis de serem acessadas.

De outro lado, existem renúncias fiscais ano a ano, sonegações das grandes empresas, desvios das contribuições pela DRU, anistias, refinanciamentos, enfim, um cenário que poucos enfrentam ou não querem enfrentar, pois o gargalo é grande e com personagens poderosos, conhecidos de muitos.

Também, para boa parte de seus efusivos defensores, a reforma da previdência é a bola de cristal para a solução de todos os males. Ledo engano! Poderia e deveria ocorrer primeiro a reforma tributária, a principal e mais importante, tendo em vista que o país precisa de uma política incisiva e emergencial de geração de empregos, com fomento ao empresariado através de redução tributária, uma das maiores do mundo, e nunca, vale enfatizar, nunca distanciar ou fragilizar a proteção previdenciária dos trabalhadores brasileiros.

Outros aspectos sequer explicados pela proposta merecem aqui rápido registro. Por exemplo, atualmente, na aposentadoria por idade o valor a receber é de 85% aos 15 anos de contribuição, sendo que pela proposta será de 60%. A pensionista, por sua vez, receberá apenas 60% do benefício de seu falecido companheiro, benefício esse que foi custeado em 100%, ou seja, houve a contribuição por parte dele, desprezando o incontroverso fato de que as necessidades só aumentarão para ela a partir de então. Na aposentadoria especial, aquela que aos 25 anos uma técnica de enfermagem, por exemplo, pode se aposentar devido a agressividade do ambiente hospitalar e os riscos naturais de contrair doenças pelos agentes biológicos, para não citar outros agentes (como ruído, eletricidade, produtos químicos, etc.), pela proposta que se apresenta só poderá se aposentar quando atingir os 60 anos de idade, ou seja, mesmo com 25 completos deverá esperar a idade mínima

e permanecer em ambiente prejudicial a sua saúde, podendo superar e muito o mínimo estabelecido. A proposta acaba com a aposentadoria por idade da pessoa com deficiência, na contramão da Convenção de Nova York onde o Brasil é signatário, reduz o valor da aposentadoria por invalidez em 60%, dentre outras sérias e preocupantes mudanças. Enfim, poderia aqui ser descrito inúmeros problemas técnicos que demonstram a perversidade da proposta no plano de retrocessos e no dia-a-dia dos sujeitos envolvidos.

Outro argumento há muito alardeado perfilha dentro do lendário *déficit* previdenciário a que os economistas adoram e que para boa parte da comunidade especializada, sequer instada a um exaustivo debate, apregoa que é ponto mais do que controvertido, sobretudo quando entidades sérias e respeitadas como ANFIP, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), DIEESE, Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV), OAB Federal, dentre outras, demonstram que o caixa é hígido e a reforma pretendida não se justifica sob esse midiático prisma.

Enfim, devemos sim enfrentar a questão, mas com outros olhos, sem tratar a dignidade das pessoas com números frios e contestados, com argumentos exclusivamente econômicos, contraditórios e confusos. Não se questiona o envelhecimento da população e a necessidade de ajustes no sistema previdenciário nacional, mas se não tiver oferta de emprego em larga escala, por exemplo, se estará batendo cabeça, com idas e vindas como aquelas que ocorreram nas mudanças parciais de outras reformas que já existiram.

A proposta ainda acaba com a aposentadoria por tempo de contribuição e a recente aposentadoria pelo sistema de pontos (86 x 96), mas indagações outras devem ser feitas, questionando não a vontade de reformar e sim o modelo apresentado, afinal: haverá mão-de-obra para todos? Ou em um futuro próximo somente uma geração de aposentados miseráveis existirá, vivendo apenas do mínimo legal ou também de não aposentados que não conseguiram atingir as novas regras, com reflexos em toda a sociedade com um aumento grande da informalidade? Um simples pipoqueiro que contribui com seu INSS, mas é novo, com a aprovação da PEC será que terá segurança e confiança para continuar vertendo contribuições e pensar na aposentadoria futura, sabidamente distante e em valor baixíssimo (60% aos 15 anos de contribuição)? Que decisão tomaria? Teria requisitos para um plano de previdência privada? Ou seria melhor deixar de contribuir e assim ficar ele e seus dependentes desprotegidos do sistema?

Ao que se vê, aqui apenas pequenos entraves sinteticamente demonstrados, sobretudo aos economistas defensores do modelo apresentado e que preferem adjetivar a previdência somente nos números, algo que o art. 6º da Constituição e tantos outros dispositivos dizem o oposto.

De todo o modo, a reforma ocorrerá, virá ainda que distante do sentimento constitucional, contudo, como descrito em um conhecido provérbio português “o tempo é o senhor da razão”, razão de que a preferência pelos números irá desnaturar o que deveria ser sua primazia. 



ARQUIVO PESSOAL

**SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR** é Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP e em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Conselheiro da 23ª Subseção da OAB/MG. Professor Universitário. Professor do Instituto Elpidio Donizetti (IED). Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Advogado em Minas Gerais.

# Fundos imobiliários?

■ POR ROBERTO COSTA AGI

**“Tenho duas salas comerciais que geram um complemento mensal para minha renda. Uma delas está desalugada há alguns meses. Faz sentido vendê-la e aplicar em fundos imobiliários?”**

**O**lá, essa é uma pergunta bastante interessante e abre espaço para uma discussão muito rica. Antes de respondê-la, acho válido falar um pouco sobre as principais modalidades de fundos de investimento imobiliário (FIIs) que encontramos no mercado. De forma bem resumida, podemos dividi-los em fundos de papel, de tijolos e fundos de fundos. Os fundos de papel são aqueles que compram títulos lastreados no setor imobiliário, como CRIs e LCIs, ambos isentos de imposto de renda. Empresas ligadas ao setor imobiliário emitem dívida para custear seus projetos e essas dívidas são adquiridas



pelos fundos. O fundo distribui os juros e amortizações desses títulos na conta dos cotistas, líquidos de IR (desde que o fundo tenha no mínimo 50 cotistas, seja negociado exclusivamente em bolsa ou balcão organizado e nenhum cotista exceda 10% das cotas) descontando os custos de gestão, taxas etc.

Já os fundos de tijolos, compram participação em um ou mais imóveis, que podem ter naturezas distintas, como lajes comerciais, *shoppings*, galpões logísticos etc. O gestor do fundo se preocupa em adquirir, alugar e eventualmente vender essas participações distribuindo a renda para os cotistas do fundo. Os fundos de fundos, compram participações em outros fundos imobiliários, que podem ser de papel, tijolo ou híbridos, alocando tanto em imóveis e títulos diretamente, assim como em outros FIIs. Uma grande vantagem de se investir em FIIs é a capacidade de pulverização de seu patrimônio e diversificação em diferentes estratégias. As cotas são negociadas em bolsa e permitem que compre participações realmente pequenas, (como R\$ 100 por exemplo) e receberá a renda proporcional ao valor investido. Pode obter uma renda mensal por exemplo, pela distribuição dos juros ou aluguéis, que são isentos de imposto além da valorização (ou desvalorização) da cota, se o imóvel ou imóveis dentro do fundo ganharem ou perderem valor por conta de uma mudança conjuntural, na vacância ou liquidez. Uma diferença importante é que nas suas salas comerciais, não tem a mesma percepção de variação de valor quanto nos fundos imobiliários – como são negociados em bolsa, a todo instante seu preço de mercado é atualizado e essa oscilação (tanto para cima quanto para baixo), muitas vezes, traz desconforto aos investidores dessa classe de ativos. Vale reforçar que se obtiver ganho de capital, vendendo a cota por um valor mais alto do que pagou inicialmente, será tributado em 20% sobre o ganho.

Respondendo à sua pergunta, ao trocar o investimento na sala por um ou mais fundos imobiliários, há a vantagem de poder distribuir o seu patrimônio em estratégias diferentes e imóveis bastante variados, o que mitiga o risco de inadimplência e risco de um setor específico (por exemplo, poderia ocorrer uma queda nas locações em *shoppings* concomitantemente com um crescimento nos imóveis de logística). Além disso, no recebimento da renda distribuída pelos fundos, terá a isenção de imposto, diferentemente do que acontece na sua sala comercial, que entra na tributação progressiva de imposto de renda (podendo chegar até 27,5% de alíquota). Pode também combinar estratégias como buscar fundos que distribuem uma renda menor hoje, por conta de uma vacância alta, mas tem um potencial de valorização maior à medida que ela diminua, com fundos que tem uma distribuição mais regular de renda. Enfim, há muitas vantagens no investimento em imóveis através dos Fundos Imobiliários, tenha sempre o cuidado de avaliar os ativos que compõe os fundos, experiência do gestor, liquidez de mercado, entre outras coisas. Avalie também o *dividend yield* do fundo, ou seja, quanto terá de renda sobre seu investimento, já que ele mostra a relação entre os dividendos distribuídos e o preço atual da cota. Sugiro também que procure um Planejador Financeiro pessoal que possa lhe ajudar a entender se essas estratégias estão alinhadas com seus objetivos de curto, médio e longo prazo. 



**ROBERTO COSTA AGI** é planejador financeiro pessoal e possui a certificação CFP® (*Certified Financial Planner*), concedida pela Planejar – Associação Brasileira de Planejadores Financeiros.

# Prescrição de ADINs – Se ADIN não é ação de ressarcimento, então prescreve

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN



“Deve o aplicador da lei e do direito desde o nascedouro afastar a idéia de que apenas por se tratar de uma ADIn essa ação é imprescritível, como se um sagrado manto de sacralidade constitucional a abrigasse do fatalíssimo instituto da prescrição. Nada disso existe em nosso direito.”

**A**DIn é a sigla de ação direta de inconstitucionalidade, por vezes abreviada apenas por ADI. É a tradicional ação pela qual o autor pleiteia obter a declaração judicial de que uma lei, ou um decreto, ou um ato administrativo normativo, é inconstitucional, quer totalmente, quer parcialmente. Assim, se obtiver êxito, o autor consegue fazer retirar do mundo jurídico um texto normativo, por o Poder Judiciário entender que contraria a Constituição Federal, ou a Constituição do Estado conforme o caso e o objeto.

A Constituição Federal, que dá o modelo para as Constituições dos Estados, indica quem são os possíveis autores das ADIN<sup>1</sup>, e traça as linhas mestras do processo, que depois é minuciado em lei federal que disciplina a propositura de ADINs ante o Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>.

De outro lado, o art. 37 da Constituição reza em seu § 5º que a lei estabelecerá o prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento* (destaque nosso).

A impressão corrente de que as ações de ressarcimento de valores ao erário são imprescritíveis foi muito recentemente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, em 8 de agosto de 2018 (RESP nº 1.089), de modo que, enquanto predominar esse entendimento, se uma ação é de ressarcimento de valores ao erário, então não prescreve.

Uma ação de ressarcimento pode, assim, ser proposta 120 anos depois de acontecido o fato, talvez contra os tetrataranetos dos responsáveis pelo negócio público, o que contraria toda a teoria geral do direito existente no planeta em todos os tempos, e provocou a indignação do Min. Marco Aurélio em seu voto por ocasião daquele julgamento, no qual afirmou que não tem o mais remoto cabimento a ideia de existir ação patrimonial imprescritível.

Mas é o que a suprema corte decidiu, e assim está posto o direito hoje em dia. Então, se uma ação é de ressarcimento, não prescreve.

Que é uma ação de ressarcimento ao erário público? É aquela pela qual o ente público que pagou algo a terceiro pede de volta aquele valor, por entender indevido o pagamento.

Ressarcir é devolver, restituir, dar de volta, retornar, reembolsar, reaver. Somente quem pagou pode mover ação de ressarcimento, porque quem não pagou não tem do que se ressarcir – di-lo a lógica mais primária. Se alguém que nada pagou a ninguém pleiteia a devolução de valores ao ente que pagou, então a isso não se pode denominar pleito de ressarcimento, mas uma ação de cobrança, ou de indenização, movida por estranho ao negócio realizado e em nome de quem pagou – mas isso não é ressarcimento.

Não se ressarce nenhum valor a quem não pagou valor nenhum, na medida em que não se devolve algo a quem não seja o seu titular.

O objeto da ADIn é declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

O objeto da ação de ressarcimento é fazer quem pagou receber de volta o valor que pagou a terceiro.

Nenhum ponto em comum têm as duas ações, cujos objetos são absolutamente distintos e apartados.

Se por mero acaso a declaração de inconstitucionalidade implicar em alguma devolução de valores de alguém para algum ente público, isso precisará constar da decisão que declarou a referida inconstitucionalidade – porque o objeto da ADIn não foi, porque não pode ter sido, ressarcimento nenhum.

E em geral quando leis que concedem vantagens a servidores públicos são declaradas inconstitucionais os servidores que se haviam beneficiado daquelas vantagens não são obrigados devolver valor nenhum ao ente público que os pagou por força daquela lei, porque os receberam de boa-fé, porque prestaram os serviços e porque não participaram da formação da mesma lei, nem foram responsáveis pela sua existência, nem pela das próprias vantagens – e assim os acórdãos com toda frequência o declaram com todas as letras.

Quando ADIn for o mesmo que uma ação de ressarcimento, então uma ação de retificação de loteamento será o mesmo que uma ação renovatória inglesa, e uma ação de despejo equivalerá a uma de anulação de casamento nuncupativo.

Estamos profissionalmente envolvidos na defesa de uma lei de Município paulista, declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado, movida pelo sr. Procurador Geral de Justiça e julgada procedente naquela instância originária.

Ora, como se disse aquela nunca foi uma ação de ressarcimento, porque o autor não pediu ressarcimento de valor algum, que o seu órgão não pagou. Trata-se do Ministério Público pedindo devolução de valores a um Município, como se fora advogado desse Município. E, curiosamente, fê-lo contra a vontade do próprio Município, que respondeu à ação e a contestou em suas informações.

Tanto o Executivo quanto o Legislativo local contestaram a ação, o que converte o episódio num curioso caso de advocacia contra a vontade do cliente...

Assim, tratando-se de uma ação de inconstitucionalidade de lei municipal, e se com a ação o Município autor da lei não concorda, então resta evidente que não se trata de uma ação de ressarcimento, porque, repita-se:

a) o autor, Ministério Público, não pediu ressarcimento de nada, porque não pagou nada a lhe ser ressarcido, e ressarcimento significa devolução a quem pagou alguma coisa a alguém, e

b) jamais poderia pedir ressarcimento numa ADIn, porque o objeto dessa ação é ver declarada inconstitucional no caso uma lei, e apenas isso.

Seria aliás muito atípica e processualmente arrevesada a idéia de uma ação de ressarcimento contra a vontade de quem aprovou a lei e que, portanto, não quer ressarcimento nenhum...

Reitere-se: uma possível ação é a de ressarcimento de valores públicos movida pelo ente público que pagou aqueles valores; outra ação, absolutamente diferente e que nenhuma relação guarda com aquela, é a ação direta de declaração *die* inconstitucionalidade de lei, cujo único propósito é retirar do ordenamento jurídico um *exto* normativo, para que no presente e no futuro não mais produza efeito.

Os objetos, o conteúdo, o processo, os fundamentos das ações, e os seus respectivos pedidos, são rigorosamente diversos entre si. Ação de ressarcimento será ou uma ação ordinária, regida pelo CPC, ou uma ação civil pública, regida pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Já a ADIn é regida pela Lei federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Nunca uma ADIn pode ser tratada como se fora uma ação de ressarcimento, pelos dois motivos já alinhados acima. Formal e materialmente, nada tem uma ação com outra.

Tanto uma ADIn não é ação de ressarcimento que:

a) o autor nunca pede nenhum ressarcimento de coisa alguma ao Município autor da lei, e

b) o Tribunal de Justiça de São Paulo, coerentemente com o único pedido da ADIn, não condenou ninguém a devolver coisa nenhuma.

E nenhuma estranheza existe em que decisão de inconstitucionalidade opere *ex-tunc*, ou seja, retroativamente desde o nascedouro da norma, como decidiu o Tribunal de Justiça. Ilógica seria uma solução diferente, porque uma lei não pode ser declarada inconstitucional a partir da data tal ou qual, se nada mudou na Constituição-referência nesse meio tempo

Toda lei declarada inconstitucional o é, sempre, desde seu nascedouro, mas só isso não significa que os casuais beneficiários de outrora terão de devolver coisa alguma ao ente autor da lei, porque isso não consta nem do pedido da ação nem, portanto, da decisão do Tribunal.

E realmente não deveriam devolver coisa alguma em hipótese nenhuma, porque:

- a) são terceiros de boa-fé, como o v. acórdão reconheceu, com em geral reconhece tendo sido pedido esse reconhecimento ou não;
- b) não têm responsabilidade pela lei, e ainda
- c) trabalharam porventura, mais de um quarto de século, percebendo o benefício que uma lei municipal lhes atribuiu. E aí reside o real motivo deste curto artigo.

O que até este momento não se informou é a que a lei municipal declarada inconstitucional data de 1992, e a ADIn foi proposta em 2018, vinte e seis anos depois portanto.

Reza o art. 205 do Código Civil:

Art. 205 A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

*Dormientibus non succurrit jus*, reza o conhecido adágio jurídico. E não é porque se trata de uma ADIN que o seu prazo prescricional pode ser desrespeitado ou ignorado.

Esta ação está portanto, pelo Código Civil à falta de qualquer disposição diversa em outras fontes de direito, prescrita desde 2002.

Com todo efeito, se não se trata de ação de ressarcimento a que se refere o art. 37, § 5º, da Constituição, então está prescrita esta ação já no nascedouro, porque nem a Constituição Federal nem a lei que rege a ADIN, nenhuma delas contém nenhuma exceção ou ressalva à regra do Código Civil sobre prescrição de ações.

A prescrição desta ADIN é a mais comum que existe em nossa legislação processual, incidindo neste caso o art. 205 do Código Civil, que é de 10 (dez) anos porque a lei da ADIN não estabeleceu prazo prescricional algum, e porque o art. 206 do Código Civil, que enuncia as prescrições, nunca se refere à ADIN.

A prescrição incide sobre qualquer ação, salvo a se a Constituição disser diferente, como fez quanto às ações de ressarcimento, no art. 37, § 5º.

E ação direta de inconstitucionalidade não é nem nunca foi ação de ressarcimento.

E tanto neste caso não é que o v. acórdão decidiu:

Considerando, no entanto, que a vantagem é concedida há longos anos, ressalva-se a não repetição das parcelas recebidas de boa-fé até a data deste julgamento, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Nesse mesmo sentido:

“A inconstitucionalidade aqui proclamada embora produza efeitos *ex tunc*, comporta a seguinte observação: com fundamento na segurança jurídica, e, em respeito ao princípio da boa-fé, resta assegurada a irrepetibilidade das parcelas pagas até a data deste julgamento.” (v.g. ADIn nº 2.073.282-81.2016.8.26.0000 p.m.v. j. de 17.08.16 Rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA).

Daí a procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade dos arts. (...) com efeitos *ex tunc*, assegurada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento. (Destques nossos)

Ora, se se tratasse de ação de ressarcimento, e triunfante como até este ponto foi, então jamais poderia comportar uma tal decisão de não mandar ninguém devolver nada, corretíssima de resto, que preservou de devolução os valores percebidos com inteira boa-fé pelos servidores municipais beneficiados em 1992.

Se, tendo sido a ação julgada procedente como foi, não mandou os beneficiários devolverem valores, então por forçado raciocínio é porque não se trata de ação de ressarcimento.

E assim, em não sendo ação de ressarcimento, então incidem os prazos prescricionais do Código Civil e os decadenciais da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999 – como se examinará em tópico adiante.

Nessa direção é ainda o r. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, numa ação civil pública, nos autos da Apelação nº 636.047.5/5-00, datado de 12/9/07, e do qual se lê o seguinte excerto:

“Ementa: Administrativo – Ação Civil Pública – Procuradores do Município – Equiparação salarial concedida sem respaldo legal – Ilícitude ou improbidade não demonstradas – Ato que gerou efeitos no campo de interesse individual dos servidores – Impossibilidade de anulação devido ao tempo decorrido – Prescrição ocorrente – Precedentes dos Tribunais Superiores – Improcedência que se decreta – recurso passivo provido, desprovido o outro. (...)”

Ocorre que, embora de rigor a anulação perseguida, o fato é que *transcorridos quase dez anos entre a concessão da benesse* (maio/1.996 – fls. 53 e 55) e o ajuizamento da ação (agosto/2.005 – fls. 02), achando-se já decorrido o lapso de cinco anos do Decreto 20.910/32, aplicável aqui por não se cuidar de direito real. (...)”

Destarte, é reformado o r. decisório, para, diante da prescrição, julgar-se improcedente a ação, nos termos do art. 269, IV, da lei processual civil, invertidos, em consequência, os ônus sucumbenciais e observado o valor da causa como base de cálculo dos honorários.

Dá-se provimento ao recurso passivo, negando-se ao outro.

IVAN SARTORI – Relator Designado” (grifos originais).

De tal sorte, o direito subjetivo de arguir, do recorrido, está há muito tempo prescrito, e, por isso, aquela ação proposta, vista temporalmente, não tem o menor cabimento em face da prescrição ocorrida.

Mas não é só.

Além da verificação da prescrição decenal, e no mesmo exato diapasão, denota-se que o ilustre autor decaiu do direito de anular artigos de uma lei municipal (Lei nº 2.458) datada de 25 de março de 1.992, por força do disposto no art. 54, da Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que reza:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários *decai em cinco anos*, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” (Grifamos)

Dessa vez, decadência e não mais prescrição, não mais se fala em 10 (dez) anos, mas apenas em 5 (cinco) anos.

Sobre tal dispositivo, o e. Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Mandado de Segurança nº 6.566/DF, julgado em 15/5/00, decidira, de forma irrepreensível, que

“PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – PORTUÁRIOS – ANISTIA – APOSENTADORIA EXCEPCIONAL DO INSS – CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO – DECADÊNCIA DO DIREITO – LEI 9.784, DE 29.01.99, E SÚMULA 473 DO STF “*Após decorridos 5 (cinco) anos não pode mais a Administração Pública anular ato administrativo gerador de efeitos no campo de interesses individuais, por isso que se opera a decadência. Segurança concedida.*” (com caixa alta original, e itálicos nossos).

Observa-se, portanto, e conforme é sabido, que qualquer autor decaiu do direito de anular atos de que decorreram efeitos favoráveis a alguém, mesmo que esses atos sejam decorrentes de uma lei municipal.

Não é porque decorreram de uma lei local os efeitos benéficos a servidores locais que deixa de prevalecer para o caso, e de incidir sobre o caso, a disposição fulminante da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, figurante de seu art. 54.

E, no sentido da aplicabilidade do art. 54, da Lei Federal nº 9.784, de 1999, ao caso presente, mesmo sendo norma federal, em face da sua ampla generalidade e abrangência esta foi a conclusão do sintético Parecer ACJ nº 388/04, de lavra do dr. Caio Marcelo de Carvalho Gianinni, no qual cita no mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello, verbis:

“Não é por outro motivo que o douto Professor Celso Antônio Bandeira de Mello é tão peremptório: *o prazo de cinco anos adotado pela lei federal é aplicável a todas as esferas da Federação por força da própria Constituição Federal.*” (Grifamos)

E, portanto, no caso presente o interregno de cinco anos também é o único aplicável ao caso presente, e, portanto, a presente ação direta de inconstitucionalidade precisa por esse motivo ser rejeitada desde já por esse e. Supremo Tribunal Federal.

E, ainda, no mesmo sentido aqui defendido, leia-se r. acórdão do e. STJ, no Recurso Especial nº 628.524 – RS, proferido contra uma autarquia estadual gaúcha, o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, por aplicação analógica daquela referida Lei federal nº 9.784/99, a lei do processo administrativo federal, e cuja ementa tem o seguinte teor:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. DEPENDÊNCIA. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA.

1. Não pode o administrado ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, sob pena de desestabilizar um dos pilares mestres do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da segurança das relações jurídicas. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a prescricibilidade é a regra, e a imprescricibilidade exceção.

2. Na ausência de lei estadual específica, a Administração Pública Estadual poderá rever seus próprios atos, quando viciados, desde que observado o prazo decadencial de cinco anos. Aplicação analógica da Lei nº 9.784/99.

3. Recurso Especial não conhecido.” (Destaque nosso).

E não foi isolada aquela magnífica decisão do e. STJ, eis que o próprio acórdão cita diversos precedentes do mesmo Tribunal. Enumeremo-los:

1º) “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO INDEVIDA. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. ANULAÇÃO DO ATO. DECADÊNCIA.

Não pode a Administração Pública, após o lapso temporal de cinco anos, anular ato administrativo que considera viciado, se o mesmo gerou efeitos no campo de interesse individual de servidor público ou administrado, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico. Precedentes.

Recurso não conhecido” (Resp 515.225/RS, 5ª Turma, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 20/10/2003);

2º) “PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO À SÚMULA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI Nº 9784/99. PRECEDENTES. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

I – Verbetes ou enunciados de Tribunais não equivalem à dispositivo de lei federal para fins de interposição do recurso especial. Precedentes.

II – Nos termos do art. 54 da Lei nº 9784/99, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Precedentes.

III – O manejo do recurso especial reclama violação ao texto infraconstitucional federal, sendo defeso ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar a aplicação de legislação local, a teor do verbebo Sumular 280 – STF.

IV – Agravo interno desprovido” (AgRg no Resp 595.627/RS, 5ª Turma, rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 19/04/2004.)

Observe-se a existência de farta jurisprudência sobre o tema, a evidenciar que já existe apascentado entendimento pela positiva aplicabilidade, mesmo que analógica, da regra da decadência quinquenal, contra a Administração pública, mesmo que indireta, do direito de anular atos administrativos benéficos aos administrados, se decorridos mais de cinco anos da sua prática, sempre em face da nacional abrangência do art. 54, da lei federal do processo administrativo.

Mas o que é principal, a esta altura do relato, é que o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou de forma definitiva sobre esta questão, no MS nº 25.963-DE, Rel. o Ministro César Peluso, julg. 4/5/07, in DJ 11/5/07, verbis (citado no já acima mencionado acórdão do TJSP, a Ap. nº 636.047-5/5-00, e que por sua vez cita outros precedentes):

“Não ocorrendo a má-fé dos destinatários do ato administrativo, ficaria a administração pública inibida de anulá-lo, assegurando, assim, a estabilidade das relações jurídicas, com base no princípio da *segurança jurídica*. Para essas situações, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 deu a medida do que seria prazo razoável para influir no juízo de *precedência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade*, no cotejo ou no “balancing test” entre esses dois princípios em face da prolongada inação da administração pública no que diz com o exercício do seu poder (que para nós é um poder-dever) de autotutela. (Destaque nosso).

Nesse mesmo sentido, aliás, alinharam-se além do precedente citado pelo autor, MS nº 22.357 (Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 5/11/04), também o MS

nº 24.268 (Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 17/9/2004), e a *pet* nº 2.900 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1/8/2003).

Leia-se, ainda, daquela decisão do Supremo Tribunal Federal (MS nº 25.963 – DF), este especial excerto:

“Não ocorrendo a má-fé dos destinatários do ato administrativo, ficaria a administração pública inibida de anulá-lo, assegurando, assim, a estabilidade das relações jurídicas, com base no princípio da *segurança jurídica*. Para essas situações, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 deu a medida do que seria prazo razoável para influir no juízo de *precedência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade*, no cotejo ou no “balancing test” entre esses dois princípios em face da prolongada inação da administração pública no que diz com o exercício do seu poder.” (Grifamos).

Com todo efeito, quanto à observância da prescrição trata-se de observância do princípio da segurança jurídica, sendo que a estabilidade das relações jurídicas prevalece até mesmo sobre o princípio da legalidade estrita no *balancing test*, ou o confronto de predomínio, entre esses dois basilares e fundamentais princípios de direito.

A esta altura fácil é perceber que uma ação direta de inconstitucionalidade de uma lei de mais de vinte anos é *improcedente*, porque:

a) o direito subjetivo de arguir a inconstitucionalidade da lei municipal em questão, que é de 1.992, está prescrito, porque já se passaram muito mais de 10 (dez) anos da sua edição, e ainda porque

b) se observa a *decadência* do direito do autor, de anular os atos que beneficiaram alguém, porque decorreram muitíssimo mais que 5 (cinco) anos desde a lei impugnada até a propositura desta ação, de modo que nos termos do art. 54, da Lei Federal nº 9.784/99, não mais cabe discussão a respeito de tal matéria no Poder Judiciário, vez que em caso assim também incide o prazo decadencial, menor ainda que o prescricional.

Em conclusão, deve o aplicador da lei e do direito desde o nascedouro afastar a idéia de que apenas por se tratar de uma ADIn essa ação é imprescritível, como se um sagrado manto de sacralidade constitucional a abrigasse do fatalíssimo instituto da prescrição. Nada disso existe em nosso direito.

E deve ainda o homem do direito ter presente o instituto da decadência, que fulmina pretensões da Administração pública se decorreram mais de cinco anos da edição de atos de que resultem benefícios a alguém, ainda que se trate de leis. 

## NOTAS

- 1 Cf. art. 103. E quanto ao § 2º desse artigo, é mais inútil que uma gripe. Não vale a tinta em que foi escrito. Os tribunais já de longa data, conhecendo a ineficiência e o ritmo paquidérmico do Legislativo brasileiro, consideram que o diploma declarado inconstitucional já está suspenso tão logo assim declarado, salvo se a decisão dispuser de outro modo. O Legislativo figura no processo como uma faca sem lâmina e sem cabo.
- 2 Cf. Lei Federal nº 9.868. de 10 de novembro de 1999.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.



# O Município como ponto de partida para o exercício da cidadania

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES

**“O eleitor precisa exercer sua cidadania com virtude, sob pena de instrumentalizar os males que afligem o Estado Moderno.”**

O Estado Brasileiro, constituído pela República Federativa do Brasil, é organizado político-administrativamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme preconiza o art. 1º c/c art. 18, da Constituição Federal.

As políticas planejadas, desenvolvidas e executadas pelos Entes Federados, comumente referidas como políticas públicas, decorrem da repartição de competência administrativa da Federação Brasileira.

Nesse pormenor, a competência administrativa e legislativa do Município é atrelada, de maneira geral, às matérias de interesse local. Por essa razão a prestação do serviço estatal é visualizada com maior proximidade, tendo em vista que a política executada estará incluída entre as atividades cotidianas exercidas pelo cidadão.

Historicamente o Município foi construído como centro político-administrativo que geria as atividades locais do cidadão, sendo formado a partir de uma aglomeração de pessoas em uma mesma região.

Portanto, naturalmente, a primeira forma do cidadão se manifestar politicamente é dentro de suas atividades cotidianas, motivo pelo qual o Município contemplará uma maior disputa no espaço político.

Entre os Poderes constituídos no âmbito Municipal podemos destacar primordialmente o papel do Poder Executivo (exercido pelo Prefeito, seus Secretários e o conjunto de agentes públicos, nomeados ou de carreira, da cidade) e do Poder Legislativo (exercido pelos Vereadores e os agentes públicos, nomeados ou de carreira, da Câmara Municipal). Enquanto o Poder Executivo é responsável pela gestão administrativa da cidade caberá ao Poder Legislativo elaborar as leis e fiscalizar a gestão do Poder Executivo.

Assim, para o cidadão cobrar a prestação estatal em âmbito Municipal deverá levar em conta as atribuições de cada Poder, lembrando sempre que a atividade estatal se destina a preservar o interesse coletivo.

Ultimamente, contudo, temos observado que muitos eleitores estão exercendo suas escolhas políticas, precipuamente no âmbito Municipal, na base da troca, contrariando os preceitos básicos do exercício da cidadania. A postura de “pedinte” (fazer algum pedido em troca do voto) acaba contaminando o ambiente político, tornando-o promíscuo.

Infelizmente essa lógica está cada vez mais profissionalizando a política, bem como aumentando os custos/gastos de campanha, o que no final prejudicará o próprio eleitor, na medida em que muitos dos candidatos acabam procurando “retorno” do investimento feito. Logo, a “troca” feita pelo eleitor se tornará bem mais cara, posto que muito provavelmente, o dinheiro pago com seus tributos será “propositalmente” mal empregado, elevando os gastos da máquina administrativa com as indicações políticas e o desvio do dinheiro público, para “pagamento das dívidas de campanha”.

Na prática podemos resumir o quadro político até então vigente, ressalvada algumas exceções, no fato de que os candidatos sempre precisaram arranjar dinheiro para fazer frente aos altos custos das campanhas eleitorais. De outro lado, os doadores, em geral grandes empresas (antes da proibição de doação por parte das pessoas jurídicas), argumentavam sobre a dificuldade de desembolsarem altas quantias num curto período e começaram a propor que o financiamento fosse feito em parcelas mensais ao longo do tempo, induzindo os políticos a arranjarem contratos com o poder público em troca dessas doações, resultando em uma metástase de corrupção no setor público. Os escândalos recentes de corrupção, entre eles o mensalão, o petrolão e a lava jato, exemplificaram essa realidade subjacente.

Na ponta do outro lado do problema devemos reconhecer que a fiscalização sobre a compra do voto e boca de urna tem aumentado a cada dia mais, porém não eliminou essas práticas nefastas, adaptando o comportamento do eleitor/cabo eleitoral que vendeu o voto, uma vez que trocaram a presença próxima às sessões eleitorais pela prova da garantia do voto. Todavia, infelizmente, essa prática já está tão disseminada na política que os candidatos já sabem quem são os cabos eleitorais eficazes, os quais possuem controle sobre boa parte das comunidades e não lhes cobram compromissos, apenas o dinheiro. Versão outra, os cabos eleitorais já sabem quem são os vizinhos que eles podem confiar e não vão lhes trair. Formando, assim, um ciclo vicioso.

A troca do voto acaba consubstanciando crime eleitoral praticado pelo candidato e aquele que vende o voto – art. 299 do Código Eleitoral -, afetando seriamente a representação democrática, perpetuando um sistema que condena aqueles que venderam seu voto a uma situação de exclusão, pobreza, desemprego e etc..

Essa política de trocas deve ser combatida, pois somente assim construiremos uma representação verdadeiramente democrática, a começar pela fiscalização das próximas eleições municipais, onde as atribuições dos vereadores e prefeitos estão mais próximas às atividades cotidianas do cidadão. O eleitor precisa exercer sua cidadania com virtude, sob pena de instrumentalizar os males que afligem o Estado Moderno. No mesmo sentido já alertava o Papa João Paulo II, “A democracia precisa da virtude, se não quiser ir contra tudo o que pretende defender e estimular.” 



**ALLAN TITONELLI NUNES** é procurador da Fazenda Nacional, especialista em Administração Pública pela FGV e em Direito Tributário pela Unisul, ex-presidente do Forvm Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

# As inconstitucionalidades do Diferencial de Alíquota (“DIFAL”) de ICMS para empresas optantes do Simples Nacional

■ POR RAFAEL SANTIAGO ARAUJO

**A**ntes de nos atermos às razões das inconstitucionalidades que afetam a exigência do recolhimento do DIFAL de ICMS pelas empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional, vale mencionarmos resumida e conceitualmente no que consiste o tal regime, e o que vem a ser o mecanismo de recolhimento do ICMS baseado no DIFAL.

O Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar (“LC”) nº 123/2006, consiste num regime tributário simplificado e facultativo, disposto às microempresas e empresas de pequeno porte, permitindo o recolhimento de impostos e contribuições de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios



(ou seja, entre eles IRPJ, CSLL, PIS/COFINS, ICMS e ISS), de forma unificada e sob uma alíquota reduzida.

Já o DIFAL, introduzido pela LC nº 128/2008, em alteração à LC nº 123/2006, tem a finalidade de partilhar o ICMS incidente nas operações interestaduais que destinem mercadorias ou serviços a consumidores finais (contribuintes ou não do imposto) localizados em outros Estados. Segundo a norma criada, parte da arrecadação deverá ficar com o Estado destinatário da mercadoria ou serviço, e a outra parte com o Estado de origem.

Ou seja, nas operações interestaduais enquadradas na hipótese normativa mencionada acima, o diferencial é cobrado pelo Estado onde está o comprador do bem (destinatário), e calculado com base na diferença entre a alíquota interestadual, exigida pelo Estado onde está o vendedor (origem), e a alíquota interna.

Assim, traçadas resumida e conceitualmente as características do regime tributário denominado Simples Nacional e do mecanismo de arrecadação conhecido como DIFAL, passemos a tratar de algumas diretrizes constitucionais que confrontam a coexistência dos referidos institutos.

## **DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS ACERCA DO SIMPLES NACIONAL, DO ICMS E DO DIFAL**

Inicialmente, deve-se lembrar que o Simples Nacional é um regime disciplinado constitucionalmente, após o advento da EC nº 42/2006, que atribuiu ao art. 146, inciso III, alínea “d”, e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”), a seguinte redação:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

**“O tema consiste em excelente oportunidade tributária às empresas optantes do Simples Nacional, submetidas ao indevido recolhimento do DIFAL. A tese vem ganhando força não só em razão de sua adesão por diversos empresários submetidos ao regime, mas também pelo fato de já ter convencido boa parte do Poder Judiciário (incluindo quatro Ministros da Suprema Corte), como também a Própria Procuradoria Geral da República.”**

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

(...)

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.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um *regime único de arrecadação* dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I – será opcional para o contribuinte;

II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III – o *recolhimento será unificado e centralizado* e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.” (grifos acrescidos).

Seguindo os preceitos constitucionais, o art. 155, § 2º, incisos I e VII, estabelece que o ICMS:

“(…)

I – será *não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;*

(...)

VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a *consumidor final*, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual (...).” (grifos acrescidos).

Por fim, acerca do tratamento favorecido e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, a CF/88, em seus arts. 170, inciso IX, e 179, preceitua o seguinte:

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

(...)

IX – tratamento *favorecido* para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (grifos acrescidos)

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, *tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação* de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” (grifos acrescidos)

Foi sob esse arcabouço normativo constitucional que nasceu a LC nº 123/2006, instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e criando o regime simplificado de tributação, denominado “Simples Nacional”.

## INCONSTITUCIONALIDADES DO DIFAL DE ICMS PARA EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL

Dois anos após a publicação da LC nº 123/2006, surgiu também a LC nº 128/2008, já mencionada acima, alterando a redação do art. 13 do Diploma inicial para fazer constar o seguinte:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, *nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:*

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. *sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor*” (grifos acrescentados).

Ou seja, após a publicação da LC nº 128/2008, estabeleceu-se que, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a revenda (operação “sem encerramento da tributação”), a empresa optante pelo Simples Nacional deve recolher, a título de antecipação, a parcela do ICMS por ela devida, calculada com base na diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ancorados nesse dispositivo, diversos Estados da Federação (a exemplo de São Paulo, Minas Gerais, Paraná, etc.) passaram a editar Decretos instituindo a sistemática de “antecipação” do ICMS devido pelas microempresas e empresas de pequeno porte, segundo os quais o contribuinte optante pelo Simples Nacional que adquire mercadorias de fornecedores de outros Estados para industrialização e/ou revenda está sujeito ao recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual, a título de antecipação do imposto.

Contudo, a denominada “antecipação” instituída pelos Estados nada mais é que um diferencial de alíquota do ICMS, cuja sistemática ofende diversos preceitos constitucionais e a própria natureza do imposto, senão vejamos:

- a) **não cumulatividade do ICMS:** é sabido que, por vedação expressa do art. 23, da LC nº 123/2006<sup>1</sup>, as empresas submetidas ao Simples Nacional não gozam da apropriação de créditos no âmbito do ICMS, de modo que não lhes é permitido abater o imposto “antecipado” do devido nas operações seguintes. Com isso, a norma contida no art. 13, § 1º, alínea “g”, 2, da LC nº 123/2006, criou uma discrepância de tratamento entre as microempresas

e empresas de pequeno porte, se comparadas às empresas tributadas pelo Lucro Presumido ou Real, na medida em que estas podem apropriar-se dos créditos de ICMS. Em outras palavras, houve expressa violação ao princípio da não cumulatividade do imposto, e esvaziou-se o sentido dos textos constitucionais contidos nos arts. 170, inciso IX, e 179, da CF/88, que privilegiam as microempresas e empresas de pequeno porte com tratamento tributário favorecido e diferenciado;

- b) **recolhimento centralizado e unificado**: como vimos acima, o Simples Nacional consiste em regime tributário que implica no recolhimento *centralizado e unificado* de impostos e contribuições da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 146, inciso III, alínea “d”, e parágrafo único, da CF/88), de modo que a exigência de arrecadação de “mais uma” guia, em separado, referente apenas ao DIFAL, prevista no art. 13, § 1º, “g”, 2, da LC nº 123/2006, viola frontalmente o texto constitucional.

Nítido é, portanto, que o mecanismo de arrecadação “DIFAL”, introduzido pela LC nº 128/2008, é totalmente incompatível com o texto e a essência do tratamento constitucional dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

## O QUE PENSA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (“STF”) E A PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (“PGR”) SOBRE ESSE ASSUNTO?

Já em vias de concluir, não se pode deixar de pontuar o tratamento que o STF e a PGR têm dado ao presente tema.

Dada a sua relevância, a discussão chegou ao STF por meio do RE nº 970.821/RS, sob o rito da repercussão geral, cujo julgamento pelo plenário da Corte teve início no dia 7 de novembro de 2018, com resultado favorável parcial de 4 votos a 1 para o contribuinte, sendo interrompido pelo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Nesse passo, vale aqui destacar algumas colocações extraídas dos votos dos Ministros que votaram pelo acolhimento da tese do contribuinte, desobrigando empresas submetidas ao Simples Nacional do recolhimento do DIFAL. Confira-se:

“Antes da emenda constitucional eu pagava o Simples normal. Agora, com a emenda, tenho que pagar o Simples, porque não houve alteração na legislação do Simples, e além disso tenho que pagar a diferença [...]. Prejudica as microempresas e empresas de pequeno porte sem ter sido, a meu ver, a finalidade da emenda.” (Ministro Alexandre de Moraes)

“Se prevê o pagamento antecipado do diferencial, a empresa recolherá esse valor, mas não pode se creditar. Portanto passa a ter regime jurídico menos favorecido [que as grandes empresas], porque não pode se beneficiar, por ser pequena empresa, do creditamento.” (Ministro Luís Roberto Barroso)

A Ministra Cármen Lúcia também afirmou que a legislação do Rio Grande do Sul (sob análise no caso concreto) confere tratamento “DESFAVORECIDO” às empresas optantes do Simples Nacional. O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, decidiu seguir a divergência em favor do contribuinte, mudando o seu voto, que anteriormente era a favor do Fisco.

A PGR, por meio de Parecer subscrito pelo então Procurador Rodrigo Janot, manifestou-se também a favor do contribuinte, ressaltando que o DIFAL estabelecido pelo art. 13, § 1º, “g”, 2, da LC nº 123/2006 viola diversos dispositivos constitucionais já citados acima.

## CONCLUSÃO

Diante dos fundamentos jurídicos acima expostos e da atual situação da discussão perante o STF, não resta outra conclusão senão a de que o tema consiste em excelente oportunidade tributária às empresas optantes do Simples Nacional, submetidas ao indevido recolhimento do DIFAL.

A tese vem ganhando força não só em razão de sua adesão por diversos empresários submetidos ao regime, mas também pelo fato de já ter convencido boa parte do Poder Judiciário (incluindo quatro Ministros da Suprema Corte), como também a Própria Procuradoria Geral da República.

Inegável, portanto, a oportunidade que as empresas submetidas ao Simples Nacional têm de “fazer caixa”.

No exemplo numérico desenhado abaixo, uma empresa que compre aproximadamente R\$ 100.000,00 mensais de outros Estados, sob uma alíquota interestadual de 12% e uma alíquota interna de 18%, recolhe a título de DIFAL aproximadamente R\$ 6.000,00 mensais, o que poderá resultar ao final do processo numa restituição de R\$ 360.000,00 (valor histórico, sem a devida atualização) referente aos últimos cinco anos, sem falar dos efeitos futuros em decorrência da desobrigação de permanecer recolhendo o imposto indevido.

Exemplo numérico:

Valor da Transação	ICMS Interestadual (12%)	ICMS alíquota interna (18%)	DIFAL
R\$ 100.000,00	R\$ 12.000,00	R\$ 18.000,00	R\$ 6.000,00

Sob essa ótica, em qualquer tempo, é muito importante que o empresário encare o tributo como “receita”, tendo o devido cuidado de sempre buscar a orientação de um profissional da área tributária, a fim de garantir um melhor fluxo de caixa ao seu negócio. 

## NOTA

- 1 “Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.”



**RAFAEL SANTIAGO ARAUJO** é cofundador da Tax Advice Gestão Tributária, advogado, pós graduado em LL.M. (Master of Laws) em Direito Tributário Pelo INSPER, e graduado pela Universidade Cruzeiro do Sul.

# Denúnciação caluniosa eleitoral: Lei nº 13.834/19

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“A finalidade eleitoral da Denúnciação Caluniosa terá o condão de alterar a tipificação da conduta por aplicação do Princípio da Especialidade, com as consequentes mudanças de procedimento, bem como de competência.”

A Lei nº 13.834/19 criou um novo tipo penal para criminalizar de forma especial a denúnciação caluniosa com finalidade eleitoral, acrescentando ao Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), o art. 326-A. É de trivial conhecimento que o Código Eleitoral já pune, desde a sua origem, o Crime de Calúnia com fins eleitorais, conforme disposto em seu art. 324. Entretanto, é bom lembrar que o crime de Calúnia, seja o previsto no Código Penal (art. 138, CP), seja no Código Eleitoral, não se confunde com o delito de Denúnciação Caluniosa, o qual, por seu turno, já era previsto desde antanho no Código Penal (vide art. 339, CP). Ou seja, a previsão da Denúnciação Caluniosa ao lado da Calúnia não é uma redundância ou inutilidade, seja no Código Penal, seja agora no Código Eleitoral, pois que cada tipo penal descreve uma conduta e resultados diversos.

Na lição de Galvão:

“A calúnia assemelha-se ao crime de *denúnciação caluniosa* (art. 339 do CP), sendo que em ambos o sujeito faz uma imputação falsa a terceiro da prática de um crime. O crime de *calúnia*, no entanto, encerra-se na ofensa à honra da vítima não atingindo o interesse da administração da justiça. No crime em exame o caluniador não pretende que o mecanismo de repressão estatal seja colocado em movimento contra quem imputou a prática de um crime. Se o fato caracterizar *denúnciação caluniosa*, por outro lado, pelo princípio da consunção, o crime de *calúnia* é absorvido pelo crime praticado contra a administração da justiça, de modo que se caracteriza apenas este último” (grifos no original).<sup>1</sup>

Resta claro que na Calúnia o agente somente tem em mira macular a honra da vítima e não pretende que, com isso, esta venha a responder por alguma investigação ou processo de qualquer natureza, o crime é, portanto, simples, tutelando somente um bem jurídico, a honra. Já na Denúnciação Caluniosa, o autor quer não somente prejudicar a honra da vítima (também o quer, mas não só), pretende,



com seus atos, provocar a ação estatal repressiva, ensejando contra a vítima uma investigação ou processo de alguma natureza. A Denúncia Caluniosa não é crime simples, senão complexo, tutelando a honra, mas também a Administração da Justiça. Essa distinção válida para os crimes previstos no Código Penal é igualmente aplicável aos delitos tipificados no Código Eleitoral.

Mas, qual a razão de ser, a “ratio legis” da criação de uma Denúncia Caluniosa Eleitoral, quando já havia a previsão desse crime no Código Penal, podendo perfeitamente ser aplicado a casos envolvendo interesse eleitoral?

Parece que a mesma motivação existente para a previsão de uma Calúnia Eleitoral foi o que moveu o legislador a atualizar o Código Eleitoral, prevendo agora também uma Denúncia Caluniosa na legislação especial. A partir de agora, o que já ocorria com o crime de Calúnia, passa a ser aplicável ao crime de Denúncia Caluniosa, ou seja, no conflito aparente de normas do Código Penal e do Código Eleitoral, prevalecerá a norma do segundo por aplicação do conhecido “Princípio da Especialidade”. Mas, o que isso muda na prática?

As penas para os crimes do Código Penal e do Código Eleitoral não se alteram em nada. Entretanto, o procedimento para os Crimes Eleitorais é especial, regulado conforme as normativas dos arts. 355 a 364, da Lei nº 4.737/65. Há diferença quanto à ação penal, quanto ao prazo para denúncia, entre outras coisas. Mas, o principal fator é a competência especial da Justiça Eleitoral para o processo e julgamento.<sup>2</sup>

Retomando a questão das penas previstas, se percebe que não há alteração alguma. A pena é de reclusão, de 2 a 8 anos, e multa, tanto para o art. 339, CP, como no novel art. 326-A do Código Eleitoral. Há igualmente um aumento de pena da sexta parte para o caso de uso de anonimato ou nome suposto pelo agente. Assim também há a mesma redução de pena pela metade se a atribuição feita pelo autor à vítima é da prática de contravenção. As redações dos tipos penais respectivos apresentam pequenas diferenças, as quais não são hábeis a alterar de qualquer forma a amplitude ou o significado das condutas incriminadas, tornando, na prática, as tipificações idênticas (a não ser na questão do “ato infracional”, o que será

visto em separado adiante). Nesse aspecto, portanto, a “novatio legis” não é “in pejus”, nem “in melius”. Trata-se de simples continuidade normativo – típica, de modo que o novo art. 326-A do Código Eleitoral pode perfeitamente retroagir aos casos pretéritos. Não haverá prejuízo nem muito menos ganho aos réus (a não ser no caso de imputação de ato infracional, conforme se verá).

Uma alteração interessante é que o dispositivo penal do Código Eleitoral faz menção à imputação de crime, tal qual o do Código Penal, mas acrescenta também a imputação falsa de ato infracional, o que não está expresso no primeiro diploma mencionado.

Essa questão merece dupla abordagem:

a) Sob o enfoque da ampliação típica ou não;

b) Sob o enfoque da aplicabilidade da falsa imputação de ato infracional no âmbito eleitoral;

No que tange à primeira abordagem, ou seja, quanto à ampliação típica, entende-se que houve ampliação, excepcionando-se, neste passo, a conclusão de que não se trata, de forma alguma, de “novatio legis in pejus”. Acontece que o Código Penal apenas menciona a palavra “crime”, não fazendo referência à prática de “ato infracional”. Por outro lado, como já visto, o Código Eleitoral acrescentou a imputação falsa de “ato infracional”. Assim sendo, no que se refere à imputação de ato infracional, o dispositivo do Código Eleitoral não pode retroagir, pois que configura “novatio legis in pejus”.

É preciso cautela para não confundir a questão do ato infracional falsamente atribuído a um menor nos casos de Calúnia com a situação de Denúncia Caluniosa. Acontece que a Calúnia se configura, mesmo quando um menor é ofendido. Isso porque o tipo penal do art. 138, CP, assim como o do art. 324 do Código Eleitoral, menciona a imputação falsa de “fato definido como crime” e não de “crime”. O “ato infracional”, por definição legal, é um “fato definido como crime” ou contravenção penal perpetrado por uma criança ou um adolescente (art. 103, ECA – Lei nº 8.069/90). Portanto, a configuração da calúnia contra menores é totalmente viável, sem qualquer afronta ao Princípio da Legalidade Estrita.<sup>3</sup> Já na Denúncia Caluniosa, a lei utiliza uma palavra técnica, a qual deve ser tecnicamente interpretada, qual seja “crime” e não “fato definido como crime”. É lição de Maximiliano:

“O juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica.”<sup>4</sup>

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência têm afastado a configuração do crime de Denúncia Caluniosa quando da imputação de “ato infracional”. Neste sentido o seguinte “decisum”:

“Não constitui figura típica do art. 339 do CP a atribuição a menor de autoria de lesões corporais, pois sendo este inimputável não é passível de conduta criminosa, mas, sim de ato infracional, consoante nomenclatura do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual não é contemplado na redação do referido tipo penal, em adequada interpretação restritiva. Apelação provida. Absolvição com amparo no art. 386, III, do CPP. Decisão unânime” (TJRS, RJTERGS 185/104).<sup>5</sup>

No mesmo diapasão se manifesta Estefam:

“No que pertine ao *objeto da notícia*, deve constituir-se de *crime*, assim definido em lei, ou *contravenção penal* (embora nesse caso sujeite-se o infrator a uma pena menor – art. 339, § 2º). O tipo penal não abrange a falsa imputação de atos infracionais (ou seja, comportamentos que a lei define como crime ou contravenção penal, mas que foram praticados por menores de 18 anos) (grifos no original)”<sup>6</sup>

O mesmo autor nos conduz ao escólio especializado concordante de Maluly:

“A falsa notícia – crime pode recair, também, sobre um menor inimputável. Contudo, se isto ocorrer, não há que se falar em denúncia caluniosa. De fato o menor de 18 anos é penalmente inimputável e, por isso, não está sujeito a processo – crime ou a aplicação de sanções de natureza penal, mas sim a implicações previstas na legislação especial (art. 228 da CF; art. 27 do CP; e art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente)”<sup>7</sup>

Não obstante, o mesmo Maluly indica que o STJ já decidiu pela caracterização de Denúncia Caluniosa na imputação falsa de ato infracional a menor:

“Recurso Especial. Penal. Denúncia caluniosa. Art. 339, *caput*, do Código Penal. Víti-ma menor de 18 anos. Agente que lhe irroga conduta criminoso, sabendo ser ela inocente. Conduta típica” (REsp. 160.988, rel. Min. José Arnaldo, j. 08.09.1998).<sup>8</sup>

Percebe-se, portanto, a prevalência da tese de não caracterização da Denúncia Caluniosa, conforme previsão do art. 339, CP, malgrado a decisão conflitante do STJ acima exposta. Dessa forma, confirma-se a ampliação do tipo penal do art. 326-A, do Código Eleitoral, configurando “*novatio legis in pejus*” neste ponto específico e ainda conferindo maior segurança jurídica aos intérpretes. Entende-se que o legislador perdeu a oportunidade de fazer esse mesmo acréscimo no Código Penal, tornando as infrações absolutamente idênticas e colmatando a lacuna existente.

Já na segunda abordagem, trata-se de desvendar a aplicabilidade da falsa imputação de ato infracional no âmbito eleitoral.

Num primeiro momento pode parecer totalmente descabida a previsão legal inovadora para esse campo. Isso porque os candidatos a cargos eletivos nunca serão, por força constitucional e legal, menores (vide art. 14, § 3º., VI, alíneas “a” a “d”, CF c/c art. 3º da Lei nº 4.737/65).

Ocorre que a previsão não é inútil. Em primeiro lugar um indivíduo pode imputar falsamente ato infracional a um filho, irmão, pessoa próxima ou ligada por qualquer laço importante com um candidato. O candidato não será, por obviedade, menor, mas tal pessoa poderá ser, e a Denúncia Caluniosa poderá perfeitamente ter fins eleitorais, mirando o candidato de forma indireta.

Outra hipótese seria a imputação falsa ao próprio candidato de atos infracionais que teria praticado quando menor, embora no momento não o seja mais. Não obstante, entende-se que nessa situação ficará, em alguns casos, prejudicado o crime de Denúncia Caluniosa, podendo ser aplicado apenas subsidiariamente o crime de Calúnia eleitoral (lembre-se que na calúnia a lei faz menção a “fato definido como crime” e, portanto, não há prejuízo na falta de previsão do “ato infracional”). Não será possível a aplicação da Denúncia Caluniosa Eleitoral nesses casos porque se o ato infracional imputado falsamente diz respeito a época passada, sendo já o candidato maior, não haverá instauração de procedimento algum contra ele, o que

prejudicaria a configuração do ilícito em estudo. Note-se que para alguns cargos eletivos a idade mínima exigida constitucionalmente é superior a 21 anos, que é o marco final de aplicabilidade do ECA às pessoas, ainda que tenham perpetrado atos infracionais quando menores de 18 anos. Conforme leciona Alves, afora a questão da prescrição,<sup>9</sup> quando o indivíduo completa 21 anos, “o Estado renuncia à aplicação de medidas aos infratores, como se a eles concedesse uma espécie de perdão”.<sup>10</sup> Assim, se a pessoa disputa cargo de Presidente da República, Vice – Presidente da República ou Senador, terá que contar com ao menos 35 anos de idade. Se é a pessoa candidata a Governador de Estado, Vice – Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal, terá de contar com pelo menos 30 anos de idade (art. 14, VI, “a” e “b”, CF c/c art. 3º, da Lei nº 4.737/65). Nesses casos, será impossível a instauração de qualquer feito por ato infracional passado contra tais pessoas, eis que não haveria justa causa. Não é mais possível a aplicação de qualquer medida sócio – educativa a esses maiores e muito menos pena criminal por atos infracionais do passado.

Entretanto, poderá ocorrer alguma instauração de feito apuratório se o candidato tiver entre 18 e 21 anos e concorrer aos cargos de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice- Prefeito e Juiz de Paz, pois a Constituição exige então a idade mínima de 21 anos (art. 14, VI, “c”, CF c/c art. 3º, da Lei nº 4.737/65). Também, ainda mais plausível, será o caso do candidato a vereador, que pode contar com apenas 18 anos completos (art. 14, VI, “d”, CF c/c art. 3º, da Lei nº 4.737/65). Nessas situações, se o ato infracional imputado foi praticado quando ainda era menor o candidato, será possível sua apuração porque ainda é, ao menos em tese, viável a aplicação de medida sócio – educativa, o que enseja justa causa para o feito (vide arts. 2º, Parágrafo Único; 104, Parágrafo Único; 112 a 125, com especial destaque para o art. 121, § 5º, do ECA – Lei nº 8.069/90).<sup>11</sup>

Observe-se que há quem defenda que a idade – limite para aplicação do ECA, não mais seriam os 21 anos, mas os 18 anos, devido a uma suposta revogação tácita dos dispositivos supra mencionados com o advento do Código Civil de 2002, que estabeleceu a capacidade completa aos 18 anos.<sup>12</sup> Para esse entendimento, nem mesmo seria viável a Denúncia Caluniosa de um candidato a vereador, que teria de contar, no mínimo, com 18 anos completos. Ao fazer então 18 anos, sairia do campo de aplicabilidade do ECA, tal qual se afirma em geral a respeito dos 21 anos. Entretanto, como se pode perceber pela doutrina mencionada neste trabalho e de acordo com o teor da Súmula 605, STJ, que data do ano de 2018, essa posição sobre a revogação tácita das normas do ECA não vem prevalecendo.<sup>13</sup>

Percebe-se que a criação de um novo crime de Denúncia Caluniosa com finalidade eleitoral, abrigado no Código Eleitoral e com a competência da Justiça Eleitoral e procedimento especial dos Crimes Eleitorais, foi uma medida adequada e oportuna, equiparando o tratamento que já era dado aos crimes contra a honra. Doravante, portanto, a finalidade eleitoral da Denúncia Caluniosa terá o condão de alterar a tipificação da conduta por aplicação do Princípio da Especialidade, com as consequentes mudanças de procedimento, bem como de competência. 

## NOTAS

1 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 284.

2 Cf. MILANEZ, Bruno. Crimes Eleitorais: Regras do rito especial. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/354372872/crimes-eleitorais-regras-do-rito-especial>, acesso em 28.06.2019.

- 3 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1072.
- 4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.
- 5 MIRABETE, Julio Fabbrini, Op. cit., p. 2528.
- 6 ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.
- 7 Cf. MALULY, Jorge Assaf. *Denúnciação caluniosa – a acusação falsa de crimes ou atos de improbidade*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 65.
- 8 Op. cit., p. 65.
- 9 Vide Súmula 338, STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”.
- 10 ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 97. No mesmo sentido: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 209. Também José Luiz Mônaco da Silva ensina que o completar dos 21 anos faz cessar de todo a competência da “Justiça Menorista”. SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários*. São Paulo: RT, 1994, p. 188. Incisiva também é a Súmula 605, STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos (grifo nosso)”.
- 11 A doutrina especializada é farta sobre a questão da aplicabilidade de medidas sócio – educativas a pessoas maiores entre 18 e 21 anos, desde que o ato infracional tenha sido cometido enquanto menores de 18 anos: ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 90 – 92. SILVA, José Luiz Mônaco da. Op. cit., p. 18.
- 12 Neste sentido: ISHIDA, VálterKenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 27.
- 13 O próprio autor acima defende sua tese mais adiante em sua obra, mas aponta o fato de que os “pretórios” não vêm recepcionando seu entendimento e apresenta, com honestidade intelectual e clareza de exposição do “status quo” da questão, várias decisões jurisprudenciais mantendo a aplicabilidade do ECA aos maiores entre 18 e 21 anos, desde que o ato infracional tenha sido cometido quando ainda menores. Op. cit., p. 210-211.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários*. São Paulo: RT, 1994.
- ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ISHIDA, VálterKenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MALULY, Jorge Assaf. *Denúnciação caluniosa – a acusação falsa de crimes ou atos de improbidade*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MILANEZ, Bruno. Crimes Eleitorais: Regras do rito especial. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/354372872/crimes-eleitorais-regras-do-rito-especial>, acesso em 28.06.2019.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.



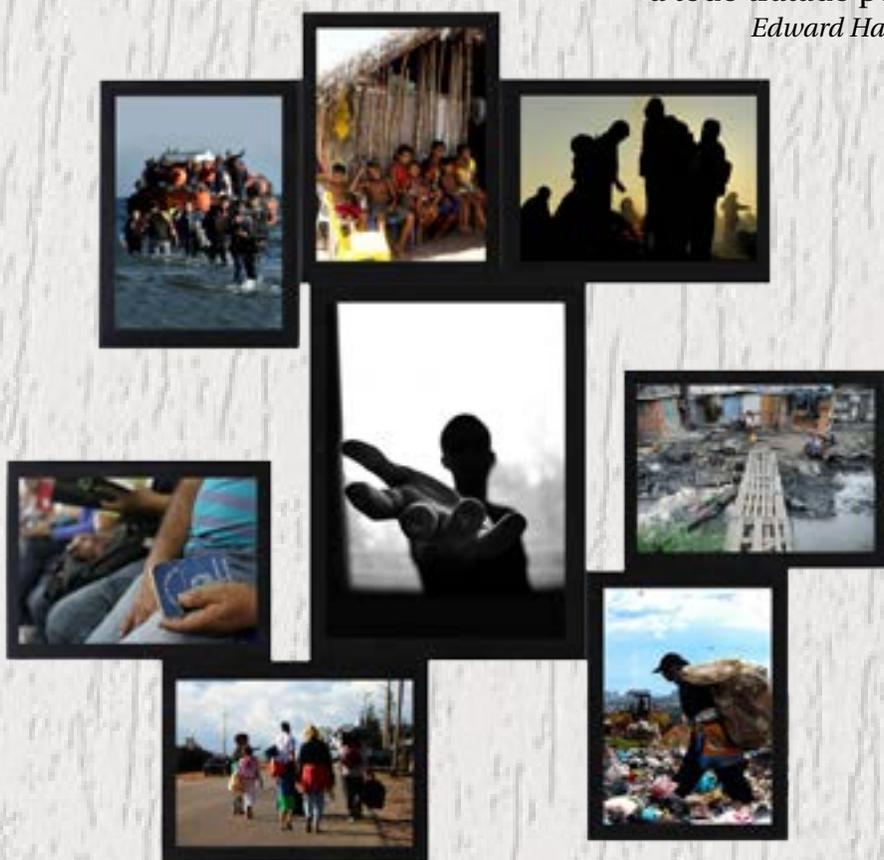
**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

# A OIT e o Tratado de Versalhes

■ POR ALMIR PAZZIANOTTO PINTO

O elemento do poder é inerente a todo tratado político.

*Edward Hallett Carr*



**“Como agência da ONU, encarregada de fomentar, entre as nações do mundo, programas que permitam alcançar o pleno emprego, a elevação do nível de vida, a fixação de salário mínimo adequado, o que faz a OIT diante do dramático quadro, além da mera constatação? É a indagação não ouvida e não respondida dos desempregados, refugiados, deslocados, de milhões que sobrevivem em desesperadora situação de miséria.”**

**A** Organização Internacional do Trabalho (OIT) surgiu como cláusula do Tratado de Versalhes, assinado em 29 de junho de 1919 pelos países vitoriosos na primeira guerra mundial. Do mesmo documento nasceu a Liga das Nações (1919-1946), entidade de direito supranacional incumbida de manter a paz, garantir a inviolabilidade dos tratados e de evitar, mediante arbitragem de Corte Internacional, sangrentos conflitos militares. Na opinião de Edward Hallet Carr, integrante da delegação britânica à Conferência da Paz e conselheiro assistente da Liga das Nações, “A mais importante dentre todas as instituições afetadas por este intelectualismo míope da política internacional foi a Liga das Nações...”<sup>1</sup>

O Tratado de Versalhes impôs à Alemanha a obrigação de se desmilitarizar, de pagar pesadas indenizações aos vitoriosos e devolver a países vizinhos regiões ocupadas pelo poder das armas.<sup>2</sup> As obrigações decorrentes do documento causaram colossais prejuízos às finanças públicas e privadas da Alemanha, condenaram 6 milhões de trabalhadores ao desemprego, desencadearam ininterrupto processo hiperinflacionário levando a nação à miséria e à ingovernabilidade.<sup>3</sup> Sobre o caos que se instalou a partir de 1920 temos o livro *As Recentes Reformas Monetárias na Europa Ocidental*, escrito pelo embaixador Júlio Augusto Barbosa Carneiro, um dos expoentes da diplomacia brasileira (1891-1989). Representante do Brasil na Liga das Nações e adido comercial do governo brasileiro em Berlim, Barbosa Carneiro conheceu de perto o colapso germânico nos anos do pós-guerra.

Na imaginação dos fundadores da OIT ganhava destaque o projeto da elaboração de Código Internacional do Trabalho, onde seriam inscritos os direitos e garantias universais das classes trabalhadoras. O célebre jurista mexicano Mário De La Cueva assinala que a ideia de uma organização internacional, capaz de criar um direito internacional do trabalho, não era nova, “pero es em el Tratado de Versalles donde adquirió su primero esplendor”<sup>4</sup>.

Como agência da Liga das Nações, a OIT consolidou-se ao longo dos primeiros anos de atuação, filiando dezenas de novos países e patrocinando assembleias anuais destinadas à aprovação de convenções e recomendações consagradas à proteção dos trabalhadores urbanos e rurais.

Como havia acontecido com a Liga das Nações, OIT permaneceu alheia à tomada do poder pelo nazismo na Alemanha e indiferente à implantação de ditaduras fascistas na Itália, na Espanha, em Portugal; ignorou a violência do regime comunista na União Soviética, o expansionismo militarista japonês, a discriminação racial nos Estados Unidos, o apartheid na África do Sul, a segregação das mulheres em países islamitas. Não se manifestou contra o Estado Novo no Brasil e, em período recente, não se opôs ao regime militar, ao arrocho salarial, à impossibilidade de livres negociações coletivas, às intervenções em sindicatos. Foi impotente diante de crises, como soe acontecer com organismos internacionais desprovidos de poderio econômico ou militar.

Enquanto a liberdade e a democracia se esfarelavam entre grandes potências europeias, na sede, em Genebra, desfrutava-se do melhor dos mundos. Na assembleia geral de 1939, com a Europa no limiar da mais sangrenta guerra de todos os tempos, a OIT aprovava as convenções 64, 65 e 66 sobre contratos de trabalho de indígenas.

O insucesso do Tratado de Versalhes determinou a extinção da Liga das Nações em 1946 e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). O mundo constatou a reduzida eficácia dos tratados internacionais, sujeitos, em momentos de real gravidade, “a reserva rebus sic stantibus, sempre subentendida”,<sup>5</sup> ou ao princípio

da necessidade ou dos interesses vitais, como registra Edward H. Carr no capítulo em que trata da Validade Legal e Moral dos Tratados.

As convenções da OIT são acordos internacionais negociados em Genebra por delegações tripartites, cuja aplicação se submete à ratificação pelos governos dos países signatários. A ratificação não significa, necessariamente, que será respeitado. Existe, ademais, a possibilidade da não ratificação. O maior dos empecilhos resulta da busca de normas homogêneas para condições heterogêneas. A padronização de regras jurídicas nacionais é cercada de dificuldades no âmbito de país populoso, caracterizado por contrastes econômicos, sociais, políticos, culturais, como o nosso. Nessa matéria são numerosos os exemplos conhecidos no Brasil. Mais dificultosa e desafiadora é a tentativa de determinar padrões normativos uniformes para países que se diferenciam em todos os aspectos, como acontece entre os 184 filiados à OIT.

Criticamente dependente dos Estados membros, a entidade tornou-se, na visão do professor Fernando Araújo, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, “uma organização macrocéfala na sua organização, pesadamente burocrática e ineficiente, deficientemente auto-avaliada, opaca, dispendiosa, muito vulnerável ao jogo político-ideológico e à captura de interesses representados na sua estrutura tripartida e na multiplicidade de “stakeholders” que gravitam dentro da órbita da OIT”.<sup>6</sup>

A tragédia no século XXI resulta do sofrimento de dezenas de milhões desempregados. No mundo seriam mais de 120 milhões. No Brasil cerca de 13 milhões. Computados os subempregados, trabalhadores intermitentes, diaristas, ambulantes e desalentados, seriam 50 milhões. Legiões de miseráveis, vindos do continente africano, tentam cruzar o Mediterrâneo movidos pela esperança de conseguir ocupação decente na Europa. Hondurenhos, salvadorenhos, nicaraguenses, guatemaltecos, atravessam o México e tentam chegar aos Estados Unidos, movidos pelo mesmo desejo. Segundo a ONU, 70,800 milhões de refugiados e deslocados por conflitos raciais e religiosos buscam auxílio no exterior. De acordo com o Banco Mundial, quase metade da população do planeta sobrevive aquém da linha de pobreza.

Como agência da ONU, encarregada de fomentar, entre as nações do mundo, programas que permitam alcançar o pleno emprego, a elevação do nível de vida, a fixação de salário mínimo adequado, o que faz a OIT diante do dramático quadro, além da mera constatação? É a indagação não ouvida e não respondida dos desempregados, refugiados, deslocados, de milhões que sobrevivem em desesperadora situação de miséria. ❏

## NOTAS

- 1 Edward Hallet Carr. *Vinte Anos de Crise*. UnB, Brasília, DF, 1981, p. 39.
- 2 Willian L. Shirer. *Ascensão e Queda do Terceiro Reich*. Civilização Brasileira, RJ, 1967, vol.
- 3 Júlio Augusto Barbosa Carneiro. *As Recentes Reformas Monetárias na Europa Ocidental*. Briguier, RJ, 1927.
- 4 Mário De La Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*. Porrúa, México, 1966, vol. I, 308.
- 5 Edward H. Carr. Ob. cit., p. 174;
- 6 OIT 100 Anos: Uma visión de sus principios fundamentales desde elsiglo XXI, Editorial Arazandi, Navarra, 2018, p. 12.



**ALMIR PAZZIANOTTO PINTO** é Advogado. Foi Ministro do Trabalho e presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

# Compliance e o sistema jurídico hospitalar

■ POR VALÉRIA APARECIDA NOGUEIRA

**“No Brasil, bem como nos organizamos internacionais o Código de Ética passa a ser o foco de todas as ações, juntamente com os outros pilares do Sistema de *Compliance*, dentro de um emaranhado jurídico, tendo o entendimento constitucional, da hierarquia das normas, bem como os nossos costumes jurídicos e a jurisprudência plena.”**

A sociedade é formada por ações e ambiência envolvidas num dinamismo social e de negócios. Neste contexto verificamos o ser humano enquanto um ser que precisa viver de forma saudável em todos os seus sentidos, biopsicossocial.

Estas necessidades se baseiam em um bom funcionamento do corpo em sua fisiológica, no seu bem estar interno como o amor, o afeto, as amizades, entre outros sentimentos, bem como a realização pessoal e profissional, em alguns casos, e a sua liberdade de ir e vir com segurança.

Desta forma, quando há algum agravo à sua saúde física ou mental do indivíduo, há um colapso interno, e o ser humano se sente vulnerável aos sistemas de saúde, seja público ou privado, seja para um tratamento prolongado ou pontual de acordo com a patologia diagnosticada.

Destarte, encontramos uma diversidade de locais de atendimentos, podendo ser uma clínica, um consultório, um centro de especialidade, um hospital, ou qualquer outro estabelecimento que tenha como missão o reestabelecimento da saúde do indivíduo.

Neste foco, pensamos em locais salubres, com um padrão de atendimento voltado para a excelência técnica e comportamental, com mecanismos de compreender o sistema embasado em leis, protocolos e doutrinas, para o bom atendimento ao cliente/paciente.

Prontamente mencionamos a Organização Nacional de Acreditação – ONA, enquanto entidade que visa a certificar a qualidade dos serviços de saúde no

Brasil, tendo como principal atuação a segurança do paciente, visando a assistência médica hospitalar.

Atrelado a este o padrão comungamos com o sistema de *Compliance*, que para Danielle Pinheiro Diógenes Lima, em sua obra *Compliance, Prevenção de Responsabilidades nos Negócios e Contratos*, da editora Lumen Juris, RJ, 2018, p. 38, nos diz:

[...] o programa de compliance monitora e integra o desenvolvimento das atividades empresariais, o relacionamento com os acionistas, com os fornecedores e com os clientes buscando pautar as relações no respeito à ética e na conformidade com a lei [...].

Desta forma, insta mencionar como marco inicial do *Compliance* a International Organization for Standardization (ISO) que estandardizou duas normas técnicas a ISO 19600 e a ISO 37001, com o escopo dos padrões internacionais, buscando um sistema de conformidade e transparência de ações, com foco guiado pelas diretrizes do diploma americano FCPA.

A Foreign Corrupt Practices Act – FCPA, fora editado em 1977 e impõe às pessoas físicas e jurídicas por ele atingidas a proibição da prática de atos de corrupção ou o pagamento de propinas que atinjam ou beneficiem membros da administração pública de outros países. Foi o primeiro estatuto legal a criminalizar a conduta de subornar ou corromper agentes públicos estrangeiros. (<http://petrelluzzi.com.br/entendendo-o-foreign-corrupt-practices-act-fcpa/>).

Com nove pilares, o *Compliance* é referenciado às páginas 52, da autora já mencionada, sendo que o primeiro é o suporte da alta administração, que nos nosso entendimento é o melhor e maior passo a ser vivenciado, haja vista que as decisões permeiam nesta instância, seja na esfera pública ou privada.

Em segundo, a avaliação de riscos onde todas as ações planejadas e apontadas com pontos de estrangulamentos previstos e imprevistos passam a ser controláveis. Em terceiro o Código de Conduta e política de *Compliance*, e, aqui verificamos as normas que vão desde a administração operacional da empresa, passando pela média e atingindo a alta administração, na busca do melhor atendimento e da qualidade abordada junto a todos, com o fim de evitar a corrupção e meios de trabalhos obsoletos.

Já no quarto pilar falamos de controles internos que passam pelas atividades desenvolvidas de modo correto, desde atendimento ao cliente/paciente ao processamento interno de todas as fases deste atendimento, bem com a guarda e conservação documental, e fluxo financeiro institucional.

No quinto tema, enfatizamos o sistema de capacitação e comunicação, na busca de uma única linguagem dentro da empresa hospitalocêntrica de forma atualizada e acessível a todos os atores do atendimento.

Insta mencionar, no sexto pilar, os canais de denúncia, que funcionam como o principal meio de controle do efetivo padrão de violações do Código de Ética, permeando o tópico sétimo nas investigações internas, sistema este devidamente organizado, com rito posicionado com a finalidade de apuração interna de questões pontuadas nas denúncias de forma a gerar a segurança jurídica dentro da empresa, evitando futuras ações de indenizações, bem como um meio de coibir a corrupção institucional.

Outrossim, falamos no oitavo pilar, o Due Diligence que visa o trabalho com terceiros, de modo a contemplar o saber de quais e com quais empresas relacionar-se na busca de uma qualidade empresarial, buscando parceiros que trabalhem no mesmo foco, quanto à responsabilidade e transparência, bem como a assertiva dos riscos do atendimento, lembrando que os grandes centros médicos em sua maioria já trabalham em sistema de condomínio e/ou parceiros definidos.

E por último, falamos do monitoramento e auditoria que se trata da verificação de todos os sistemas implantados a saber como: leis de concorrência, leis trabalhistas, leis ambientais, contratos e outras que se fizerem necessários.

Importante esclarecer que as estruturas hospitalocêntricas, em um conceito amplo vem de um contexto de atendimento maior, que é sanar o agravo à saúde, e deixa de averiguar muitas vezes as minúcias e formas de organização empresarial, sendo aclamada para o atendimento técnico e pouco gerencial.

Assim, vemos a complexidade institucional com críticas ao sistema de gestão estratégica, de informações, de pessoas, de infra estrutura, de materiais de consumo, órteses, próteses, materiais especiais, medicamentos e insumos, bem como a gestão financeira de áreas especializadas.

Sem a pretensão de esgotar o tema, vislumbramos as dificuldades de implantação de um sistema coeso de atendimento gerencial aos empresários do ramo que permeiam o procedimento médico assistencial, por meio da consulta inicial, exames e/ou cirurgias, com a evolução de caso a caso até a alta do paciente/cliente ou o seu óbito e o contexto empresarial, onde temos o sistema de hotelaria, manutenção, aparelhamento técnico, finanças e relações públicas, criando uma sistema duplo, de um lado o trabalho técnico e do outro o empresarial.

Desta feita, no Brasil, bem como nos organizamos internacionais o Código de Ética passa a ser o foco de todas as ações, juntamente com os outros pilares do Sistema de *Compliance*, dentro de um emaranhado jurídico, tendo o entendimento constitucional, da hierarquia das normas, bem como os nossos costumes jurídicos e a jurisprudência plena. 

## REFERÊNCIA

- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento da Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GUARAGNI, Fábio André, et al. *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.
- JANSEN, Euler. *Manual de Sentença Criminal*. Renovar, 2006, p. 61.
- MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- NETO, Jerônimo Romanello. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. APM, 1987.
- OLIVEIRA. *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. 2. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001.
- PAZZAGLINI, Marino Filho. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. Atlas, São Paulo, 2007.
- PORTO, Vinicius, et al. *O Compliance Como Instrumento de Prevenção e Combate à Corrupção*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2017.
- SILVA, Reinaldo de Oliveira da. *Teorias da administração*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.
- SOLOMON. Robert C. *Ética e Excelência – Cooperação e Integridade nos Negócios*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- VÁSQUES, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- ZANON, Uriel. *Qualidade da Assistência Médico-Hospitalar*. Rio de Janeiro: Medsi, 2001.
- <http://petrelluzzi.com.br/entendendo-o-foreign-corrupt-practices-act-fcpa/>



**VALÉRIA APARECIDA NOGUEIRA**, Formação jurídica, e em enfermagem, especialista em Direito Público, Direito Penal e Processo Penal e Gestão Hospitalar. Doutoranda em Direito Penal e Processo Penal. Possui Diploma Internacional de Excelência Jurídica, expedido na Itália – 2014, Espanha 2015 e Portugal 2016. Medalha Rete Internazionale di Eccellenza – Autori Internazionali – 2017. Medaglia d’Onore Cesare Beccaria, 2018. Medaglia D’Onore per la Scienza Giuridica e Sociale, 2018. Possui Medal est Honor Imperador Augustus, 2019, com intervenção técnica com o Tema Compliance e o sistema jurídico hospitalar, 2019, em Portugal, no XVI Encontro Internacional de Juristas, na cidade de Braga em Portugal. Prof<sup>a</sup>. de Pós-Graduação.

# Utilização das criptomoedas no setor empresarial

■ POR VIVIANE TORRES



**“A realidade é bastante clara, é uma nova visão, uma nova possibilidade, e talvez uma nova economia. Se o blockchain está sendo chamado de “nova internet”, e a utilização das moedas no varejo de “nova economia”, nos resta acreditar que manter o pensamento na economia do passado, deixará a atividade de quem assim pensar, obsoleta.”**

**V**ivemos num país com demasiada burocracia e com um número extremamente elevado de normas taxativas, o que levam os empresários a estar em constante análise da viabilidade de determinadas transações e de seus negócios, chegando até mesmo à desistência. Este fato leva à desaceleração da economia e contribui frontalmente aos números desanimadores.

Por este motivo, o setor empresarial vem em constante busca de alternativas legais que viabilizem determinados tipos de transações, considerando que, algumas delas são cruciais ao desenvolvimento da atividade e até mesmo para o fomento do negócio.

Existe uma gama de possibilidades de redução de custos nos negócios empresariais, tais como na venda de produtos e serviços, seja no varejo ou atacado, na alienação de bens, mas atualmente, nada comparado a chamada CRIPTOMOEDAS. Sim, elas aparecem agora, não só como uma opção de investimento, mas para revolucionar o mercado em razão da sua aceitação, como meio de aquisição de produtos e serviços. Vejamos alguns pontos que merecem ser considerados.

Pela legislação brasileira, estamos todos sujeitos a uma das maiores cargas tributárias do mundo, e isso é um dos pontos de maior relevância na tomada de decisões

dos empresários. Há estudos que indicam o benefício tributário nas transações com uso das criptomoedas. No entanto, a Receita Federal já vem se posicionando a respeito, exigindo sua declaração para tributação sobre o ganho de capital. Mas como ficam os outros tributos, tanto os federais, estaduais ou municipais? A resposta, na largada, já deve barrar no Princípio Constitucional da Legalidade Tributária, que determina que não haverá instituição nem majoração de tributo sem Lei que estabeleça. Sendo assim, para a tributação sobre as criptomoedas, deve haver Lei específica, passada e aprovada pelo poder Legislativo, o que ainda assim, deverá estar dentro da regra da anterioridade, ou seja, a norma não irá retroagir sobre as transações realizadas até então.

Por este motivo, vale a reflexão sobre o certo ou errado do posicionamento da Receita Federal, inclusive pela contrariedade da qualificação das criptomoedas, eis que para a Receita Federal são ativos financeiros e para o Banco Central não são consideradas moedas fiduciárias.

Ter legislação específica para instituição de tributação sobre as criptos não é somente o ponto essencial sobre o tema tributação, falta regulamentação sobre o *modus operandi* da sua contabilização, e analisando que, referidas moedas sejam retidas em wallets e as operações são realizadas através da tecnologia *blockchain*, podem conferir um anonimato de quem é de fato o contribuinte.

Sendo assim, e valendo da premissa que as criptomoedas não são moedas fiduciárias, definiu-se que, elas, quando não utilizadas como forma de investimento, são utilizadas como meio de troca e não pagamento, o que vem ocorrendo no varejo. A aceitação das criptos como meio de pagamento no comércio é uma realidade no exterior e começa a atingir o Brasil de maneira exponencial.

Estas operações, extremamente novas, mas que já fazem parte da realidade mundial, traz, agilidade, desburocratização, economia, sem governo ou bancos como intermediários o que trazem taxas consideravelmente inferiores e sem substitutivos do dinheiro, que é o caso dos cartões, mas sim trata-se de operações como “dinheiro” de fato, valendo grande consideração a questão da segurança, trazida pela tecnologia blockchain que cria um sistema anti-hacking, o que torna impossível fraudar as operações.

Diretamente falando, a fase de comprar criptos e aguardar unicamente sua valorização para vendê-las ficou para trás, agora elas podem ser “utilizadas” de fato. Muitos setores comerciais já aceitam criptos, seja como pagamento no exterior e no Brasil como meio de troca, e grandes nomes do mercado já se pronunciaram sobre a aceitação, basta uma simples pesquisa para confirmação. Levando em consideração que no mundo varejista exista a premissa que “quem sai na frente colhe melhores resultados”, grandes Players já se pronunciaram sobre esta aceitação.

A realidade é bastante clara, é uma nova visão, uma nova possibilidade, e talvez uma nova economia. Se o blockchain está sendo chamado de “nova internet”, e a utilização das moedas no varejo de “nova economia”, nos resta acreditar que manter o pensamento na economia do passado, deixará a atividade de quem assim pensar, obsoleta. **■**



**VIVIANE TORRES** é pós-graduada em Direito Tributário pela UNISAL, MBA Executivo em Direito Empresarial pela FGV-RIO. Há 16 anos, dirige o Torres & Torres Sociedade de Advogados no Vale do Paraíba, SP.



# Princípio da precaução no Direito Ambiental

■ POR EURÍPEDES JOSÉ DE SOUZA JUNIOR

“Se não há razoável certeza científica acerca das dimensões de impactos ambientais de determinada atividade ou empreendimento, a sua proibição ou paralisação deve ser considerada como última alternativa, de modo que se privilegie o desenvolvimento sustentável amparado por medidas que confrimam um mínimo de segurança ao meio ambiente.”

**N**o ano de 2012, o Senador Acir Gurcacz propôs a PEC nº 65/2012, visando incluir o § 7º no art. 225 da Constituição, cuja redação disporia que “a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente”. Na justificativa da proposta consta que o objetivo é assegurar “que uma obra uma vez iniciada, após a concessão da licença ambiental e demais exigências legais, não poderá ser suspensa ou cancelada senão em face de fatos novos, supervenientes à situação que existia quando elaborados e publicados os estudos a que se refere a Carta Magna”.

A redação da PEC é, sem dúvidas, infeliz, pois dá a entender que bastaria ao empreendedor apresentar o Estudo de Impacto Ambiental para que estivesse autorizado a operar, o que vai de encontro aos mais basilares princípios do Direito Ambiental. Em que pese não pareça ter sido essa a intenção do parlamentar responsável pela propositura da PEC, tendo em vista a parte transcrita de

sua justificativa, em que se protege, na verdade, empreendimentos devidamente licenciados, é certo que jamais se poderia admitir que a PEC fosse aprovada com essa redação. Nada obstante, a proposta acende o debate acerca da segurança jurídica nas licenças ambientais concedidas pelos órgãos competentes, não raro após anos de trâmite, inúmeros estudos, audiências públicas e todo um esforço conjunto de empreendedor e agentes públicos para que um projeto efetivamente sustentável saia do papel.

Existem diversos casos em todo o Brasil em que ações judiciais são propostas contra empreendimentos devidamente licenciados em fase de instalação ou até mesmo de operação. O fundamento principal das ações costuma girar em torno do princípio da precaução, o qual recomendaria a paralisação imediata das obras e/ou da atividade a fim de que o meio ambiente seja protegido de algum risco identificado por quem promove a demanda. Instaure-se uma verdadeira guerra judicial, na qual o empreendedor tem que superar liminares concedidas e comprovar que todo o procedimento de licenciamento foi realizado de maneira esmerada e em conformidade com os padrões de qualidade ambiental, de modo a não haver nenhum risco insuportável ao meio ambiente.

A equivocada compreensão do princípio da precaução e seu conteúdo jurídico é, indubitavelmente, o grande responsável pela insegurança jurídica que acima foi brevemente apresentada.

Qual é, afinal, o conteúdo jurídico do princípio da precaução e como ele se aplica na proteção do meio ambiente?

O princípio da precaução surgiu na “Declaração do Rio de Janeiro”, elaborada na famosa Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, mais conhecida como Rio 92. Foram votados, na ocasião, 27 princípios e o princípio da precaução foi consagrado no princípio 15, que assim dispõe: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

A característica marcante do princípio da precaução é a “incerteza científica”. É, inclusive, a incerteza científica que diferencia o princípio da precaução do princípio da prevenção. Neste, os impactos da atividade são conhecidos, o que impõe a adoção de medidas de prevenção, mitigação e compensação, ao passo que naquele não há certeza científica se a atividade produz determinados impactos ao meio ambiente, o que também impõe a adoção de medidas de prevenção, mitigação e compensação para evitar que aquele dano incerto venha a ocorrer.

Isso significa, portanto, que o princípio da precaução não prega, ao contrário do que o senso comum pareça indicar, a paralisia completa de empreendimentos cujas consequências ambientais não são completamente conhecidas. O referido princípio prega, em verdade, que enquanto não houver certeza científica de que determinada atividade não causa ameaça de danos sérios ou irreversíveis ao meio ambiente, deverão ser adotadas medidas para prevenir eventual dano. Se a ciência vier a comprovar que a atividade não é nociva como antes se pensava, as medidas de prevenção poderão ser dispensadas.

O princípio da precaução diz respeito, desse modo, ao controle do risco. Por óbvio, controlar o risco não quer dizer aceitar qualquer risco. Haverá casos em que

o risco recomendará, de fato, que não se prossiga com a obra ou atividade, o que deverá ser avaliado em cada caso concreto. A discussão é complexa.

O precedente judicial mais importante acerca da aplicação do princípio da precaução no Brasil provém do Supremo Tribunal Federal, em que se analisou com profundidade o conteúdo jurídico do referido princípio no âmbito do Recurso Extraordinário nº 627.189, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

O caso versava sobre o efeito cancerígeno da exposição a campos elétricos e magnéticos oriundos de fios de alta tensão. Os Autores da demanda requereram, em desfavor da empresa de distribuição de energia elétrica, que fossem adotadas medidas para diminuir a exposição dos demandantes a campos elétricos e magnéticos, considerando a incerteza científica de que a exposição a esses campos não seria cancerígena (há uma polêmica no meio científico acerca da conexão entre exposição a campos elétricos e magnéticos e casos de câncer). Argumentaram os Autores que países como a Suíça levavam a sério as potencialidades cancerígenas da exposição e adotavam padrões de proteção muito mais rígidos que os praticados no Brasil, razão pela qual entendiam que a distribuidora deveria adotar o mesmo padrão. A empresa de distribuição alegou, em sua defesa, que seguia o padrão de segurança determinado em lei, a qual impunha observância ao padrão recomendado pela Organização Mundial da Saúde, no que tange à exposição de pessoas a campos elétricos e magnéticos, o que atendia ao princípio da precaução, sendo descabida a condenação na adoção de padrões de segurança mais rigorosos.

O Supremo, então, deu razão à empresa de distribuição de energia elétrica, consignando que “o princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais”. A tese foi fixada nos seguintes termos: “no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009”.

É preciso, pois, compreender o princípio da precaução como um princípio que determina, em regra, um fazer. Se não há razoável certeza científica acerca das dimensões de impactos ambientais de determinada atividade ou empreendimento, a sua proibição ou paralisação deve ser considerada como última alternativa, de modo que se privilegie o desenvolvimento sustentável amparado por medidas que confirmem um mínimo de segurança ao meio ambiente. Se a conclusão for pela possibilidade da operação, a presunção de legitimidade dos atos administrativos deve imperar para evitar que a sombra da insegurança jurídica esteja permanentemente sob a cabeça daqueles que se arriscam em empreender no Brasil. 



**EURÍPEDES JOSÉ DE SOUZA JUNIOR** é Advogado com atuação em Direito Público e Ambiental. Sócio do Gonçalves, Macedo, Paiva e Rassi Advogados. Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e Especialista em Direito Processual Civil pela Anhanguera-UNIDERP.

# Funcionalismo da investigação criminal

■ POR FRANCISCO SANNINI NETO



**“Parece-nos inegável esse caráter restaurativo da investigação criminal, que não pode mais se limitar em reunir elementos que possibilitem a responsabilização penal do autor do crime, devendo cumprir um papel muito maior no intuito de mitigar os danos causados pela infração e, sobretudo, desarticular a estrutura criada com base na prática de atos ilícitos.”**

**P**ara que possamos compreender os modelos de investigação existentes e as especificidades dos procedimentos investigativos regulamentados no Brasil, torna-se imprescindível o estudo das funções de uma investigação criminal prévia ao processo.

Afinal, qual seria a finalidade da investigação preliminar? Quais são seus objetivos? O que se deve buscar durante o seu desenvolvimento? Foi com a finalidade de responder todas essas indagações que nesse estudo ousamos defender a existência de um Funcionalismo que deve pautar a apuração de toda e qualquer infração penal.

## FUNÇÃO PREPARATÓRIA

O objeto de uma investigação criminal é sempre a *notitia criminis*. Isso significa que é a possibilidade de ocorrência de uma infração penal que justifica a deflagração de um procedimento investigativo cuja finalidade seja, entre outras, a de viabilizar o perfeito esclarecimento dos fatos, suas circunstâncias e motivações.

Com a adoção do Sistema Acusatório pelo nosso ordenamento jurídico, não cabe ao Estado-Juiz dar início a um processo. Essa pretensão acusatória deve ser exercida, em regra, pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, ou excepcionalmente pelo ofendido, nos crimes de ação penal privada.

Mas como exercer essa atividade acusatória sem dispor dos elementos mínimos sobre autoria e materialidade?! É esta, pois, a primeira função da investigação criminal: reunir elementos indiciários sobre a autoria e materialidade delituosa, preparando, assim, o exercício da ação penal pelo seu titular.

Ao discorrer sobre as finalidades do inquérito policial, principal instrumento investigativo do nosso ordenamento jurídico, TOURINHO explica o seguinte:

(...) o inquérito policial visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la. Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. (...) Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial deve desenvolver a necessária atividade visando a descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma.<sup>1</sup>

Para TORNAGHI, “o inquérito policial é a investigação do fato, da sua materialidade, e autoria. É a *inquisitivo generalis* destinada a ministrar elementos para que o titular da ação penal (Ministério Público, ofendido) acuse o autor do crime”.<sup>2</sup>

MOREIRA, por sua vez, ensina que:

O inquérito policial é um procedimento preliminar, extrajudicial e preparatório para a ação penal, sendo por isso considerado como a primeira fase da *persecutio criminis* (que se completa com a fase em juízo). É instaurado pela polícia judiciária e tem como finalidade a apuração de infração penal e de sua respectiva autoria”.<sup>3</sup>

Como se pôde observar, a maioria da doutrina se limita ao estudo do inquérito policial como se este procedimento fosse sinônimo de investigação criminal, quando, na verdade, trata-se apenas de um dos instrumentos utilizados para formalizar a apuração de infrações penais do Brasil. De todo modo, pode-se concluir

que as finalidades indicadas para o inquérito também se aplicam ao gênero investigação criminal.

## FUNÇÃO PRESERVADORA

Se, por um lado, a investigação preliminar tem por finalidade viabilizar o exercício de uma pretensão acusatória, por outro, ela deve funcionar como um obstáculo a ser superado antes do início do processo. É certo que a persecução penal como um todo, mas, sobretudo, a fase processual, acarretam inúmeras repercussões, seja para o Estado ou para o imputado.

Sob o prisma do Estado, a instauração de um processo resulta em inúmeros gastos, afinal, além da parte burocrática que envolve a manutenção de sistemas e toda infraestrutura (computadores, papéis, impressoras etc.), os próprios agentes públicos ficam empenhados nos mais diversos casos penais, o que, a toda evidência, afeta o Sistema de Justiça Criminal.

Já sob o ponto de vista do imputado, é inegável as consequências extremamente deletérias vinculadas ao processo. Além de arcar com as custas de sua defesa, circunstância de caráter tangível, existe outro fator de caráter intangível e que reputamos ainda mais grave, qual seja, o rótulo recebido pela pessoa a partir do momento em que se transforma em réu no processo penal.

Em Criminologia, fala-se na “teoria do etiquetamento” (*labeling approach*), numa perspectiva em que o acusado acaba sendo estigmatizado pela sociedade como uma pessoa criminosa, deixando-se absolutamente de lado o princípio constitucional da presunção de inocência. Na Espanha existe uma expressão que ilustra bem esse cenário: *la pena de banquillo*, no sentido de que o simples fato de uma pessoa se sentar no banco dos réus, já representa uma pena.

Justamente por isso, torna-se imprescindível uma investigação preliminar ao processo que funcione como um filtro contra imputações infundadas, preservando o investigado e a própria “máquina” do Judiciário, que não será movida de forma desnecessária.

Nesse diapasão se manifestam LOPES JR. e GLOECKNER:

A investigação preliminar não só deve excluir as provas inúteis, filtrando e deixando em evidência aqueles elementos de convicção que interessem ao julgamento da causa e cuja produção as partes devem solicitar no processo, como também devem servir de filtro processual, evitando que as acusações infundadas prosperem. (...) A investigação preliminar está destinada a fornecer elementos de convicção que permitam justificar o processo ou o não processo.<sup>4</sup>

De fato, a função investigativa formalizada, em regra, pelas Polícias Judiciárias, está longe de se resumir a um suporte da acusação, não possuindo caráter unidirecional. A finalidade do procedimento preliminar não deve ser vislumbrada sob a ótica exclusiva da preparação do processo penal, mas principalmente à luz de uma barreira contra acusações infundadas e temerárias, além de um mecanismo de salvaguarda da sociedade, assegurando a paz e a tranquilidade social. Não é outro o escólio de SAYEG ao falar sobre um dos procedimentos de investigação:

A ideia de que o inquérito policial somente tem por objetivo a preparação de uma ação penal é equivocada e distorcida. Em uma República Democrática preza-se pela utilização da Justiça Criminal somente como *ultima ratio*, caso haja o mínimo de elementos de provas indiciárias de que o investigado tenha praticado o delito em determinado lugar e em determinado momento.<sup>5</sup>

Com o objetivo de subsidiar as conclusões aqui expostas, vale transcrever as incisivas palavras utilizadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao apreciar o projeto que culminou na Lei 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia:

Assim, o inquérito policial, ainda que visto como procedimento administrativo pré-processual, *é um instrumento prévio e de triagem contra acusações levanas e precipitadas*, uma verdadeira garantia do cidadão e da sociedade, tendo dentro dele uma significativa parcela de procedimento jurídico, vez que poderá ensejar prisão e outras providências cautelares que afetam os direitos individuais. Um inquérito policial bem elaborado presta-se tanto à justa causa para a subsequente ação penal, quanto à absolvição do inocente (grifamos).

É com base nas conclusões acima expostas que se pode afirmar que não existe vínculo entre a investigação criminal e o exercício da ação penal. A uma porque estamos diante de fases distintas da persecução penal, com características e objetivos igualmente distintos. A duas porque, como visto, a investigação preliminar não se destina exclusivamente ao titular da ação penal, devendo desenvolver-se de maneira imparcial e objetiva, visando o escoreito esclarecimento da notícia crime, viabilizando a produção de provas que possam incriminar o investigado ou, por vezes, inocentá-lo, evitando-se, conseqüentemente, os ônus do processo.

## **FUNÇÃO DE DESCOBERTA DO FATO OCULTO (REDUÇÃO DAS “CIFRAS NEGRAS”)**

É cediço que diversos fatores concorrem para a prática de infrações penais, razão pela qual a segurança pública é uma matéria multidisciplinar. Dentro dessa perspectiva, ganha destaque a Criminologia como uma ciência voltada ao estudo do fenômeno criminal e suas causas. Segundo estudiosos da área, por meio de estatísticas é possível identificar um liame causal entre os fatores de criminalidade e os ilícitos perpetrados.

Ocorre que tais estatísticas devem ser analisadas com reservas, uma vez que inúmeros crimes nem sequer chegam ao conhecimento do Estado (especialmente nos *crimes vagos*, vale dizer, aqueles em que o sujeito passivo é uma coletividade sem personalidade jurídica), havendo, destarte, um enorme vácuo entre a criminalidade real e a criminalidade revelada, o que dá ensejo a chamada *cifra negra*.

Ao discorrer sobre o tema, SUMARIVA explica o seguinte:

A primeira é a quantidade efetiva de crimes praticados pelos criminosos, a segunda é o percentual dos crimes que chegam ao conhecimento do Estado e a terceira representa a porcentagem dos delitos que não foram comunicados ou elucidados. Estamos diante de

um processo de atrição, que consiste no distanciamento progressivo entre as cifras nominais e as cifras negras da criminalidade, em que o subproduto é a constatação da diferença entre a criminalidade real e a apurada em estatísticas oficiais.<sup>6</sup>

Nas lições de Muñoz Conde<sup>7</sup> sobre a *cifra negra*, nem todo delito cometido é tipificado; nem todo delito tipificado é registrado; nem todo delito registrado é investigado pela polícia; nem todo delito investigado é denunciado; a denúncia nem sempre termina em julgamento; e o julgamento nem sempre termina em condenação.

De fato, é impossível discordar das lições do renomado penalista, sendo certo que em países subdesenvolvidos esse cenário torna-se ainda mais evidente, seja em virtude das circunstâncias sociais de uma região ou pela falta de estrutura do Estado.

É evidente que o índice de criminalidade oculta (*cifra negra*) também é influenciado pela própria essência das condutas criminosas, praticadas, de um modo geral, de forma dissimulada ou mascarada, visando assegurar, num primeiro momento, a concretização do ímpeto criminoso e, num segundo momento, a irresponsabilidade penal do agente.

Considerando que a *notitia criminis* é o objeto da investigação criminal, pode-se concluir que o caráter oculto do crime reflete no aumento das *cifras negras*, haja vista que, por vezes, inviabiliza o início da persecução penal, o que compromete a própria eficiência da justiça.

Tal conclusão ganha relevância ainda maior devido ao fato de que as investigações criminais, em regra, não funcionam pelo sistema *self-starter*, ou seja, dependem de provocação. Isso significa que na maioria absoluta dos casos o início da persecução penal depende da vítima, que, nesse cenário, constitui a principal fonte de notícia crime.

De maneira ilustrativa, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE calculam que nos EUA e na Alemanha, cerca de 85% a 95% das investigações têm seu início vinculado à provocação de particulares.<sup>8</sup> Ocorre que, por inúmeros fatores, cada vez mais as vítimas de crimes deixam de comunicá-los aos órgãos oficiais, contribuindo, assim, para o aumento das *cifras negras* e, conseqüentemente, da impunidade. Pode-se destacar os seguintes fatores:

a) Revitimização: trata-se de um processo emocional que faz com que a vítima de um crime se sinta novamente lesada, seja em decorrência das relações com outras pessoas ou instituições públicas (heterovitimização) ou pelo seu próprio sentimento de culpa (autovitimização secundária).

No Brasil, por exemplo, a falência imposta pelos nossos governantes às Polícias Judiciárias, com atribuição investigativa, faz com que a vítima de um crime perca horas em uma Delegacia de Polícia apenas para noticiar um delito por meio de boletim de ocorrência. Se não bastasse, essa mesma vítima terá que retornar posteriormente à Delegacia para ser ouvida ou participar de outros procedimentos policiais (ex: reconhecimento pessoal), sendo todo esse expediente repetido na fase processual.

Do mesmo modo, a vítima também terá que conviver com a repercussão social causada pelo crime, o que muitas vezes causa incômodo, humilhação e provoca uma constante lembrança do trauma vivenciado, sobretudo em crimes

sexuais. Por todas essas razões, a vítima, não raro, prefere não noticiar a ocorrência da infração.

b) Falta de confiança no sistema de justiça: a conhecida ineficiência do sistema de justiça criminal em alguns países contribui diretamente para o aumento da *cifra negra*, uma vez que as vítimas, como principais fontes de notícia crime, não acreditam que terão uma resposta positiva das agências estatais, seja pela falta de estrutura (que implica na morosidade e na ineficiência da persecução penal) ou até mesmo pela suspeita de corrupção de seus agentes.

c) Medo de represálias: como efeito natural da falta de confiança no Estado em dar proteção aos seus cidadãos, as vítimas acabam suportando ações criminosas por receio de serem novamente atingidas pelos mesmos criminosos. Isso é muito comum em crimes de roubo, tentativa de homicídio e nos casos de violência doméstica e familiar, onde as vítimas têm medo das represálias de seus algozes.

d) Tolerância ao crime: devido aos fatores acima expostos, existe uma capacidade da sociedade em absorver determinadas modalidades de crimes. Algumas vítimas de estupro, por exemplo, preferem absorver o crime a reviver o trauma sofrido inúmeras vezes durante a persecução penal e ainda ficarem expostas perante à sociedade. Já algumas vítimas de furto, por não acreditarem na eficácia da justiça, acabam absorvendo a lesão sofrida em seu patrimônio. O mesmo ocorre com os crimes de roubo, estelionato, apropriação indébita etc.

Feitas essas observações, destaque-se que todos esses fatores acabam fomentando a violência privada, onde o cidadão vítima de um crime e, por vezes, até agentes públicos, procuram fazer justiça com suas próprias mãos, desestruturando a lógica de um Estado Democrático de Direito. Daí a importância de se desenvolver uma estrutura investigativa eficiente que não fique tão refém da provocação da vítima.

Não é outra a conclusão de LOPES JR. e GLOECKNER:

Diante dessa realidade, o Estado deve dispor de instrumentos eficazes para descobrir o fato e não permitir que se elevem os índices de *criminal case mortality*, que geram descrédito dos sistemas formais de controle e uma insegurança social. Nesse tema, a investigação preliminar desempenha um papel relevantíssimo, e sua eficácia está não só no resultado final, senão também nas formas de *starter*.<sup>9</sup>

Percebe-se, pelo todo exposto, que a função da investigação criminal de buscar o fato oculto ganha relevância ainda maior nos chamados *crimes vagos*, justamente porque em tais hipóteses não há uma vítima definida, o que, a toda evidência, compromete o início das apurações.

São exemplos de crimes dessa espécie o tráfico de drogas, os previstos no Estatuto do Desarmamento, crimes ambientais etc. Imaginem, caro leitor, quantas pessoas mantém a posse ilegal de armas de fogo atualmente no Brasil, colocando em risco a segurança pública. Já na seara ambiental, são inúmeros os crimes praticados sem qualquer conhecimento por parte do Estado.

Assim, é preciso que as agências estatais de investigação criminal sejam estruturadas com o objetivo de desvendar o *fato oculto*, inviabilizando, não raro, a própria consumação do crime, atuando de forma preventiva e, ao mesmo tempo, diminuindo o índice de criminalidade desconhecida.

## FUNÇÃO SIMBÓLICA

A pena é uma consequência jurídica imposta aos autores de crimes justamente em virtude de uma violação às expectativas da sociedade intrínsecas nas leis penais. Ora, se a lei constitui a expressão da vontade geral, ao praticar um crime o agente está claramente confrontando a sociedade em que está inserido, razão pela qual, lhe deve ser imposta uma pena, inclusive para reforçar a observância às normas legais.

BITENCOURT, explicando o pensamento de HEGEL sobre a pena, nos ensina o seguinte:

A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do Direito”. A fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – essencialmente jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra justificção na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente.<sup>10</sup>

Percebe-se, pois, que a pena possui uma função simbólica que serve de desestímulo à prática de infrações penais, fomentando, insistimos, o respeito ao ordenamento jurídico. É inegável, nesse contexto, a finalidade preventiva da pena, seja no seu aspecto negativo (dissuadindo possíveis delinquentes), seja no seu aspecto positivo (reforçando a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem).

Com efeito, tendo em vista que a investigação criminal viabiliza a concretização da justiça através da imposição de uma pena aos autores de crimes, podemos concluir que, tal qual a própria pena, a investigação também possui uma função simbólica, mitigando a sensação de insegurança e de impunidade, na medida em que o Estado, por meio de suas agências, está atuando prontamente na apuração dos fatos.

É evidente que a prática de uma infração penal repercute negativamente na sociedade, abalando a paz e trazendo intranquilidade, afinal, a “vontade geral” foi violada. Ocorre que com a imediata ação estatal na apuração do delito, é transmitida uma mensagem a todos no sentido de que o seu responsável será punido.

Conforme nos ensinam LOPES JR. e GLOECKNER:

A investigação preliminar também atende a uma função simbólica, poderíamos dizer até de natureza sociológica, ao contribuir para restabelecer a tranquilidade social abalada pelo crime. Significa que, numa dimensão simbólica, contribui para amenizar o mal-estar causado pelo crime, através da sensação de que os órgãos estatais atuarão, evitando a impunidade. Essa garantia de que não haverá impunidade manifesta-se também através da imediata atividade persecutória estatal, que não se confunde com a necessidade de uma cautelar pessoal (prisão processual).<sup>11</sup>

Note-se que tais premissas deixam clara a importância da investigação criminal na redução das estatísticas criminais. Infelizmente nossos legisladores e governantes jamais se atentaram para uma lição básica de BECCARIA na sua estupenda obra *Do delito e das penas* onde o autor defende a ideia de que mais importante do que a severidade do castigo é a certeza do castigo.

Diante do aumento da criminalidade o Poder Legislativo, quase instantaneamente, se socorre do Direito Penal como solução para todos os problemas. Como

consequência, são criados novos crimes, aumenta-se a pena de outros tantos e novos delitos são elevados à condição de hediondos.

Fato é que o rigor da reprimenda penal nada significa se o delincente, ao atuar, tem a convicção de que sairá impune. É justamente esse sentimento de impunidade que estimula, entre outros fatores, a prática de infrações penais. Daí a importância de se investir na investigação criminal, instrumento vocacionado ao esclarecimento do crime e que assegura a futura aplicação de uma pena. Afinal, conforme já destacado, é a certeza do castigo que serve de desestímulo ao criminoso e não a sua severidade.

Consigne-se, ademais, que esta função simbólica da investigação criminal atinge seu apogeu nos casos em que viabiliza a prisão em flagrante de um criminoso. Isto, pois, em tais situações a resposta do Estado ao crime é imediata, servindo, não raro, para evitar a própria violação da norma, ou seja, a consumação do delito.

Não por acaso, sustentamos a ideia de que a prisão em flagrante tem a função de atuar como um instrumento constitucional de imediata proteção aos direitos fundamentais, proteção esta que é veiculada por meio de uma norma penal incriminadora que estaria sendo violada ou que acabara de ser.

Nesse diapasão, aliás, é o escólio de Marcelo Cardozo da Silva:

(...) a prisão em flagrante desempenha a necessária função de atualização das funções preventivas das normas penais incriminadoras. Não fosse a prisão em flagrante, perder-se-ia um poderoso instrumento constitucional de defesa contra comportamentos atuais ofensivos a direitos fundamentais/bens coletivos constitucionais. Mais do que qualquer função probatória, realiza um estratégico mister de impedir, pela atualização que traz a toda e qualquer norma incriminadora, comportamentos que as violem: traz, excepcionalmente, a proteção da norma penal, do distante momento do cumprimento da pena, para o momento atual da violação.<sup>12</sup>

Resta evidente, portanto, que a investigação criminal mostra sua máxima eficiência nas hipóteses em que viabiliza a prisão em flagrante de criminosos. Como consequência natural dessa pronta resposta ao delito (função simbólica), ocorre a dissuasão de possíveis delinquentes diante da eficácia demonstrada pelo Estado em assegurar a responsabilização penal daqueles que ousarem violar as leis.

## FUNÇÃO RESTAURATIVA OU SATISFATIVA

Ao lado das funções já indicadas pela doutrina que se debruça no estudo comprometido da investigação criminal, ousamos destacar nesse trabalho uma outra função extremamente relevante: a *restaurativa*; no sentido de restaurar, vale dizer, reconstruir, recuperar as condições existentes antes da prática do crime, seja sob o prisma do autor ou da vítima.

Infelizmente, os órgãos de persecução penal, sobretudo os ligados à investigação criminal, vêm se contentando em garantir a responsabilização penal de autores de fatos criminosos, quando, na maioria das vezes, essa atividade em quase nada abala uma estrutura organizada que vive de ilícitos penais.

Nesse contexto, engana-se quem pensa que uma persecução penal exitosa é aquela em que os criminosos são presos, pois, dentro de uma sociedade delincente,

não basta assegurar a imposição da pena como efeito jurídico do crime, sendo imprescindível a desarticulação de toda estrutura desenvolvida a partir da prática de infrações penais.

Para tanto, é possível encontrar em nosso ordenamento jurídico diversas ferramentas aptas a mitigar as consequências do crime, evitando, destarte, o locupletamento do criminoso e a reiteração de condutas delituosas. Isto, pois, de nada adianta a prisão do autor de um delito se a estrutura criminosa estabelecida continuar funcionando. Note-se que tais ferramentas servem, inclusive, ao *caráter simbólico* da investigação criminal, uma vez que desestimulam atos ilícitos.

Nos crimes patrimoniais, por exemplo, sob o ponto de vista da vítima, mais importante do que a responsabilização do criminoso é a recuperação do produto da infração. Assim, não cabe à Polícia Judiciária focar sua atenção apenas na reunião de indícios de autoria e materialidade delituosa, sendo dever da investigação a localização dos objetos roubados, furtados, apropriados ilicitamente etc.

Com esse viés a investigação criminal, além de preparar a ação penal, evitar acusações infundadas, identificar o fato oculto e, conseqüentemente, desestimular a prática de novas infrações penais, também dará uma satisfação à vítima, vulnerada na sua esfera patrimonial. Da mesma forma, evita-se o locupletamento do criminoso, o que, por óbvio, também atingirá eventual estrutura criada a partir do crime.

Nesse cenário, são valiosas as chamadas *medidas assecuratórias*, tidas como “as providências de natureza cautelar levadas a efeito no juízo penal que buscam resguardar o provável direito da vítima ao ressarcimento do prejuízo causado pela infração penal”.<sup>13</sup>

Em linhas gerais, pode-se destacar alguns motivos pelos quais as medidas assecuratórias são eficientes no combate ao crime organizado<sup>14</sup>: a) o confisco dos bens e valores promove a asfixia econômica de certos crimes; b) tendo em vista a fungibilidade entre os integrantes de uma organização criminosa, a neutralização de bens e valores desestabiliza a estrutura criada; c) evita-se a possibilidade de uso do produto ou proveito da infração após eventual cumprimento de pena; d) inviabiliza o locupletamento de familiares ou outros membros da organização.

Apenas para ilustrar, a *busca e apreensão* tem o papel de resguardar o próprio produto do crime. Ao localizar um veículo furtado, por exemplo, a Polícia Judiciária deverá promover sua apreensão e restituição à vítima, que, assim, terá seu prejuízo mitigado.

Já o *sequestro*, regulado a partir do art. 125, do CPP, tem a finalidade de acautelar os bens adquiridos através da prática de crimes. Em outras palavras, essa medida cautelar de natureza patrimonial poderá recair sobre bens móveis ou imóveis de origem ilícita que constituem verdadeiro provento da infração (*v.g.* veículo adquirido com dinheiro proveniente do tráfico de drogas).

Outra ferramenta que passa despercebida por vários operadores do Direito, encontra previsão legal no art. 91, §§ 1º e 2º, do Código Penal, acrescentados pela Lei 12.694/12. Com essa inovação legislativa houve uma significativa ampliação no poder de confisco do Estado, pois não apenas os produtos ou proveitos do crime podem ser confiscados, mas também “os bens e valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”. Já o § 2º, do mesmo dispositivo, viabiliza a adoção das medidas

assecuratórias para abranger esses mesmos bens e valores pertencentes ao investigado para posterior decretação de perda.

Como se vê, trata-se, sem dúvida nenhuma, de importante instrumento restaurativo, cuja adoção certamente irá mitigar os prejuízos causados pelo crime e ainda evitar o locupletamento dos criminosos e seus familiares, sufocando, outrossim, a estrutura econômica de uma organização voltada à prática de ilícitos.

Outra ferramenta apta a contribuir com o caráter restaurativo da investigação criminal é a Lei 9.613/98, que tipificou o crime de Lavagem de Capitais (*Money Laundering*). Rodolfo Tigre Maia define a lavagem de dinheiro “como o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça.”<sup>15</sup>

Dentro dessa perspectiva, cabe ao Estado, por meio da investigação, identificar os bens, direitos e valores provenientes de infrações penais e submetidos a esse processo de ocultação ou dissimulação. A criminalização da *Lavagem de Dinheiro*, portanto, colabora com a função restaurativa do inquérito policial, pois além de viabilizar a responsabilização penal do autor da “lavagem”, dificulta que ele se locuplete do crime, sufocando, assim, suas atividades ilícitas<sup>16</sup>.

Em consonância com o ponto de vista aqui defendido, o art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.613/98, estabelece que “O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração pena” (grifamos). Na mesma linha, o § 4º, do mesmo dispositivo legal autoriza a decretação de medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores de origem lícita pertencentes ao investigado, no intuito de assegurar a reparação do dano decorrente da infração penal antecedente.<sup>17</sup>

Já na Lei nº 12.850/13, que dispõe sobre as Organizações Criminosas, nós encontramos uma ferramenta que tem o objetivo exclusivo de recuperar o produto ou o proveito dos crimes praticados pela criminalidade organizada. Trata-se da *colaboração para a recuperação de ativos*, prevista no art. 4º, inciso IV, da Lei. Por meio dessa técnica especial de investigação será possível desestruturar a organização e ao mesmo tempo mitigar as consequências dos crimes praticados. Nesse ponto, aliás, vale o alerta de Renato Brasileiro no sentido de que:

(...) um dos meios mais eficientes para a repressão de certos delitos passa pela recuperação de ativos ilícitos, sendo imperiosa a criação de uma nova cultura, uma nova mentalidade, que, sem deixar de lado as penas privativas de liberdade, passe a dar maior importância às medidas cautelares de natureza patrimonial e ao confisco dos valores espúrios.<sup>18</sup>

Frente ao exposto, parece-nos inegável esse caráter restaurativo da investigação criminal, que não pode mais se limitar em reunir elementos que possibilitem a responsabilização penal do autor do crime, devendo cumprir um papel muito maior no intuito de mitigar os danos causados pela infração e, sobretudo, desarticular a estrutura criada com base na prática de atos ilícitos. ❏

## NOTAS

- 1 TOURINHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64-65.
- 2 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. II, p. 136.
- 3 MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 3.
- 4 LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. Ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.
- 5 SAYEG, Ronaldo. *O inquérito policial democrático: uma visão moderna e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 23.
- 6 SUMARIVA, Paulo. *Criminologia – Teoria e Prática*. ed. 5. Niterói, RJ: Impetus, 2018. p. 137.
- 7 CONDE, Muñoz. *Introducción y a derecho penal*. p. 47.
- 8 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 133.
- 9 LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 105.
- 10 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138.
- 11 LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 106.
- 12 SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na Constituição*, p. 62.
- 13 BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. Ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 390.
- 14 Em sentido semelhante: LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 87.
- 15 MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro – lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53.
- 16 De acordo com o art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98, é efeito da condenação: a perda dos bens, direitos e valores relacionados direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei.
- 17 Art. 4º, § 4º, Lei nº 9.613/98: “Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.”
- 18 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 396.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. ed. 11. São Paulo: Saraiva.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro – lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias – Teoria e Prática de Polícia Judiciária*. São Paulo: Ideias e Letras, 2014.
- SAYEG, Ronaldo. *O inquérito policial democrático: uma visão moderna e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SUMARIVA, Paulo. *Criminologia – Teoria e Prática*. ed. 5. Niterói, RJ: Impetus, 2018.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- TOURINHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2008.



**FRANCISCO SANNINI NETO** é Delegado de Polícia, Professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo, Professor de Cursos Preparatórios e Professor Universitário.

# Novas diretrizes trarão mais eficiência para o recall no Brasil

■ POR GUSTAVO MILARÉ ALMEIDA E JOÃO PEDRO ALVES PINTO

O Ministério da Justiça e Segurança Pública publicou, no último dia 2 de julho, duas portarias no Diário Oficial da União, atualizando a regulamentação das campanhas de chamamento, a fim de dar eficiência aos recalls no Brasil e, por consequência, à proteção da vida e à preservação da saúde e da segurança dos consumidores.

De acordo com os novos textos, as empresas terão que manter em seus sites, em local visível e de fácil acesso, a informação sobre o *recall* dos produtos pelo prazo mínimo de cinco anos. Além disso, deverão comunicar a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) assim que iniciarem suas averiguações e identificarem defeitos, hipóteses em que também assumirão a responsabilidade pela elaboração de estratégias para induzir o consumidor a atender às campanhas de chamamento de *recall*.

Especialmente por ser o que mais realiza esse tipo de campanha e pelo risco envolvido em seu produto, o setor automotivo recebeu atenção especial do Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, que, em conjunto com o Ministério da Infraestrutura, instituiu o Serviço Nacional de Notificação de Recall de Veículos.

Por meio desse serviço, caberá ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) comunicar diretamente o consumidor sobre o aviso de risco do veículo e, caso a campanha de chamamento de recall não seja atendida no prazo de um ano, a informação constará no documento de propriedade do veículo.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) também assinou acordo de cooperação técnica com a SENACON, no intuito de promover ações conjuntas de proteção e defesa do consumidor, referentes ao mercado de medicamentos e congêneres, notadamente relativas à periculosidade ou à nocividade de produtos e serviços.

As novas regras tendem a gerar os referidos efeitos pretendidos pelo Governo Federal, tornando, assim, as campanhas de chamamento de recall mais eficientes no Brasil, bem como mais seguros os produtos e serviços colocados em nosso mercado de consumo. Mais do que isso, tais diretrizes consistem em medidas práticas, de fácil implementação e fiscalização, que realmente parecem justificar a empolgação do seu anúncio e renovam as nossas esperanças de um país melhor. 



ARQUIVO PESSOAL

**GUSTAVO MILARÉ ALMEIDA** é advogado, mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e sócio de Meirelles Milaré Advogados.



ARQUIVO PESSOAL

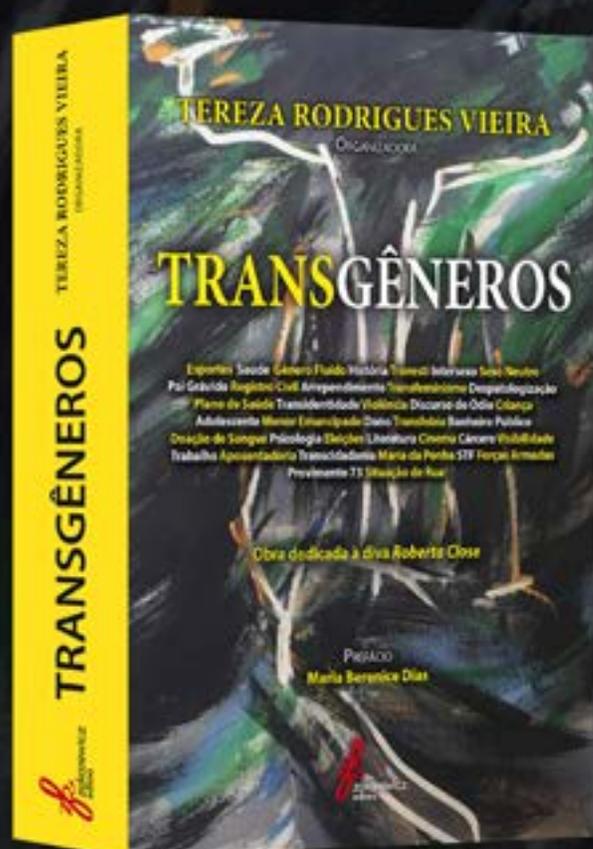
**JOÃO PEDRO ALVES PINTO** é advogado associado de Meirelles Milaré Advogados.

LANÇAMENTO

# TRANSGÊNEROS

Tereza Rodrigues Vieira

ORGANIZADORA



R\$ **98**,00

**778** paginas

**Frete incluso**

Fone: (61) 3263-1362  
zkeditora.com

 zakarewicz  
editora

"Ainda é enorme o preconceito de quem se afasta do binarismo de gênero imposto de forma cruel e excludente por uma sociedade tão patriarcal e sexista. Daí o significado desta nova obra que amplia horizontes ao inserir uma gama enorme de temas, sob diversos olhares, de modo a inserir inúmeros jeitos de viver e de se ver."

*Maria Berenice Dias*