

conceito jurídico

ano IV | fevereiro de 2020 | nº 38



Celeste Leite dos Santos

Responsabilização civil e
criminal do dano psíquico **Pág. 9**



 zakarewicz
editora

Abuso de autoridade: Chave de leitura para a alma ou o centro nevrálgico da lei



TENDÊNCIAS

Jorge Cesar de Assis

A lei anticrime e a inserção
do art. 16-A, no Código de
Processo Penal Militar



PORTAL JURÍDICO

Fábio Konder Comparato

Proposta de
Emenda Constitucional



VISÃO JURÍDICA

Kiyoshi Harada

Atentado à lei orçamentária e
crime de responsabilidade

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, 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, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

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

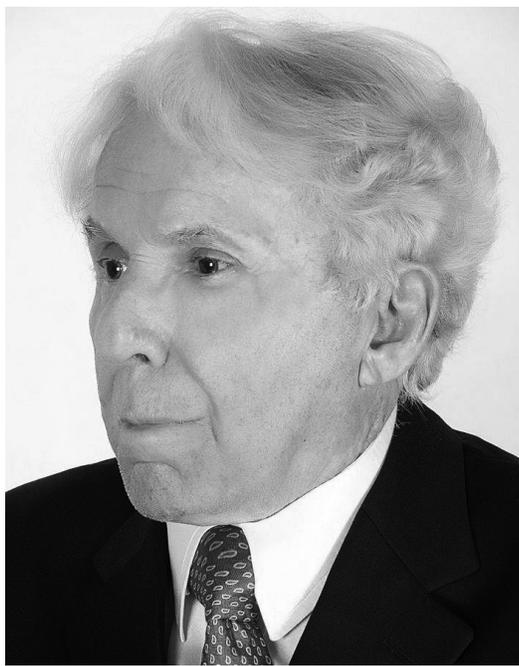
TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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



zakarewicz
editora





Agassiz Almeida

A busca do espetáculo e a (in) compreensão do direito: sobre acusados e tornozeleiras

A compreensão do Direito não vive seus melhores dias. Os livros foram substituídos pelos vídeos, os resumos tomaram o lugar dos compêndios e o ensino jurídico converteu-se em mera estratégia para a aprovação em concursos públicos. A generalização da mediocridade na carreira jurídica começa nos bancos acadêmicos. Porém, também ocupa lugar de destaque entre magistrados, advogados, promotores e outros profissionais do Direito. Esse fenômeno não é de hoje. Remonta ao início dos anos 1990. E talvez o maior símbolo dessa situação de verdadeira calamidade jurídica seja o voluntarismo ou ativismo judicial.

O ativismo judicial consiste, basicamente, na construção de decisões que não possuem respaldo no Direito e substituem as normas jurídicas pelo modo de pensar do magistrado. Aqui a personagem principal é o juiz que decide de acordo com a sua própria vontade. E qual é o problema desse tipo de decisão? O ativismo judicial contraria o Estado Democrático de Direito porque ele subverte, entre outros aspectos, a ideia clássica de que o governo das leis (ordem jurídica) é superior ao governo dos homens (vontade dos juízes). E os gregos antigos optaram pelo governo das leis porque observaram que a vontade dos homens não era confiável.

O ativismo judicial é um símbolo da mediocridade na carreira jurídica porque aqueles que fazem uso dele agem de má-fé ou não conhecem o sentido do Direito. Os que atuam de má-fé são medíocres porque apequenam o exercício da magistratura, agindo como legisladores sem representação popular ou como políticos de toga. Os que não conhecem o sentido do Direito, por sua vez, simbolizam a mediocridade pelo fato de serem incapazes de entender o seu próprio papel no momento histórico em que a decisão é tomada. Ambos os tipos de magistrados engrossam as fileiras dos profissionais do Direito que buscam ou aplaudem o espetáculo como forma de manifestação da Justiça Criminal.

A busca do espetáculo na persecução penal envolve má-fé ou falta de compreensão do Direito. A espetacularização é um artifício que procura trazer a opinião pública para dentro da investigação ou do processo. Consiste em criminalizar os imputados com o fim de condená-los moralmente e convertê-los em culpados, ainda que isso ocorra à margem da lei e da Constituição. Trata-se de verdadeira “pirataria jurídica”, pois pretende substituir as provas e as garantias constitucionais pela pressão de determinados setores sociais. Em 4 de agosto de 2019, o ministro Gilmar Mendes, do STF, chegou a afirmar que a Operação Lava Jato – principal exemplo de utilização do espetáculo na persecução penal – era “uma organização criminosa para investigar pessoas”.

“O jurista pertence a uma dimensão de civilização, e civilização significa história, um contexto histórico determinado em toda a riqueza de suas expressões” (Paolo Grossi). O espetáculo como forma de legitimar o julgamento dos acusados remonta ao período dos suplícios e das queimas de bruxas. Mesmo assim, apesar de o Direito atual girar em torno dos direitos fundamentais, a utilização do espetáculo foi retomada como método prático (ilegal) de investigação e aplicação da lei penal. Essa espetacularização do processo ocorre por meio de entrevistas coletivas, de convocações da imprensa para presenciar prisões, de vazamentos seletivos e mesmo por meio do modo como as decisões judiciais são escritas.

Nas decisões e pedidos em que há o interesse de cooptar a opinião pública, é comum encontrar uma estrutura discursiva elaborada para fins exclusivamente midiáticos. No início das decisões, sobretudo quando elas envolvem o setor do Ministério Público que investiga o crime organizado (GAECO), há uma exposição preliminar que distribui a suposta responsabilidade criminal

em grupos: núcleo empresarial, núcleo econômico etc. Esta é praticamente a única parte do texto divulgada pela imprensa e lida pelo público. Sem outros elementos, os imputados são condenados de antemão pela opinião pública, para a qual as provas, a Constituição ou a imparcialidade do juiz são irrelevantes. O espetáculo é necessário?

O espetáculo é indispensável para que determinados setores da persecução penal possam alcançar objetivos (interferência eleitoral, promoção pessoal, condenações sem provas etc.) que não seriam possíveis sem o apoio da imprensa e da opinião pública. É uma necessidade dos porões dos órgãos de persecução penal. Foi a espetacularização do processo que permitiu a condenação do ex-presidente Lula, um episódio que desafia o Direito porque significa a própria negação do jurídico por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público. Quando o ministro Gilmar Mendes acusa a Lava Jato de ser uma organização criminosa, ele se refere ao paradoxo de se utilizar métodos ilegais com a justificativa de investigar condutas ilegais.

Os mecanismos de espetacularização são variados. A determinação do uso de uma tornozeleira eletrônica pode servir a esses propósitos de negação do Direito e dos direitos fundamentais. O caso da imposição do uso da tornozeleira para o ex-governador da Paraíba pela Operação Calvário é um claro exemplo de busca do espetáculo. Sua justificativa é monitorar as medidas que restringem a liberdade de ir e vir do ex-governador Ricardo Coutinho. Quais são elas? O recolhimento domiciliar em determinados horários ou dias e a proibição de se ausentar da comarca.

No caso do ex-governador, que é uma figura pública, o fundamento que justifica o uso da tornozeleira afronta a razoabilidade, pois, se Ricardo Coutinho descumprisse as medidas restritivas, o fato se tornaria público quase que imediatamente. Como a imposição da tornozeleira não é juridicamente necessária, parece que seu propósito é apenas “preservar a temperatura do caso”. O objetivo do processo como espetáculo é manter segmentos da opinião pública mobilizados em torno da operação ou do processo com a finalidade de assegurar o que as provas não conseguem demonstrar. A persecução penal do espetáculo age contra o Direito e as instituições democráticas.

A incompreensão do Direito e o desconhecimento do modo como os magistrados devem julgar (metodologia jurídica) respaldam várias decisões desse tipo. Se quisermos evitar os justiceiros, o ativismo judicial e a busca do espetáculo, é preciso regressar a 1988 e procurar entender a mensagem normativa da Constituição. Também é fundamental voltar à Filosofia Jurídica, à Teoria do Direito e aos livros. A boa doutrina jurídica ainda é a base para a construção do Direito apropriado para cada momento e cada caso. Se houver caminho de volta para a nossa geração, o papel da academia é central no resgate da ordem jurídica e no restabelecimento do Estado Democrático de Direito. Precisamos de uma revolução no modo de compreender e aplicar o Direito. 

AGASSIZ ALMEIDA foi constituinte em 88 e um dos principais artífices do fortalecimento do Ministério Público na Constituição. É escritor brasileiro e ativista dos Direitos Humanos, Promotor de Justiça. Professor universitário.

3

COM A
PALAVRA

A busca do espetáculo e a (in)compreensão do direito: sobre acusados e torzeleiras

Agassiz Almeida

9

ENTREVISTA

Responsabilização civil e criminal do dano psíquico

Celeste Leite dos Santos

12

DIREITO E
BIOÉTICA

Controle de doenças versus direitos fundamentais

Sandra Franco

15

PAINEL DO
LEITOR

Mais impostos na bebida, mais informalidade, produtos contaminados, contrabando e concorrência desleal

Percival Maricato

18

PROPOSTAS E
PROJETOS

A inconstitucionalidade e os riscos da revogação da prerrogativa da atuação em arquitetura e urbanismo

Bianca Canzi

20

DESTAQUE

Importunação sexual: arma pouco utilizada no combate à violência contra a mulher no carnaval

Thais Pinhata

22

CAPA

Abuso de autoridade: Chave de leitura para a alma ou o centro nevrálgico da lei

Eduardo Luiz Santos Cabette

31

CAPA

Nova Lei de Abuso de Autoridade:

A diferença entre requisitar/instaurar procedimento investigatório de infração penal com a falta de qualquer indício (art. 27) e dar início à persecução penal sem justa causa fundamentada (art. 30)

Joaquim Leitão Júnior e
Marcel Gomes de Oliveira

41

CAPA

A advocacia e o abuso (nosso) de (cada dia) autoridade

Rômulo de Andrade Moreira

45

TENDÊNCIAS

A lei anticrime e a inserção do art. 16-A, no Código de Processo Penal Militar

Jorge Cesar de Assis

50

CONJUNTURA

Crédito de PIS/COFINS sobre o custo de aquisição e a IN 1.911/2019

Ariana de Paula Andrade Amorim

54

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância: O STF e a estabilidade jurídica no País

Wanderlei José dos Reis

67

Direitos fundamentais, políticas públicas e orçamento público

CONTEXTO

Roberto Bocaccio Piscitelli e
Rui Magalhães Piscitelli

78

**Coronavírus:
Emergência na Saúde Pública**

IN VOGA

Eudes Quintino de
Oliveira Júnior

80

**O Seguro-DPVAT e o
mito da parafiscalidade**

ENFOQUE

Irapuã Beltrão

88

**Ausência de ITCD em
relação a Planos VGBL**

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

Sacha Calmon Navarro Coêlho,
Misabel Abreu Machado Derzi e
Eduardo Junqueira Coelho

107

**Desconsideração da
personalidade jurídica: Aplicação
da teoria maior em casos de
dissolução irregular da sociedade
empresária por dívidas comerciais**

DIREITO
EMPRESARIAL

Diego Ribeiro Pessin

110

**Atentado à lei
orçamentária e crime
de responsabilidade**

VISÃO
JURÍDICA

Kiyoshi Harada

116

**A Lei nº 13.655/2018 – Lei de
Introdução ao Direito Brasileiro
– e os critérios de interpretação
(no âmbito do direito financeiro).
Breve análise**

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Regis Fernandes de Oliveira

128

**Proposta de
Emenda Constitucional**

PORTAL
JURÍDICO

Fábio Konder Comparato

135

**Reajuste abusivo de
convênio médico afronta a
dignidade humana. A nova
jurisprudência do STJ**

DOCTRINA

Ivan Barbosa Rigolin

145

**Contrato Verde e Amarelo
requer cuidados do
empregador**

PONTO
DE VISTA

Daniele Coutinho Slivinski



Celeste Leite dos Santos

Responsabilização civil e criminal do dano psíquico

O trabalho da Organização Mundial da Saúde (OMS) ao longo das últimas décadas demonstra ser a violência um dos principais problemas de saúde pública, tipologia e danos psicossociais. E para falar sobre a responsabilização civil e criminal do dano psíquico, a Conceito Jurídico convidou Celeste Leite dos Santos, Doutora pela USP; Mestranda pela PUC/SP; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra; Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela CEAFF-ESMP; Promotora de Justiça; Coordenadora Geral dos Grupos de Estudos dos Membros do MPSP; Coordenadora do Projeto AVARC (Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos) do MP-SP, para discorrer sobre tema de grande relevância para toda a comunidade. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *O dano psíquico é ato ilícito?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – O dano psíquico, qualquer que seja a sua origem, é ato ilícito passível de indenização e responsabilização criminal. Diversos estudos da Organização Mundial da Saúde (OMS) se debruçam sobre o conceito de saúde, fatores que colocam em risco a saúde mental dos indivíduos e a associação da violência como um problema de saúde pública, responsável pela geração de inúmeros e inquestionáveis agravos, extensamente detalhados no Relatório Mundial Sobre Violência e Saúde.

CONCEITO JURÍDICO – *Quem são as vítimas dos danos psíquicos?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – Nós somos, todas, vítimas ou potenciais vítimas de danos psíquicos com base nos relacionamentos interpessoais que estabelecemos. Desse modo nosso relacionamento em um determinado grupo, por razões étnicas, religiosas, de gênero, origem, orientação sexual, cor, aparência, dentre outros, podem ser causa ou agravar danos psíquicos preexistentes. Tal constatação não se aplica apenas a minorias que são oprimidas pela maioria. Os danos psíquicos são uma via de mão dupla: podem ir da minoria social para a maioria social e vice-versa.

CONCEITO JURÍDICO – *Em que contexto ocorrem os danos psíquicos?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – O dano psíquico passível de responsabilização cível e criminal abarca o conceito de trauma em razão de uma conduta identificável, ainda que desmembrados em uma série de atos no curso do tempo. O trauma afeta nossa fisiologia, incluindo nossa capacidade de pensar de forma integrada e completa. Dessa forma, deve ser entendido nos aspectos psicológicos, emocionais, mentais e espirituais. O dano psíquico difere do estresse do cotidiano diário em razão de sua intensidade e duração. Envolve desde a capacidade de lidar ou responder a ameaças, a sensação de perda do controle de sua vida, mudança no sentido da vida de uma pessoa ou grupo de pessoas em termos de significado e ordenação. Portanto, ocorrem em um contexto social, com interações dinâmicas dos indivíduos na sociedade. As condições sociais e significativas de uma experiência individual geralmente atuam como causa ou contribui para a ocorrência do dano psíquico.

CONCEITO JURÍDICO – *Com que enfoque devemos tratar esse crime?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – O tratamento do fenômeno do crime deve contemplar um enfoque necessário da responsabilização e reparação do dano pelo ofensor, bem como abranger todos os aspectos de saúde e sociais envolvidos, devendo o Estado fornecer serviços adequados de assistência às vítimas de crimes. Trata-se de realidade multifacetada que comporta distintos enfoques e linhas de atuação.

CONCEITO JURÍDICO – *Existe alguma estratégia para que as mulheres agredidas façam com mais facilidade as denúncias de violência de gênero?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – De acordo com estudo realizado pela ONU, a violência de gênero é o crime com menor índice de denúncias, pois apenas em 10% dos casos são levados ao conhecimento da autoridade policial. A subnotificação dessa modalidade delitiva e a ausência de estratégias adequadas para o combate a sua prática nos leva à constatação de que a cada 15 segundos uma mulher é agredida. Ao escolher reportar o fato a autoridade policial a mulher é desempoderada da solução do problema, uma vez que a “verdade dos fatos” terá que ser percorrida a fim de que se possa imputar a alguém o estigma de culpado.

CONCEITO JURÍDICO – *O estigma da culpabilidade é barreira para as mulheres?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – Sim, é na seara da culpabilidade que a violência contra a mulher encontra a maior dificuldade de controle estatal. A culpabilização da mulher pelos delitos que sofre impede ou dificulta a responsabilização do agressor, além de ser ato atentatório a sua dignidade, pode gerar ciclos contínuos de revitimização. Há muito que se percorrer para que o ofensor, a sociedade e o próprio Poder Judiciário tenham consciência da real consciência da ilicitude do fato diante das mais variadas formas de violência que predominam em nossa sociedade: física, psíquica e coletiva.

CONCEITO JURÍDICO – *A desigualdade em nossa sociedade é fator importante para esse problema?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – A ausência de enfrentamento adequado do problema nos conduz à perpetuação das desigualdades em nossa sociedade, pois possui reflexos na esfera laboral por meio dos fenômenos da segregação horizontal (acesso ao trabalho) e segregação vertical (acesso a cargos de chefia e liderança), política (igualdade de homens e mulheres na representatividade perante os órgãos legiferantes, executivos e judiciários).

CONCEITO JURÍDICO – *De que forma são essas violências e como elas são compreendidas?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – Pode-se mencionar como exemplos as críticas, humilhações, ameaças, código de condutas a serem adotadas na vida pública e privada, tais como vestimenta e comportamentos ditos “adequados”. A violência, seja de que tipo for, é compreendida como resultante de uma interligação de fatores individuais, de relacionamentos sociais, culturais e ambientais”. A principal tarefa estatal no acolhimento dessas vítimas é propiciar que vivenciem a própria história integrando o dano psíquico sofrido como parte dela, o que propicia que estas passem do status de vítimas para a de sobreviventes, rompendo-se os ciclos vitimizatório subsequentes ao fato danoso.

CONCEITO JURÍDICO – *Os idosos e as crianças estão inseridos nesta questão de violência psíquica?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – Sem dúvida alguma os idosos e crianças são outros dois grupos que se inserem nesta questão. De acordo com o Disque Direitos Humanos ou Disque 100, Programa da SPDCA/SDH em 2017 foram registradas 32.632 denúncias de violência contra idosos. Os tipos de denúncia se dividem em (podendo haver mais de um tipo de violência por denúncia): negligência (77%), violência psicológica (51%); abuso financeiro ou violência patrimonial (38%), violência física e maus tratos (26%). O especial grau de vulnerabilidade em que os idosos se encontram torna-os mais suscetíveis a violências psicológicas e maus tratos, até porque é o setor mais carente em nossa sociedade de uma política pública de proteção à saúde e assistência social, além de ser o primeiro elo da unidade familiar que é fragilizado. A criação e fortalecimento de redes de proteção de idosos é não somente recomendável, mas absolutamente necessário, especialmente considerando o fato de que o Brasil está vivenciando fenômeno de envelhecimento de sua população ante o aumento da expectativa de vida.

CONCEITO JURÍDICO – *Como são as estatísticas da violência sofrida por crianças?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – As crianças constituem grupo de especial vulnerabilidade em nossa sociedade, pois se reveste de muitos rostos e formas: abuso físico, abuso sexual, negligência, abuso emocional, dentre outros. As estatísticas são assustadoras. A cada cinco minutos uma criança morre de violência; cerca de um bilhão de crianças - mais da metade de todas as crianças de 2 a 17 anos - tenha sofrido violência emocional, física e/ou sexual; uma em cada 10 meninas - 120 milhões - com menos de 20 anos de idade foi submetida a atos sexuais forçados; praticamente uma em cada 10 crianças 250 milhões em todo o mundo - vive em um país afetado por conflitos.

CONCEITO JURÍDICO – *E como são os desdobramentos dos danos psíquicos numa criança?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – A violência pode causar danos psíquicos irremediáveis para a saúde física, psicológica e mental de uma criança. Sem apoio e cuidados adequados, a violência e o trauma podem ter efeitos a longo prazo no desenvolvimento da criança e na vida futura. Da mesma forma, as crianças que sofreram violência também são mais propensas a perpetuar o círculo de violência, transmitindo padrões de violência aos seus pares ou às futuras gerações.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o recado que a Sr^a deixa para nossos leitores?*

CELESTE LEITE DOS SANTOS – Urge a conscientização da violência contra crianças em nossa sociedade, para que tenhamos adultos saudáveis, comunidades e sociedades saudáveis. **C**

Controle de doenças versus direitos fundamentais

■ POR SANDRA FRANCO

“Apesar da intenção do Estado em separar as crianças para que elas ficassem saudáveis, elas foram privadas de tudo aquilo que uma criança não pode ser privada, como a perda de sua história afetiva, de suas origens, do carinho dos pais, para que se transformassem em adultos confiantes e seguros. Justificável, portanto, em nome dessa perda afetiva, que o Estado indenize essas pessoas.”

Em tempos de medidas drásticas para se controlar uma possível epidemia do coronavírus e o estudo de normas para regular quarentena no Brasil, chama atenção uma notícia. Familiares de doentes hanseníase venceram, depois de quatro anos, uma batalha jurídica que assegurou uma indenização por dano moral pelo afastamento compulsório de seus entes na década de 60.



Uma lei federal permitia que o governo brasileiro segregasse filhos sadios de pais, pacientes com hanseníase, em locais conhecidos como preventórios (orfanatos e educandários), uma espécie de orfanato para crianças com pais vivos. Os pais ou parentes eram levados para os chamados hospitais colônias. Essa separação provocou, em um série de famílias, marcas indelévels.

Em março de 2015, dois irmãos entraram na Justiça do Rio Grande do Sul pedindo à União uma indenização por danos morais, iniciando uma batalha judicial que passaria por três instâncias e levaria quase quatro anos. Isso porque, no final de 2018, o Superior Tribunal da Justiça (STJ) decidiu que o caso configura “um quadro de alienação parental forçada por políticas governamentais equivocadas” e que a União deverá indenizar os irmãos em R\$ 50 mil cada. A decisão transitou em julgado e não cabe mais recurso.

Os autores da ação tornaram-se, assim, os primeiros filhos segregados pela extinta política de hanseníase brasileira a ganhar na Justiça o direito a uma indenização da União. Importante ressaltar que é missão do Estado o controle de doenças visando à saúde e que se trata de um ato de interesse público. Mas, muitas vezes em nome do dever de cumprir essa missão, as normas ultrapassam direitos individuais constitucionalmente garantidos - o que aconteceu nesse caso em especial.

Sabe-se que a hanseníase é uma doença há muito tempo diagnosticada, existem relatos na própria bíblia de sua existência, que era chamada doença de Lazaro, um conhecido personagem do cristianismo. E, desde àquela época, estiveram presentes políticas segregacionistas com o objetivo de tratamento e de controle dessa doença. No Brasil não foi diferente: houve políticas públicas com escopo de isolar os portadores da doença de pessoas saudáveis para evitar ou diminuir o risco de contágio. Existiram algumas leis que impuseram essa medida de separação, para que não houvessem mais pacientes contaminados. Tal era o preconceito gerado pela então ausência de cura e desconhecimento sobre a forma de contágio da doença, que até as casas dos infectados eram queimadas.

Relevante dizer que, apesar de o Estado obrigar o isolamento dessas pessoas, comprovado por registros levantados pela própria associação de pacientes de hanseníase, não eram criadas condições para que esses doentes fossem realmente tratados ou tivessem uma vida digna. Eles eram privadas de sua família de origem, de seu trabalho e de educação. Há relatos de abuso físico e moral.

Na década de 50, iniciou-se tratamento o uso da sulfona, que permitiu a recomendação de tratamento ambulatorial e gradualmente a implantação de medidas para combater o preconceito em relação à doença. As incapacidades e deformidades dos pacientes com hanseníase contribuía para o aumento de isolamento do paciente, o qual, sentindo-se sem função na sociedade e sem importância para sua família, apenas sobrevivia e sofria.

O Decreto nº 16.300 de 31 de dezembro de 1923 afastava os filhos sadios do convívio familiar, ainda que no casal apenas um estivesse contaminado. Também o Decreto de nº 619/1949 dispunha que todo recém-nascido, filho de doente, deveria ser compulsória e imediatamente afastado da convivência dos pais.

Até 1962, o tratamento pela segregação era amparado pela lei; desta forma, não se pode dizer que havia ilegalidade nessa separação compulsória dos doentes em relação à vida em sociedade. A separação entre pais e filhos, eivada de dor e de traumas, representou um caso de alienação parental, sem dúvida. Afinal, o Estado

não deu condições a essas famílias de conviverem, enfrentando a doença e o preconceito social juntos. Alguns bebês foram adotados, sem que houvesse registro dos pais naturais.

Os bebês eram levados para orfanatos e outras instituições, com a intenção de que sua saúde fosse preservada; ao menos, a saúde do corpo. Ocorre que, a partir de 1962, essa política de segregação deixou de ser uma política estatal. Pelo contrário, as medidas que implicassem de alguma forma, numa quebra de unidade familiar ou desajustamento ocupacional, no qual a pessoa deixasse de trabalhar por conta da doença ou que gerassem outros problemas sociais deveriam ser evitadas.

Nos anos 70, teve início a campanha pela mudança do nome no Brasil. Em 29 de março de 1995, foi promulgada a Lei 9.010, pela qual se vedou o uso da palavra “lepra” nos documentos oficiais, como forma de diminuir a discriminação.

Fato é que muitas crianças foram afastadas de seus pais quando já existia uma lei dispondo que o isolamento obrigatório não deveria ocorrer. Ou seja, passou a ser um ato ilícito e, sem dúvida, imoral. No referido processo, as crianças estavam isoladas de seus pais sem o amparo da lei. Pior constatar que, apesar da intenção do Estado em separar as crianças para que elas ficassem saudáveis, elas foram privadas de tudo aquilo que uma criança não pode ser privada, como a perda de sua história afetiva, de suas origens, do carinho dos pais, para que se transformassem em adultos confiantes e seguros.

Justificável, portanto, em nome dessa perda afetiva, que o Estado indenize essas pessoas. Importante que se diga que o reconhecimento de que houve violação sistemática desses direitos civis partiu do próprio Estado que, em 2007, editou a MP 373, após convertida na Lei nº 11.520, que dispõe sobre a concessão de pensão mensal e vitalícia às pessoas acometidas pela hanseníase e que foram submetidas ao isolamento e à internação compulsória. Vale frisar que essas pessoas também foram submetidas a violências e trabalho escravo, pois eram obrigados a trabalhar onde eram acolhidas, nos chamados hospitais colônias. Impressiona a informação do Movimento de Reintegração de Pessoas atingidas pela hanseníase de que ainda havia a internação compulsória até 1986.

Ou seja, manteve-se acesa a chama política de segregação como política de saúde pública. Como explicar que houve por mais de 20 anos essa política de saúde pública sem amparo legal?

Enfim, se a lei já reconhece ter havido abusos, é justo que o Estado também indenize os familiares dessas pessoas, que ficaram longe de seus entes queridos. Claro que não é possível compensar de outra forma, que não seja dando um conforto financeiro nesse momento.

Todas as mazelas sociais e psíquicas não poderão ser supridas por qualquer valor que seja o da indenização. Entretanto, é uma forma de se alertar para que novas políticas públicas que venham a ferir a tutela dos direitos individuais em nome do interesse público não acabem por se mostrar, futuramente, um campo fértil de violação de direitos humanos. 



SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, doutoranda em Saúde Pública, MBA/FGV em Gestão de Serviços em Saúde, ex-presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP), membro do Comitê de Ética para pesquisa em seres humanos da UNESP (SJC) e presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde.

Mais impostos na bebida, mais informalidade, produtos contaminados, contrabando e concorrência desleal

■ POR PERCIVAL MARICATO

“Se existe pecado no país ele está na cruel e burra distribuição de renda, que o governo tem que tratar com sensibilidade (excesso de miseráveis, sem comida, sem teto) e racionalidade (sem mercado não existe desenvolvimento), e não usá-la para justificar agressões ao meio ambiente. Nunca no chopinho.”

É difícil fazer reforma tributária em um país em crise econômica e social quase que permanente, onde o governo (municípios, estados e União), no passado, presente e futuro gastam mais do que arrecadam e querem cada vez mais. A carga de impostos já ultrapassa 35% do PIB. E poderosos setores econômicos pressionam por redução do que pagam (muitos justificadamente),



enquanto não há apetite por taxar, minimamente que seja, grandes fortunas, heranças ou o 1% mais bem aquinhoado na partilha do bolo.

Mas como deve haver redução da carga para setores que pressionam e o governo quer mais, (em vez de cortar custos), então só resta procurar vacas leiteiras para pagar a conta. Uma delas poderá ser o setor de bebidas alcoólicas, mais uma vez. E para que o aumento de impostos seja palatável à opinião pública, o Ministro Paulo Guedes o chama de “taxa do pecado” e os parlamentares que apoiam a proposta dizem que a bebida está entre os produtos com “externalidades negativas”, merece imposto seletivo, ao lado do cigarro e dos que contém açúcar.

Neste ponto, é importante expor como as coisas realmente são: Produtor e consumidor pagam por uma garrafa de cachaça 81,87% de impostos, de cerveja 55,6%, de vinho nacional 64% e do importado 69%. O refrigerante, que também poderá ser vítima, já paga 46%. Em um simples chopinho pagamos 42,20% de imposto, mais alto que qualquer colarinho branco. E todos sabem da qualidade dos serviços com que o governo retorna, quando retorna.

DE “AL CAPONES” E LEI SECA

Novos aumentos poderão resultar em desarranjos nesse importante mercado, como aconteceu com o do cigarro: bem mais de 50% dos maços vendidos no país são contrabandeados e o governo vem recebendo tanto menos quanto mais aumentou os impostos, isso sem contar o que gasta para tentar conter o contrabando, polícia federal, criminosos em prisões etc.

O mesmo vale para bebidas: mais impostos, mais informalidade, mais produtos contaminados, mais contrabando e concorrência desleal, de quebra, mais máfias e “Al Capones”. E tem um agravante: informalidade é um risco enorme para o consumidor de bebidas, pois centenas de fabriquetas passarão a funcionar em fundos de quintais, já que haverá centenas de milhares de bares atrás do produto. Se uma fábrica de cerveja de Belo Horizonte, ultra bem cuidada, comete erros...

Parece que o Ministro esqueceu da Curva de Lafer ou das lições da Lei Seca, pois algo parecido pode acontecer no Brasil devido ao saco sem fundos da carga tributária.

O ÓDIO, A LIBERDADE DE ESCOLHA E A FELICIDADE

As pessoas bebem, em geral, quando estão felizes, em companhia de amigos, por divertimento, descontração, comemoração da vida, especialmente chope, caipirinha, bebidas agregadoras, comunitárias. Elas estimulam momentos de amizade, felicidade e vice-versa. Com raras exceções, bebe-se com responsabilidade. Exceções fazem mal em qualquer área, devem ser punidas se for o caso. Pois parece que há gente que generaliza exceções e detesta os prazeres do bar e da bebida, não gosta e não quer que os outros gostem, querem detonar o constitucional direito de escolha, a liberdade de se sentar em uma mesa e tomar um chopinho, a preço ainda acessível para uma boa parte da população, querem restringi-lo a faixa menor de renda, torna-lo carne de primeira. Não por outro motivo, leis tentando restringir ou onerar o funcionamento de bares são tiradas das cartolas mágicas de burocratas e parlamentares regularmente. Sempre os apontando como atividade de pecadores para pecadores.

De fato, o bar é a praia do povo brasileiro, divã do psicólogo, escritório das almas, sempre de portas abertas para quem o quiser, estímulo ao que nos restou de poesia, uma das esperanças para se tirar as pessoas do isolamento estimulado pelas dificuldades da vida moderna, pelo celular, pela TV, com seus filmes violentos e sua publicidade chata, embrutecedora, deletéria, uma das atividades que ajuda a nos manter humanizados.

A esperança de manter-nos reunidos no futuro, em torno de uma mesa, jogando conversa fora cantando, comemorando eventos felizes, reforçando a sociabilidade, a sensibilidade, em vez de ficar enviando mensagens de ódio ao outro pelo *WhatsApp*. *Savoir vivre*, *carpe diem*, happy hour, mais Dionísio e menos Apolo, o bar é um altar de outro tipo, tem outros cultos. E os drinques são fundamentais para isso, para o bar, que não existiria sem as bebidas. Sua razão de ser, sua maior atração. A ameaça de demonizar a bebida é dirigida diretamente contra a existência do bar, dos prazeres do bar, contra a pessoa humana em sua autonomia. Igualmente seria o resultado pela via indireta do aumento de impostos sobre bebidas. É no mínimo elitizar este que ainda se mantém como uma acolhedora segunda casa dos brasileiros, de todos, sem distinção, um lugar sem um único preconceito.

MAIS DE DEZ MILHÕES SERVINDO MAIS DE CENTO E CINQUENTA MILHÕES

O que se espera é, pois, se mantida a intenção de taxar a bebida, movimento de resistência do setor econômico, menos *low profile* da indústria, da população, do comércio, dos que sabem da importância do bar para o turismo, das pessoas que não querem participar do pensamento de que este mundo é um vale de lágrimas, onde é preciso sofrer para merecer o céu, que na vida tem que trabalhar, que o governo tem que ser teocrata e intervir na vida dos cidadãos como se estes não soubessem o que querem, que tudo que diverte seja pecado.

Se um brasileiro trabalha cinco meses do ano para pagar impostos, o chopista terá que pagar seis? Bar e chopinho vai ser como carne de primeira, acessível apenas por minorias?

O setor de bares e restaurantes tem um milhão de estabelecimentos, mais de dois milhões de pequenos empresários, sem falar no outro tanto de empreendedores e empregados de fornecedores, especialmente de bebidas, prestadores de serviços, ao qual se pode somar mais de cento e cinquenta milhões de brasileiros consumidores. Em todas as pesquisas é apontado ao lado de restaurantes como a maior atração, tanto por turistas domésticos como internacionais, o mais procurado e o mais bem avaliado. Tem que ser preservado de mais impostos, de leis onerosas e restritivas e muitas demagógicas.

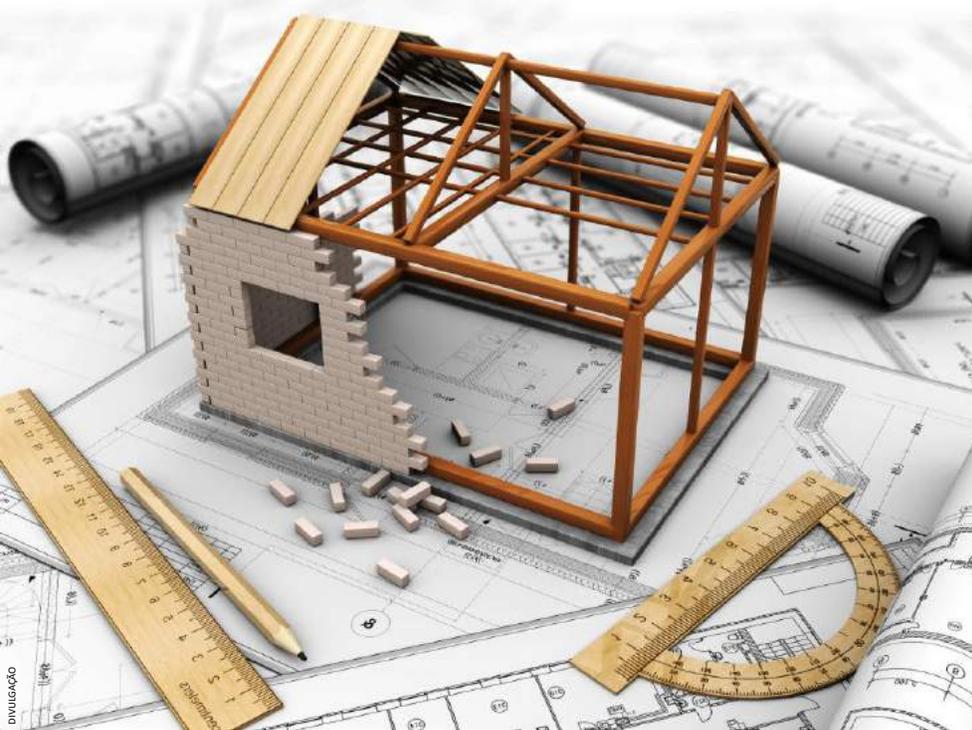
A sociedade, os donos de bares, os chopistas, esses milhões de brasileiros, não podem aceitar essa danação. Se existe pecado no país ele está na cruel e burra distribuição de renda, que o governo tem que tratar com sensibilidade (excesso de miseráveis, sem comida, sem teto) e racionalidade (sem mercado não existe desenvolvimento), e não usá-la para justificar agressões ao meio ambiente. Nunca no chopinho. 



PERCIVAL MARICATO é Advogado e Presidente da Abrasel – Associação de Bares e Restaurantes de SP.

A inconstitucionalidade e os riscos da revogação da prerrogativa da atuação em arquitetura e urbanismo

■ POR BIANCA CANZI



“Um arquiteto tem a reserva de mercado justamente para garantir a saúde e segurança das obras. Assim, ao debater tal tema, é necessário pensar bem nas consequências de tal mudança. Ao abrir a possibilidade para qualquer cidadão comum, o risco social seria inimaginável.”

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) 9.818/18, de autoria do deputado federal Ricardo Izar (PP/SP), que prevê revogar a prerrogativa do Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU) em definir a área privativa de atuação dos arquitetos e urbanistas, assim como as áreas de atuação compartilhada. Na prática, este Projeto de Lei prevê que diversas outras categorias profissionais poderiam exercer atividades hoje atribuídas unicamente aos arquitetos e urbanistas. Este projeto se baseia nos princípios da reserva legal e da liberdade do exercício profissional. O referido texto foi aprovado recentemente na Comissão do Trabalho, Administração e Serviço da Câmara dos Deputados e, agora, será apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Ocorre que esse projeto fere os princípios constitucionais, visto que a Constituição Federal prevê que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O trabalho do arquiteto e urbanista está muito bem regulamentado pela Lei nº 12.378, de 31 de dezembro de 2010, onde se faz necessário ter o diploma de graduação em arquitetura e urbanismo, obtido em instituição de ensino superior oficialmente reconhecida pelo poder público, para poder exercer essa profissão.

Fica nítido, portanto, que essa proposta é inconstitucional. Assim, caso seja aprovada, ensejará uma insegurança jurídica para o nosso ordenamento jurídico. Além do mais, a aprovação desse projeto de lei pode interferir drasticamente na vida dos arquitetos e urbanistas, visto que investiram tempo e dinheiro para sua formação e, de um dia para o outro, “qualquer” pessoa poderia atuar como tanto.

Um dos argumentos contrários ao projeto, entre arquitetos e urbanistas, é que os profissionais da área possuem a experiência necessária adquirida por conta de sua formação profissional para a atuação em questão. Em contrapartida, autorizar outros profissionais não capacitados a realizarem trabalhos nessas áreas colocaria em risco não apenas a profissão, mas também ameaçaria a segurança, a saúde e a meio ambiente. Há a ocorrência de profissionais não capacitados, que cobram mais barato diminuindo drasticamente a qualidade, de forma que prejudica o trabalho do arquiteto e urbanista.

Desta forma, além de ser um projeto incompatível com as leis do nosso ordenamento jurídico, seria uma medida extremamente prejudicial aos profissionais da área. Um exemplo claro seria a permissão de uma pessoa que não fez a graduação de Direito poder exercer as funções de um advogado, profissional que passou por uma graduação universitária e pelo exame do órgão responsável por regulamentar a profissão, no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Há, aqui, inequívoca invasão à regulamentação da profissão, que traz riscos à sociedade. Isto porque, um arquiteto tem a reserva de mercado justamente para garantir a saúde e segurança das obras. Assim, ao debater tal tema, é necessário pensar bem nas consequências de tal mudança. Ao abrir a possibilidade para qualquer cidadão comum, o risco social seria inimaginável. 



BIANCA CANZI é Advogada especialista em Direito do Trabalho.



Thais Pinhata

Importunação sexual: arma pouco utilizada no combate à violência contra a mulher no carnaval

A chegada do carnaval traz para as mulheres que optam por aproveitá-lo nas ruas uma única certeza: o assédio, seja em si, seja em outras. Uma profusão de beijos forçados, toques inadequados e sem consentimento, e as famosas encoxadas dividem espaço com purpurina, confete e serpentina, porém, poucas são as mulheres que sabem quais providências podem ser tomadas caso sejam vítimas dessas práticas.

Tantos são os casos registrados nesse período que as cidades onde o fluxo de foliões é maior costumam realizar campanhas de conscientização específicas para o período, além de disponibilizar postos extras para denúncia e acolhimento de vítimas. Dados da extinta Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro indicam, por exemplo, que na cidade os casos registrados de assédio e violência contra a mulher chegaram a marca de uma ocorrência a cada três minutos em 2019. Em São Paulo, conforme informou a Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania, os também altos índices de violência levaram à criação do programa “anjos do carnaval”, em que agentes serão destacados exclusivamente para o

trabalho de prevenção ao assédio no carnaval deste ano, a cidade contará ainda com o já conhecido Ônibus Lilás, unidade móvel da Coordenação de Políticas para as Mulheres, que prestará atendimento imediato e encaminhamentos a mulheres vítimas de violência.

Ainda que assustadoramente altas, as taxas são incapazes de traduzir a realidade dada à enorme taxa de subnotificação de casos de assédio, sobretudo daqueles casos em que pela inexistência de violência física acabam sendo encarados apenas como um mal entendido ou um mau a ser suportado. Como parâmetro de comparação, mesmo no estupro, onde há obrigatoriamente há a presença de violência física ou psicológica, nos dados apresentados na mais recente Pesquisa Nacional de Vitimização, de 2013, verifica-se que apenas 7,5% das vítimas de violência sexual registram o crime na delegacia, em outras palavras, por quaisquer que sejam os motivos, 92,5% dos casos não serão relatados.

Esta será a segunda edição do Carnaval em que convencionou-se chamar popularmente por assédio sexual será tipificado como crime, devido à Lei da Importunação Sexual. A medida alterou o Código Penal, acrescentando o artigo 215-A, segundo o qual é crime “praticar contra alguém ato libidinoso, e sem autorização, a fim de satisfazer desejo próprio ou de terceiro”. A pena prevista é de 1 a 5 anos de prisão, não permitindo, portanto, o arbitramento de fiança em sede policial.

Para que haja crime é indispensável que haja a prática de ato libidinoso, isto é, deve haver toque, seja em si, seja na vítima com fim específico de satisfação da libido. Importante saber que as cantadas, por mais agressivas ou inapropriadas que possam ser não caracterizam o crime, podendo, entretanto, caracterizar outras violações tais como o crime de injúria ou a contravenção de perturbação da tranquilidade.

Caso seja vítima, a pessoa deve procurar as autoridades policiais para fazer a denúncia, que também poderá ser feita pelos telefones 190 e o Disque 100, ainda que o ideal, nesses casos, seja o flagrante. No carnaval, a melhor opção é buscar os guardas municipais e policiais destacados para o serviço de rua imediatamente. Na impossibilidade de encontrá-los, é interessante que sejam feitos fotos, vídeos e anotados os nomes e contatos de possíveis testemunhas.

Em alguns casos é possível que haja material biológico, tal como o produto da ejaculação, sendo indicado que a vítima compareça o mais rápido possível à uma delegacia para que seja procedida a coleta do material e, se necessário, feito o encaminhamento para realização de tratamento profilático contra eventuais doenças sexualmente transmissíveis e de acompanhamento psicológico, ambos oferecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde.

Como sociedade, nos resta vigilar e, em sendo testemunhas destes atos, colaborar com suas vítimas. Resta ainda a cobrança para a criação de sistemas de acolhimento de vítimas de crimes sexuais, bem como de soluções propositivas para seus agressores que não passem exclusivamente pela prisão, mas também pela educação e conscientização de seus autores sobre os efeitos nefastos destes atos e de tantos outros atos que, naturalizados pelo machismo estrutural de nossa sociedade, atentam diretamente contra a liberdade sexual de suas vítimas, sobretudo, das mulheres. 

Abuso de autoridade: Chave de leitura para a alma ou o centro nevrálgico da lei

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“Sem o elemento subjetivo específico previsto no artigo 1º, § 1º, ou havendo abrigo na excludente de tipicidade do § 2º, do mesmo dispositivo, inexistente crime de abuso de autoridade. E isso é um grande contributo à higidez do nosso ordenamento jurídico penal, especialmente no que remete a um equilíbrio entre a contenção de excessos e a insuficiência protetiva do sistema.”

O art. 1º da Lei nº 13.869/19¹ expõe o objetivo das normas que a compõem, qual seja, o de incriminar as condutas constitutivas de “Abuso de Autoridade” por parte de “agente público”.

A primeira conclusão é a de que os crimes da Lei 13.869/19 são “próprios”, somente podendo ter por sujeito ativo “agente público”. Quando a legislação menciona que esse agente pode ser “servidor ou não”, isso significa que efetivamente se está adotando o conceito administrativo de agente público, que é bem mais amplo do que aquele de “funcionário público” ou “servidor público”, de forma que mesmo um indivíduo que exerça alguma função pública sem remuneração ou vínculo estatutário ou empregatício com o Estado, pode ser considerado sujeito ativo. Em um exemplo, mesmo um Conselheiro Tutelar em uma cidade em que a função não seja sequer remunerada e, como se sabe, é temporária, poderá praticar crimes de abuso de autoridade. Também o poderá, por exemplo, um estagiário do Ministério Público, do Judiciário ou de uma unidade policial. Note-se que não seria um “funcionário público”, mas seria um “agente público”.

Conforme leciona Andrade:

“Agentes públicos são todas as pessoas que, de forma definitiva ou transitória, remuneradas ou não, servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade”.²

Resta claro que embora sejam crimes próprios, o conceito de “agente público” é amplo, assim como ocorre no Código Penal (artigo 327) quando conceitua “funcionário público” para fins penais, correspondendo à definição de “agente público”.³

Portanto, a Lei 13.869/19 segue a tradição do ordenamento jurídico brasileiro que adota um “sentido amplo de funcionário público, correspondente ao conceito doutrinário de agente público, que é toda pessoa física que, definitiva ou transitariamente, exerce alguma função estatal”.⁴

Os crimes de “Abuso de Autoridade” são espécies de “crimes funcionais” e a doutrina costuma dividir os crimes funcionais em “crimes funcionais próprios” e “crimes funcionais impróprios”. Não se deve confundir essa classificação dos “crimes funcionais”, que são todos “próprios”, com outra classificação, que diz respeito a crimes “próprios” e crimes “comuns”. Note-se, nesta última classificação, todo crime funcional é “próprio” e não “comum”, porque tem de ser cometido por “agente público”; exige, portanto, uma especial qualidade do sujeito ativo. Isso nada tem a ver com a classificação específica que subdivide os “crimes funcionais” (sempre próprios, na dupla próprio/comum) em “crimes funcionais próprios” e “crimes funcionais impróprios”.

Segundo ensinamento de Mirabete e Fabbrini:

Distinguem-se na doutrina os crimes funcionais *próprios* dos *impróprios*. Os primeiros têm como elemento essencial a função pública, indispensável para que o fato constitua infração penal. Sem ela a conduta seria penalmente irrelevante. São os casos de crimes de concussão, excesso de exação, prevaricação, corrupção passiva etc. Os crimes funcionais impróprios são os que se destacam apenas por ser o sujeito ativo funcionário público. Se o agente não estivesse revestido dessa qualidade o crime seria outro. O peculato nada mais é do que uma apropriação indébita praticada em decorrência da função pública...⁵

De acordo com essa classificação, os crimes de abuso de autoridade seriam, em sua maioria, espécies de “crimes funcionais impróprios”, tendo em vista que as condutas descritas nos diversos tipos penais, acaso cometidas por pessoa que não seja funcionária pública não seriam fatos atípicos, mas crimes comuns, tais como sequestro e cárcere privado, constrangimento ilegal, lesões corporais, contravenção penal de vias de fato, crimes contra a honra etc. Há exceções em que são os crimes de abuso de autoridade crimes funcionais próprios, sempre que a conduta seja atribuição ou competência especial de um determinado agente público muito específico, tais como Delegados de Polícia, Juízes de Direito etc. Dessa forma, a mesma conduta praticada por particular é irrelevante criminalmente. Por exemplo, a obrigação de comunicar a prisão de alguém ao judiciário (artigo 12, da Lei de Abuso de Autoridade). O particular não comete crime algum se não faz essa comunicação, eis que não é seu mister.

Reitere-se que essa classificação dentro da qualidade de “crime funcional” não afasta a qualidade de “crime próprio” dos delitos de abuso de autoridade. Somente “agentes públicos” podem ser sujeitos ativos. Aquele que não é “agente público” somente poderá cometer crime de abuso de autoridade, acaso atue em concurso com um agente público, de acordo com o disposto nos artigos 29 e 30 do Código Penal, tal como ocorre de resto com todos os crimes funcionais e crimes próprios em geral.⁶ É claro que para que o “extraneus” responda pelo crime funcional, ele deve ter consciência de que atua em concurso com um “agente público”, eis que vigora em nosso sistema penal a responsabilidade subjetiva (inteligência do artigo 19, CP). Acaso o “extraneus” não saiba que atua com funcionário público, responderá normalmente por crime comum.

No caso específico dos crimes de abuso de autoridade não será suficiente a qualidade de agente público do sujeito ativo. Necessário é que seja um agente que emprega alguma parcela, ainda que pequena, do poder público. Um agente público não dotado de qualquer parcela do poder público equivale a um particular, pois que não poderá abusar daquilo que não tem. Ele então, somente poderá responder por Abuso de Autoridade em concurso com outro agente público dotado de poder ou autoridade, jamais de forma autônoma.

Neste sentido continua válido o ensinamento de Gilberto Freitas e Vladimir Freitas, comentando a revogada Lei nº 4.898/65:

Mas, mesmo sendo funcionário público ou a ele assemelhado, tal circunstância, por si só, não será bastante para se reconhecer a figura da autoridade. Para tanto será necessário que o agente detenha uma parcela do poder de correção.

Realmente, somente poderá ser considerada autoridade, (...) o agente que no exercício de um cargo, emprego ou função pública, ainda que transitoriamente, tiver capacidade de determinar, de subordinar ou de se fazer obedecer.⁷

Tanto é assim que autores que já comentam a novel legislação seguem a mesma orientação:

Importante frisar, ab initio, como já deixamos antever, que só se abusa daquilo que tem, ou seja, somente pratica o abuso de poder o agente que, antes, detinha o poder, mas que dele abusou, conforme esclarece a última parte do caput do art. 1º da lei em

estudo, quando menciona o fato de ter o agente abusado do poder que lhe tenha sido atribuído”.⁸

Por exemplo, digamos que um prestador de serviços gerais de limpeza contratado pela administração pública se desentenda na repartição com um cidadão e o agrida fisicamente. Não responderá por nenhuma modalidade de abuso de autoridade, mas por crime de lesão corporal ou contravenção penal de vias de fato, conforme o caso. Isso porque, na qualidade de prestador de serviços gerais de limpeza, embora atuando em prestação de serviço para o Estado e podendo ser considerado formalmente um “agente público”, não tem, porém, qualquer parcela de autoridade ou poder da qual possa abusar. Por outro lado, “agentes públicos” como Promotores de Justiça, Juízes de Direito, Policiais em Geral, Delegados de Polícia, Agentes de Trânsito, Guardas Municipais entre outros, são certamente dotados de menor ou maior parcela do poder público, podendo perfeitamente abusar de suas funções e incidir na incriminação especial da Lei 13.869/19.

Enfim, o “abuso de autoridade ou de poder” ocorrerá “quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassar os limites de suas atribuições ou se desviar das finalidades administrativas”.⁹

O art. 1º da Lei nº 13.869/19 é cristalino neste aspecto. Afirma que incorre em suas penalidades o agente público que perpetre abuso no exercício efetivo das funções ou a pretexto de exercê-las, ou seja, podendo estar no exercício inicialmente legítimo de suas atribuições ou competências ou mesmo desviando-se delas. Assim sendo, são previstas as duas espécies do gênero “abuso de poder ou de autoridade”, quais sejam, o “excesso de poder” ou o “desvio de finalidade”.¹⁰

Superadas essas questões, partimos para o que podemos chamar do “centro nevrálgico” da novel legislação de abuso de autoridade, aquilo sem o que os tipos penais descritos no decorrer do diploma, em uma alegoria religiosa ou espiritualista seria o correspondente a um “corpo sem alma”, ou, para aqueles mais afetos à imanência ou ao materialismo, um “corpo em estado de morte encefálica”, em suma, um verdadeiro “cadáver jurídico”.

O que dá vida a todos os tipos penais previstos nessa legislação é o elemento subjetivo específico previsto no § 1º do art. 1º. Os crimes de abuso de autoridade, a exemplo do que já ocorria na revogada Lei nº 4.898/65, são informados pelo dolo, não existindo modalidade culposa.

Como se sabe, o dolo pode ser genérico ou específico. Normalmente “os fins particulares que podem ter levado a pessoa a agir não são (...) considerados como elementos constitutivos da noção de dolo”. Eis o dolo genérico. Quando, porém, “a lei adota um determinado fim ou um determinado escopo como elemento constitutivo do crime, estamos no campo do dolo específico”.¹¹

Pois bem, os crimes de abuso de autoridade são necessariamente informados pelo *dolo específico* previsto no art. 1º, § 1º da Lei nº 13.869/19 e sem essa especial finalidade de agir não subsiste crime algum de abuso de autoridade.

Todas as condutas previstas como abuso de autoridade pela Lei 13.869/19 devem ser cometidas pelo agente público com o especial fim de:

- a) Prejudicar outrem;
- b) Beneficiar a si mesmo ou a terceiro;
- c) Por mero capricho ou satisfação pessoal.

Isso significa que ainda que alguém possa se sentir vítima de um abuso por parte de qualquer autoridade, se não ficar comprovada alguma dessas finalidades específicas, não haverá crime. Esse dolo específico componente obrigatório de todos os delitos da lei em destaque, impede a responsabilização penal culposa e mesmo o chamado dolo eventual. Somente o dolo direto e específico será viável a conformar o abuso de autoridade. Se o agente público atua considerando sua conduta como lícita, ainda que esteja enganado, se não age com má fé explícita e escancarada, inexistente crime.

No mesmo sentido se manifestam Greco e Cunha:

Talvez com o fim de espancar algumas pertinentes críticas, logo no seu artigo inaugural, a Lei 13.869/19 anuncia que a existência do crime depende de o agente comportar-se abusivamente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Eis o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores, *restringindo o alcance da norma de tal forma que, a nosso ver, o dolo eventual fica descartado* (grifo nosso).¹²

E mais adiante, sobre a questão da culpa:

Por fim, advertimos que não existe infração penal culposa. A ocasional negligência na atuação funcional poderá caracterizar ato ilícito civil e/ou administrativo, punido na seara extrapenal.¹³

Na verdade, embora se tenha criticado a legislação como um imbróglio surgido em meio ao atingimento de uma casta privilegiada de criminosos de colarinho branco, visando à intimidação e engessamento das autoridades estatais, a verdade é que se essa intenção escusa existia (e tudo indica que sim), acabou se tornando uma espécie de “tiro no pé”, já que a comprovação desses elementos subjetivos específicos em todo caso concreto será bastante dificultosa, tornando quase inviável a responsabilização de autoridades pelos crimes da lei, salvo em casos gritantes. E afinal, ninguém pode realmente ser a favor de que uma autoridade pública atue com essas finalidades espúrias e permaneça impune ou ainda que seus atos sejam válidos. Esse diagnóstico sobre a dificuldade de comprovação do dolo específico nos casos concretos leva o autor Guilherme de Souza Nucci e entender que a nova legislação “blinda” ainda mais os agentes públicos com relação a eventual responsabilização criminal por abusos.¹⁴

Outro aspecto relevante é que o legislador merece o reconhecimento por haver tomado as cautelas necessárias para evitar a possibilidade de punição de qualquer agente público pelo chamado “crime de hermenêutica”. Isso é operado nos termos do § 2º. do artigo 1º. da Lei 13.869/19.

Ao afiançar que “a divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”, o legislador impediu que quando agentes públicos, no exercício de suas funções, fundamentadamente, praticarem atos que considerem legais, segundo sua interpretação razoável, não possam ser responsabilizados criminalmente, ainda que haja alguma reforma ou revisão de suas decisões antecedentes. Afinal, “interpretar não pode ser caracterizado como *crime de hermenêutica*”.¹⁵

Suponha-se, por exemplo, que um Promotor de Justiça ofereça uma denúncia e esta venha a ser rejeitada pelo Juiz e, mesmo diante de Recurso em Sentido Estrito, a decisão judicial seja corroborada. Imagine-se mais: a conduta apontada como criminosa pelo Promotor foi considerada como fato nitidamente atípico pelo Judiciário, razão pela qual a denúncia não foi recebida. Não havendo comprovação de dolo específico já mencionado e se tratando de questão passível de controvérsia jurídica, não há falar em ato abusivo. O mesmo poderia ocorrer no caso de uma Prisão em Flagrante lavrada pelo Delegado de Polícia, a qual é relaxada pelo Juiz, por exemplo, por reconhecimento de atipicidade da conduta do preso. Ora, se a Autoridade Policial agiu com base em seu convencimento jurídico, ainda que divergente do Judiciário e do Ministério Público, ainda que embasada em corrente doutrinária e jurisprudencial minoritária, esse entendimento jurídico não configurará crime. E não poderia jamais configurar, sob pena de não somente manietar as autoridades públicas em geral, como também de tornar o próprio Direito uma espécie de bloco dogmático imutável e insuscetível de interpretação e análise crítica, até mesmo de adequação a casos concretos distintos em algum ponto de uma tese já conformada de forma pacífica.

Não se pode deixar de transcrever a lição de Rui Barbosa, conhecido precursor da crítica aos chamados “crimes de hermenêutica”. O texto se refere aos magistrados e às consequências que surgiriam da reforma de suas decisões que não se adequassem a um determinado pensamento, mas é válida para todo agente público no limite de suas atribuições:

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o juiz os *crimes de hermenêutica*, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea (...). Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo (grifo nosso).¹⁶

A lição é preciosa e válida, como já dito, não somente para os Juízes, mas para todo agente público, no limite de suas atribuições, que necessite aplicar normas legais e interpretá-las em seu dia a dia.

Grego e Cunha chamam a atenção para a já corrente discussão quanto à natureza jurídica do § 2º do art. 1º da Lei nº 13.869/19:

Já se discute na doutrina a natureza jurídica do § 2º do art. 1º. Para uns, trata-se de causa excludente de ilicitude. Ousamos discordar. Essa corrente opera em evidente equívoco. É que, se o citado parágrafo exclui a ilicitude, então foi confirmada a tipicidade. Presente a tipicidade, forçoso concluir que o agente ou autoridade agiu (ou não agiu) com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro,

ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Parece desarrazoado. Entendemos, com o devido respeito, que o § 2º. exclui o dolo caracterizador do crime. Não sem razão foi colocado logo em seguida, topograficamente, ao parágrafo que cuida da finalidade especial que anima o agente ou a autoridade. Logo, a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas exclui o dolo configurador do crime de abuso de autoridade.¹⁷

A nosso ver têm plena razão os autores supra mencionados. A conduta adequada ao § 2º é clara e evidentemente *atípica* e obviamente está dela totalmente afastado o dolo específico que compõe o elemento subjetivo do tipo. Exercita ali o agente público sua função legítima na interpretação e aplicação da lei e na avaliação dos casos com que concretamente se depara.

Na verdade por qualquer referencial teórico que se pretenda escolher a conclusão é pela exclusão da tipicidade.

A argumentação de Greco e Cunha, à qual nos filiamos, adere à chamada “Teoria Finalista”, com a configuração do dolo como elemento do tipo. Na dicção de Welzel, ao analisar o “tipo subjetivo” e o “dolo como elemento da ação finalista:

Toda ação consciente é levada pela decisão de ação, ou seja, pela consciência de que se quer – o elemento intelectual –, e a decisão de querer realiza-lo – o elemento volitivo. Ambos elementos juntos, como fatores criadores de uma ação real, constituem o dolo. A ação objetiva é a execução finalista do dolo. Esta execução pode ficar detida em seu estado inicial: na tentativa, aqui o dolo vai mais além do alcançado. Quando a decisão do fato é executada de maneira completa, até seu final, estamos diante do fato consumado. Aqui, todo o fato não é somente desejado com dolo, mas também realizado com dolo. O dolo é, em toda sua extensão, um elemento finalista da ação.¹⁸

Mas, se por acaso seguirmos o caminho da chamada “Teoria da Imputação Objetiva”, a conduta do agente público acobertada pelo disposto no § 2º, do art. 1º, da Lei nº 13.869/19, constitui certamente o que se chamaria de um “risco permitido”, elemento normativo constante dos tipos penais, cuja ausência conduz também à atipicidade. Entre correr o risco de que agentes públicos tomem decisões que eventualmente possam ser corrigidas por meio de recursos e reformas e engessar esses agentes, de modo a torná-los autômatos e até mesmo desprovidos de iniciativa humana no seu trato com os casos concretos, é indubitavelmente preferível assumir o risco de eventuais necessidades de correção. Como ensina Roxin:

O resultado causado pelo autor só deve ser imputado ao tipo objetivo se o comportamento do autor criar um perigo para o objeto da ação, não compreendido no risco permitido, e este perigo se realizar no resultado completo.¹⁹

Finalmente, se tomamos o rumo da chamada “Tipicidade Conglobante”, novamente se chega à inevitável conclusão de que a conduta albergada no § 2º do art. 1º da Lei de Abuso de Autoridade é fato atípico. Afinal, ao agente público não somente é permitido solucionar fundamentadamente, com base

em sua interpretação das normas, cada caso concreto que se lhe apresente. Também é sua obrigação legal e funcional assim agir, sob pena de responsabilização administrativa e até mesmo penal (v.g. prevaricação, condescendência criminosa etc.). Assim sendo, o ordenamento jurídico não somente permite tal conduta dos agentes públicos, como, analisado globalmente, determina essa espécie de conduta.

De acordo com o escólio de Zaffaroni e Pierangeli:

O juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. *A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas (...).

A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que *a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta* (grifo nosso).²⁰

Assim sendo, o agente público não comete fato típico quando atua sob o manto do disposto no art. 1º, § 2º, da atual Lei de Abuso de Autoridade.

Importa salientar, em conclusão, que sem esse elemento subjetivo específico previsto no artigo 1º, § 1º, ou havendo abrigo na excludente de tipicidade do § 2º, do mesmo dispositivo, inexistente crime de abuso de autoridade. E isso é um grande contributo à higidez do nosso ordenamento jurídico penal, especialmente no que remete a um equilíbrio entre a contenção de excessos e a insuficiência protetiva do sistema. 

NOTAS

- 1 Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.
§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.
§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.
- 2 ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 171.
- 3 COGAN, Arthur. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 104.
- 4 OLIVEIRA E COSTA, Paulo Sérgio de, OLIVEIRA, Willian Sampaio. *Direito Penal – Crimes contra a Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.
- 5 MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume III. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 274-275.
- 6 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 1113.
- 7 FREITAS, Gilberto Passos de, FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 86.

- 8 GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit., p. 16.
- 9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 90.
- 10 Op. cit., p. 91.
- 11 BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: RED Livros, 2000, p. 395.
- 12 GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit., p. 13.
- 13 Op. cit., p. 17.
- 14 NUCCI, Guilherme de Souza. Lei de Abuso de Autoridade blinda ainda mais o agente público. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico>, acesso em 16.12.2019.
- 15 MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 26.
- 16 BARBOSA, Rui. *Obras Completas*. Volume XXIII. Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 228.
- 17 GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit., p. 17.
- 18 WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas Romana, 2003, p. 119.
- 19 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 308.
- 20 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 436.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Premier Máxima, 2005.
- BARBOSA, Rui. *Obras Completas*. Volume XXIII. Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: RED Livros, 2000.
- COGAN, Arthur. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- FREITAS, Gilberto Passos de, FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7. ed. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume III. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Lei de Abuso de Autoridade blinda ainda mais o agente público. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico>, acesso em 16.12.2019.
- OLIVEIRA E COSTA, Paulo Sérgio de, OLIVEIRA, Willian Sampaio. *Direito Penal – Crimes contra a Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas Romana, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.





Nova Lei de Abuso de Autoridade: A diferença entre requisitar/instaurar procedimento investigatório de infração penal com a falta de qualquer indício (art. 27) e dar início à persecução penal sem justa causa fundamentada (art. 30)

■ POR JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR E MARCEL GOMES DE OLIVEIRA

“Procuramos exteriorizar a diferença entre instaurar procedimento investigatório de infração penal com a falta de qualquer indício e dar início à persecução penal sem justa causa fundamentada, lembrando que o intérprete e o operador do Direito deverão se cercar de cautelas até que se consolidem posições seguras sobre os temas que dão margem para discussões em Direito Penal.”

Entrou em vigor a Lei nº 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade) trazendo 02 (duas) novas figuras incriminadoras – objetos de exame do presente artigo – dentre tantas outras, a primeira consistente em requisitar/instaurar procedimento investigatório de infração penal com a falta de qualquer indício, e a segunda consistente em dar início à persecução penal sem justa causa fundamentada.

Vejamos inicialmente o art. 27, da Lei nº 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade) o qual incriminou a conduta de:

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

O delito em tablado é de natureza própria, logo, somente pode ser imputado ao agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território que tenha atribuição de requisitar ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa.

Para a configuração deste crime, o elemento subjetivo reclama dolo direto, acrescido elemento subjetivo específico de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. Pensamos que o dolo eventual tem sua abrangência praticamente inexistente, tendo em vista as especificidades do dolo específico (art. 1º, § 1º). Ademais, a punição da modalidade culposa é inviável já que carece de previsão legal.

Os núcleos verbais são *requisitar instauração* ou *instaurar*. Requisitar é exigir formalmente, demandar, requerer a instauração. Instaurar é dar início a (algo que não existia); introduzir, implantar, instalar.

Devemos entender por procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, como por exemplo, o inquérito policial (para apurar a prática de crimes), termo circunstanciado (para apurar contravenções penais e crimes que não ultrapassem a pena máxima de dois anos), ou processo administrativo disciplinar, respectivamente. Outrossim, quanto ao procedimento investigatório de infração penal, temos que ter em mente que o inquérito policial e o termo circunstanciado de ocorrência são procedimentos que permitem angariar elementos informativos e até mesmo provas para descortinar a autoria e materialidade delitiva (lembrando da função bidirecional preparatória e preservadora dos procedimentos policiais). Nesta senda, no que se refere ao inquérito policial define-se na conjugação de atos perpetrados pela função executiva do Estado com o propósito de aquilatar a autoria e materialidade de uma infração penal. Guilherme de Souza Nucci define inquérito policial da seguinte forma:

“O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar

de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípuo é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 143).

PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (PIC)

Entra nesta discussão, o Procedimento de Investigação Criminal (PIC) levado à cabo pelo Ministério Público. Constitucionalmente falando, a tarefa de investigar cabe tão somente às Polícias Judiciárias. Todavia, o STF por meio da aplicação às avessas da Teoria dos Poderes Implícitos, acabou por entender que o Ministério Público poderia concentrar a tarefa de investigar.

Deste modo, calcado no entendimento do STF, o “PIC” procedimentalizado pelo Ministério Público entre outros atos inerentes ao procedimento de investigação poderia estar abrangido pela Nova Lei de Abuso de Autoridade.

CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE

O legislador ordinário inseriu uma causa excludente da ilicitude, em que não haverá crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

O Código de Processo Penal em diversos dispositivos trata das hipóteses em que haverá a justificativa para a apuração preliminar dos fatos, por exemplo, o § 3º do art. 5º, CPP: “Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”.

Os autos de investigação preliminar (também recebe a terminologia de verificação de procedência das informações, procedimento preparatório de investigação, procedimento de preparação de inquérito policial dentre outras terminologias equivalentes) e tem a finalidade justamente de averiguar se há o lastro mínimo para iniciar a investigação. Com isto, a propósito, o funcionário público que atua em conformidade com o art. 27, parágrafo único, estaria resguardado pelo estrito cumprimento de um dever legal (art. 23, I, primeira parte, do CP).

Assim, apesar de passar a impressão de que na apuração sumária e sindicância haveria de plano uma exclusão da tipicidade, é importante que nos casos de sindicância ou investigação preliminar sumária (verificação de procedência de informações ou apuração preliminar), estas estejam devidamente justificadas para não configurarem a infração penal, pois não deixam de ser procedimentos com escopo de apurar fatos na seara criminal e administrativa.

Nestas perspectivas, a regra da motivação deve pautar todos os atos administrativos, onde a Autoridade Policial estará resguardada e calçada até para se retirar o dolo numa eventualidade.

A problemática da expressão “indício” da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

A nova Lei de Abuso de Autoridade expressa na necessidade de “indício” no art. 27 da aludida lei.

Perquirindo o alcance da expressão “indícios”, o 239 do Código de Processo Penal, diz que: “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Logo, pela letra fria do Código de Processo Penal a expressão “indício” é uma definição em sentido estrito.

Sobre o indício, importante a preleção de Hélio Tornaghi:

“Enquanto que, relativamente à existência do crime, o Código exige prova (querendo significar prova cabal), no que se refere à autoria, ele se contenta com indícios, isto é, meros sinais. Se houver maiores provas, tanto melhor; mas a lei não as exige” (Curso de Processo Penal, 2/85, Saraiva, 1983).

Não diferente, o saudoso professor Julio Fabbrini Mirabete, sobre indícios, em seu comentário ao Código de Processo Penal, simplifica ainda mais dizendo que “indícios são a representação do fato a ser provado através da construção lógica, a qual revela um outro fato ou circunstância.” (Código de Processo Penal Interpretado, 11. ed, Atlas, 2003, p. 803).

Como podemos visualizar, a expressão “indício” para a doutrina acaba ganhando uma interpretação e um alcance mais amplo, a fim de entendê-la como algo que provavelmente ocorreu no mundo, existindo a possibilidade de se estabelecer uma hipótese de liame.

Aliás, a função do procedimento investigatório é justamente a de amealhar elementos suficientes da autoria da infração, além da materialidade, onde permitirá o indiciamento ou de preservar a esfera do indivíduo (bidirecional) entre outros protagonistas.

De maneira clara, a *mens legis* da nova lei foi de vedar a investigação manifestamente descabida, e não de impedir a atividade persecutória da polícia judiciária através do inquérito policial.

Embasados nesta premissa, entendemos que se a Polícia Judiciária deflagra investigações sobre hipóteses que exteriorizam repercussão no meio policial e social, como a título exemplificativo, alguns suicídios ou mortes suspeitas, que ao final possam não culminar em eventos criminosos, isto não será capaz de fazer incidir a tipia em estudo.

Obviamente, nestas situações, a investigação não visa uma pessoa (“alguém”) determinada, mas o fato em si que pode se chegar a uma eventual autoria ou não, deixando claro que faltará o dolo com o fim específico de agir e até mesmo a elementar na vertente dos “indícios”, pois não se sabe para todos os efeitos, se foi ou não crime, e não se terá uma pessoa determinada como investigada, em regra.

Em arremate da análise deste dispositivo, entendemos que não se falará em infração penal de abuso de autoridade nesses casos, mesmo que diante da ausência de crime, em tese, se revelar ao final que o suicídio não teve instigação, incitação e auxílio ou que a “morte suspeita” inicial foi na verdade uma “morte natural” (“falta de qualquer indício da prática de crime”). Não faz sentido alijar do Estado-investigação, instrumento importante de persecução criminal, mormente se o país correr riscos de ser responsabilizado internacionalmente de pactos e acordos internacionais.

EXTENSÃO DO SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO “INDÍCIO” DA PRÁTICA DE CRIME, AO INDÍCIO DE ILÍCITO FUNCIONAL OU DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Entendemos que o significado da expressão “indício” da prática de crime, guardada as suas proporções devidas, também se estende ao indício de ilícito funcional ou de infração administrativa.

PADRÃO DE CONDUTA SUGESTIONADO À AUTORIDADE POLICIAL

Como padrão de conduta para se evitar que a Autoridade Policial incida neste dispositivo, recomenda-se cautela de que na Portaria instauradora (tanto de inquérito como de outro procedimento policial; e processo administrativo disciplinar entre outros, se tiver atribuição para tanto), destine um espaço para demonstrar, de maneira clara e inequívoca, os indícios (em sentido amplo) que possui para a deflagração do procedimento ou as justificativas devidas.

A motivação e exteriorização do ato nascedouro do procedimento que a nova Lei de Abuso traz, será de grande valia para se evitar a prática do crime em espécie.

PADRÃO DE CONDUTA SUGESTIONADO AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como padrão de conduta para se evitar que os membros do Ministério Público incidam neste dispositivo, recomenda-se que no ofício requisitório (tanto de inquérito como de processo administrativo disciplinar entre outros, se tiver atribuição para tanto), faça ressalva “desde que existentes indícios para tanto”, com objetivo de demonstrar, de maneira clara e inequívoca, que não há dolo do membro ministerial.

Também vislumbramos que antes mesmo do ofício requisitório supra, os membros do Ministério Público requisitem informações primeiramente a Autoridade Policial sobre a existência ou não de indícios para depois avaliarem a requisição ou não de instauração de procedimento policial através de uma “solicitação” – e não requisição.

Isso evita também, de certa forma ações açodadas e que podem trazer consequências negativas aos membros do *Parquet*.

PADRÃO DE CONDUITA SUGESTIONADO AOS MEMBROS DA MAGISTRATURA

Em padrão de conduta para se evitar que os membros da magistratura incidam neste dispositivo, recomenda-se que no ofício requisitório (tanto de inquérito como de processo administrativo disciplinar entre outros, se tiver atribuição para tanto), faça ressalva “desde que existentes indícios para tanto”, com objetivo de demonstrar, de maneira clara e inequívoca, que não há dolo do membro da magistratura.

Também vislumbramos que antes mesmo do “ofício requisitório”, os membros da magistratura requisitem informações (em forma de solicitação) primeiramente a Autoridade Policial sobre a existência ou não de indícios para depois avaliarem a requisição ou não de instauração de procedimento policial através de uma “solicitação”.

Isso evita também, de certa forma ações açodadas e que podem trazer consequências negativas aos membros da magistratura.

Alertamos que não vamos ingressar na discussão se o magistrado ao invés de “requisitar” instauração de procedimento policial ou outro tipo de procedimento, deveria abrir vistas ao membro do Ministério Público para requerer o que entender devido, em prestígio à imparcialidade e ao sistema acusatório, impondo à distância do magistrado, que se reservaria a enfrentar a situação, apenas em possível julgamento, porquanto o nosso foco é outro, qual seja, de enfrentar as condutas sob o pálio da nova lei.

ALGUMAS INQUIETAÇÕES SURGEM INEVITAVELMENTE: UMA MERA OITIVA APENAS DA VÍTIMA JUNTAMENTE COM O BOLETIM DE OCORRÊNCIA PODE DAR AZO AOS “INDÍCIOS”?

Entendemos a possibilidade de ao menos 02 (dois) entendimentos sobre o tema, uma se posicionando pelo lastro mínimo a embasar a instauração do procedimento apenas e tão somente com a oitiva da vítima e a outra se posicionando pela necessidade de mais elementos a darem o suporte mínimo. Pensamos ser defensável a posição de entender que apenas pela oitiva da vítima seria possível lastrear a instauração do procedimento, embora vamos mais longe ainda, para defendermos a possibilidade de apenas a ocorrência policial ser possível à instauração procedimental.

De qualquer forma, recomendamos por cautela e prudência, a adoção de outros atos e diligências preliminares até que se consolide o entendimento sobre este ponto, registrando que para todos os efeitos, o tipo penal exige o elemento específico do dolo de abusar para configurar o delito em espécie.

E APENAS E TÃO SOMENTE O BOLETIM DE OCORRÊNCIA OU EQUIVALENTE É SUFICIENTE PARA ABRANGER A EXPRESSÃO INDÍCIO?

Entendemos a possibilidade de existir ao menos 02 (duas) correntes de entendimentos sobre o assunto, onde recomendamos a adoção de outros atos e diligências preliminares até que se consolide o entendimento sobre este ponto.

Vale lembrar de qualquer forma, que se exige o elemento específico do dolo de abusar para configurar o delito em espécie.

Ora, por mais que a natureza jurídica de um Boletim de Ocorrência ou equivalente seja uma versão unilateral, não podemos olvidar que ele em regra será lavrado por um agente policial investido no cargo, cuja característica dos seus atos militam presunção de veracidade do ato da ocorrência (e não do conteúdo em si) até prova em contrário.

Porém, vamos mais longe e se principalmente o agente policial amealhar as informações ou se os fatos forem presenciados pelos próprios policiais, o conteúdo do ato e do próprio instrumento do ato gozará de presunção de veracidade ou legitimidade o que daria lastro para entender pela existência de “indício” a retirar a elementar e até mesmo o dolo da conduta do agente que instaura ou requisita a instauração.

Neste prisma, pensamos ser defensável a posição de entender que apenas pela ocorrência policial a depender do contexto, permitira a possível à instauração procedimental com lastro mínimo de indícios da prática de crime. O mesmo raciocínio se estenderia às hipotéticas práticas de ilícito funcional ou de infração administrativa.

FATOS MANIFESTAMENTE ATÍPICOS OU DESPROVIDOS DE JUSTA CAUSA

Em fatos manifestamente atípicos ou desprovidos de justa causa, a recomendação é que haja um despacho fundamentado pelo Delegado de Polícia, com indicação das razões jurídicas e fáticas de seu convencimento, em que se o boletim de ocorrência não permitir à instauração de inquérito, será arquivado mediante despacho fundamentado.

A título de exemplo, em São Paulo, a Portaria DGP-18, de 25 de novembro de 1998, assevera no art. 2º e seguintes, que autoridade policial não instaurará inquérito quando os fatos levados à sua consideração não configurarem, manifestamente, qualquer ilícito penal. Igual procedimento o Delegado de Polícia adotará, em face de qualquer hipótese determinante de falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal, devendo, em ato fundamentado, indicar as razões jurídicas e fáticas de seu convencimento. O boletim de ocorrência que, nesses mesmos termos, não viabilizar instauração de inquérito, será arquivado mediante despacho fundamentado do Delegado de Polícia e, em seguida, registrado em livro próprio.

Superado a discussão em torno do art. 27, cumpre agora nos debruçarmos sobre o art. 30 da nova Lei.

Por sua vez, o art. 30 da Lei nº 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade) incriminou a seguinte conduta:

Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Para melhor compreensão de distinção entre o art. 27 e art. 30, ambos da mesma lei, vejamos o quadro abaixo:

<p>Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:</p> <p>Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.</p>	<p>Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:</p> <p>Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>
<p>Condutas: Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa.</p>	<p>Condutas: Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa.</p>
<p>Elemento subjetivo específico: Dolo de abusar com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.</p>	<p>Elemento subjetivo específico: Dolo de abusar com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.</p>
<p>Objetos: Procedimento investigatório de infração penal ou administrativa.</p>	<p>Objetos: Persecução penal, civil ou administrativa.</p>
<p>Ausência que oportuniza a incidência do crime: Falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.</p>	<p>Ausência que oportuniza a incidência do crime: Sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente.</p>

O tipo penal em estudo lembra muito o art. 27 da Lei em comento, embora se distingam claramente nos tipos incriminadores e na pena, que é mais severa, consoante o quadro acima.

Consignamos que o sujeito ativo é a autoridade no conceito amplo do artigo 2º e o seu parágrafo único. Por se tratar de crime próprio deve ser ressaltado que, conforme regra do art. 30 do Código Penal, as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime, se comunicam aos demais concorrentes. Assim, se um particular que, sabendo que atua em conjunto com o funcionário público, contribuir para o abuso de autoridade, ambos responderão pelo delito.

Em avanço, temos 2 (dois) núcleos do tipo, sendo o primeiro *dar início*, onde deve ser entendido como por onde começa, inicia, origina. No que diz respeito ao verbo *proceder* já presume prosseguimento ou andamento de algo. Logo, a conduta incriminada é iniciar ou dar prosseguimento à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente.

A “ausência de justa causa” ou “contra quem se sabe inocente”, são filtros que o legislador entendeu por bem dotar de garantias os investigados para se evitar

persecuções fadadas ao fracasso que geram custas ao erário público e podem refletir negativamente na vida das pessoas.

Não vamos ingressar no mérito da terminologia “justa causa” na seara processual penal, pois há uma divergência doutrinária¹ e jurisprudencial do que vem a ser “justa causa”, embora podemos resumir que ela numa das variáveis de definição que significa a grosso modo, um *lastro probatório mínimo e firme, indicativo da autoria e da materialidade da infração penal*.

CONCEITO DE PERSECUÇÃO PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA

Vamos levar em conta apenas a expressão “persecução penal” que nos interessa, por ora na análise. Esta expressão pode abranger a conjugação da investigação e do processo (ação penal).

Podemos afirmar que, o preceito primário mira a deflagração da ação penal (processo em sentido amplo), em que a relação processual se completa com a citação.

Todavia, não podemos olvidar que a persecução penal pode abranger as 02 (duas) fases, sendo uma em sede de investigação policial e a outra em sede de ação penal, em que a cautela para a instauração (dar início ou proceder) do inquérito policial deve ser levada em conta pela realidade do nosso modelo.

Como padrão de conduta da Autoridade Policial, para se aferir a justa causa é fundamental destinar um espaço na Portaria para exteriorizar de maneira justificada e motivadamente, a presença de justa causa no ato de instauração, calcado num indicativo mínimo de autoria e materialidade de infração penal.

Anotamos que devem ser evitadas ilustrações ou invocações baseadas em provas ilícitas, contraditórias, sem relevância no campo penal ou sem qualquer nexo entre o ato e o resultado.

Ademais, diante dessas novas exigências, as “verificações de procedência de informações dentre as outras terminologias” para propiciarem o levantamento de elementos idôneos de infração penal, propiciarão também o levantamento de justa causa mínima para o inquérito.

CONCEITO DE PESSOA INOCENTE

Concernente ao conceito de pessoa “sabidamente inocente”, é de difícil aferição, eis que o órgão acusador e de investigação neste delito em estudo, deverão ter provas incontestáveis (ou elementos de informação) de que o responsável pela persecução tinha a plena convicção da inocência do perseguido, sob pena de faltar uma das elementares do delito e até mesmo de deixar de existir por ausência clara de dolo.

As mesmas observações anteriormente tecidas quanto às inquietações e fatos manifestamente atípicos ou desprovidos de justa causa se estendem para o art. 30, da Nova Lei de Abuso de Autoridade, mas na faceta agora da “justa causa” e lembrando das divergências e variações da definição de “justa causa” na seara processual penal.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, procuramos exteriorizar a diferença entre instaurar procedimento investigatório de infração penal com a falta de qualquer indício e dar início à persecução penal sem justa causa fundamentada, lembrando que o intérprete e o operador do Direito deverão se cercar de cautelas até que se consolidem posições seguras sobre os temas que dão margem para discussões em Direito Penal – o que lamentavelmente é preocupante e tem se tornado uma constante em nossas produções legiferantes. ■

NOTA

1 A propósito, Aldo de Campos Costa, leciona acerca da justa causa que: “[...] A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do que se compreende por *justa causa* no processo penal, vale dizer, “o fato ou o conjunto de fatos que justificam determinada situação jurídica, ora para excluir uma responsabilidade, ora para dar-lhe certo efeito jurídico”¹. Em um *primeiro grupo* estão os que a identificam: a) como uma condição *autônoma* da ação²; b) como uma *síntese* das condições da Ação Penal³; c) como *uma* das condições da ação (interesse de agir)⁴; ou, ainda, d) como *mais de uma* condição da ação (interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido)⁵. Em um *segundo grupo* estão os que a classificam como uma condição de procedibilidade⁶, alheia ao injusto culpável e alusiva à admissibilidade da prossecução penal em relação a determinados comportamentos⁷.

A jurisprudência densifica o conceito de justa causa quando procede a um exame da acusação, já formalizada, sob dois pontos de vista distintos: um *formal*, a partir da existência de elementos típicos (tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva) e outro *material*, com base na presença de elementos indiciários (autoria e materialidade)⁸” (COSTA, 2013, p. 1).

REFERÊNCIAS

COSTA, Aldo de Campos. *A Toda Prova: A justa causa para o exercício da Ação Penal*. Publicado em 29 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-29/toda-prova-justa-causa-exercicio-acao-penal>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

LESSA, Marcelo de Lima. *Padrões Sugeridos de Conduta Policial Diante da Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Publicado no site Jusnavigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77119/padroes-sugeridos-de-conduta-policial-diante-da-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1983.



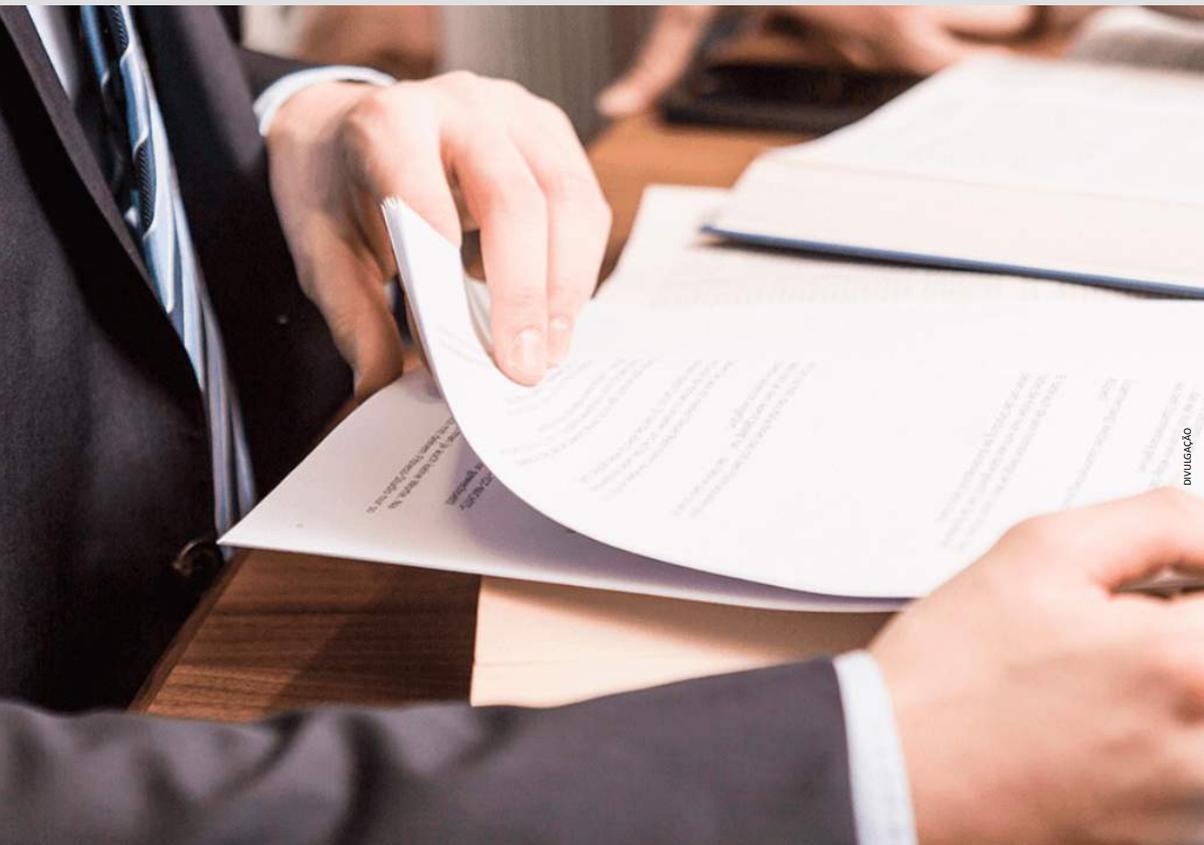
ARQUIVO PESSOAL

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR é Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como Assessor Institucional da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos.



ARQUIVO PESSOAL

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA é Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa – DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso – ACADEPOL/MT.



A advocacia e o abuso (nosso) de (cada dia) autoridade

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“No Brasil, à luz da Constituição Federal, não se pode “considerar” alguém como incomunicável, visto que o art. 21 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pelos arts. 5º, LXIII e 136, § 3º, IV, ambos da Constituição. Este direito é de fundamental importância, principalmente para que a Defesa possa, junto com o investigado/acusado, traçar a sua melhor “estratégia defensiva”.”

A Advocacia, conforme assegura a Constituição Federal, está inserida dentre as funções essenciais à Justiça brasileira, considerando-se o advogado como um profissional “indispensável à administração da justiça, inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (art. 133, Constituição Federal).

Para regulamentar este artigo, foi promulgada a Lei nº 8.906/94, dispondo sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Nesta lei, mais exatamente nos arts. 6º, 7º e 7º-A, encontram-se declarados os direitos do advogado, garantindo-se-lhe as condições necessárias ao pleno exercício da função, a fim de que possa trabalhar com liberdade, sem receios ou temores e, evidentemente, com a responsabilidade inerente a toda profissão.

Como dizia Calamandrei, no clássico, é preciso ao Advogado ter aquela “coragem civil”, aquela mesma que o faz parar indignado quando vê alguém sofrer uma “violência que ameaça o direito”, e não consegue “prosseguir em seu caminho fingindo não vê-la”, tomando sempre, e corajosamente, “a defesa do mais fraco.”¹ E, para isso, como é evidente, à Advocacia têm que estar assegurados alguns direitos, sem os quais se tornará difícil exercer a sua função com aquela “coragem civil.”

Ressalvando, logo no princípio, não haver “hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”, dispõe o Estatuto que “as autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.” (art. 6º).

Afinal, ainda valendo-me de Calamandrei, “não é honesto, quando se fala dos problemas da justiça, refugiar-se atrás da cômoda frase feita que diz ser, a magistratura, superior a qualquer crítica e a qualquer suspeita, como se os magistrados fossem criaturas sobre-humanas, não atingidas pelas misérias desta terra e, por isso, intangíveis.”

Como diz, ainda, o Mestre italiano, “quem se contenta com essas tolas adulações ofende a seriedade da magistratura, a qual não se honra adulando, mas ajudando sinceramente a estar à altura da sua missão.”²

Continuando...

Dentre os direitos assegurados pela lei, está o de “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.” (art. 7º, XIV, grifei). Portanto, aquele sigilo do qual trata o art. 20 do Código de Processo Penal não se estende aos advogados, quando no exercício de suas funções.

Este direito, aliás, foi confirmado pela Súmula Vinculante 14, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Este enunciado, como se vê, diz menos do que a lei, o que é de se lamentar. O direito do Advogado, numa interpretação à luz da Constituição, não se limita ao acesso apenas a “procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária”, mas também a todo e qualquer procedimento dessa natureza, ainda que realizado, por exemplo, no âmbito das atribuições do Ministério Público (Procedimento Investigatório Criminal, o PIC), da Polícia Militar e das Forças Armadas (Inquérito Policial Militar, o IPM).

Pois bem.

Com a promulgação da Lei nº13.869/19, passou a configurar crime de abuso de autoridade o fato de se “*negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível*”, fato punido com pena privativa de liberdade, de seis meses a dois anos, e multa (art. 32, grifado).

Observa-se, como dito acima, que este direito não se refere apenas, como é óbvio, aos autos do inquérito policial, mas, também, aos procedimentos investigatórios criminais levados a cabo pelo Ministério Público (os PIC`s), pela Polícia Militar e pelas Forças Armadas (os IPM`s); outrossim, como deixa bem claro a lei, diz respeito a todo e qualquer procedimento, ainda que de natureza extrapenal (como, por exemplo, o inquérito civil), inclusive procedimentos administrativos.

Também constitui direito do advogado, nos termos do referido Estatuto, ter assegurada “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.” (art. 7º, II).

Trata-se, aqui, da preservação do direito ao sigilo profissional, condição inerente e inafastável para o exercício da Advocacia, ainda mais se considerando que “el secreto profesional es difícil de mantener cuando se trata de cuestiones que rozan intereses de poder, pues se requiere un verdadero heroísmo profesional.”³

Outrossim, garante-se ao advogado, também no exercício da sua profissão, a possibilidade de comunicação “*com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.*” (art. 7º, III, grifei).

Observa-se, a propósito, que no Brasil, à luz da Constituição Federal, não se pode “considerar” alguém como incomunicável, visto que o art. 21 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pelos arts. 5º, LXIII e 136, § 3º, IV, ambos da Constituição.

Este direito é de fundamental importância, principalmente para que a Defesa possa, junto com o investigado/acusado, traçar a sua melhor “estratégia defensiva”. Neste aspecto, importante a observação de Traversi: “*Dopo avere individuato il punto decisivo del processo ed avere attentamente ponderato, non soltanto*

la sostenibilit  di una difesa basata su di esso, ma anche i rischi di un eventuale insuccesso, occorre decidere, d'accordo con il cliente, la 'linea' o, pi  esattamente, la strategia difensiva da adottare."⁴ (grifo meu).

Igualmente, est  garantida pelo Estatuto "a presença de representante da OAB, quando o advogado for preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa   seccional da OAB", não podendo "ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar." (art. 7 , IV e V).

Aqui, é importante ressaltar que "o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafian avel." (§ 3  do art. 7 ).

Em relação a estas últimas prerrogativas, passou também a constituir crime, de acordo o art. 43 da referida Lei de Abuso de Autoridade (que acrescentou o art. 7 -B ao Estatuto da OAB), "violare direito ou prerrogativa de advogado previstos (sic) nos incisos II, III, IV e V do *caput* do art. 7 ", punido com pena de três meses a um ano.

Todo o crime acima referido trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo cabível a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo (arts. 61, 72 e 89, da Lei n  9.099/95), mas não   possível o acordo de não persecução penal, conforme proíbe o art. 28-A, § 2 , I, do Código de Processo Penal.

Por fim, concluindo, lembro das palavras de Carvalho Neto que dizia caber à Defesa, "imperiosamente, o dever de fazer arguições 'por mais ofensivas que pareçam', desde que sejam da essência da causa, pois este ímpeto legítimo e apaixonado da defesa, na retorsão aos abusos, é o aferidor do caráter do advogado, de sua independência, altivez e zelo pela honra da profissão." Assim, dizia este grande jurista sergipano, "defendendo-se pessoalmente, defende-se a causa e a classe, salvaguardando-se a própria Justiça."⁵ 

NOTAS

- 1 CALAMANDREI, Piero, "Eles, os Juízes, vistos por um Advogado", São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 373.
- 2 Obra citada, p. 258.
- 3 AZERRAD, Marcos E., " tica y Secreto Profesional del Abogado", Buenos Aires: Ediciones Cathedra Jurídica, 2007, p. 34.
- 4 TRAVERSI, Alessandro, "La Difesa Penale – Tecniche Argomentative e Oratorie", Milão: Giuffr  Editore, 2002, p. 26.
- 5 CARVALHO NETO, Ant nio Manoel, "Advogados, como aprendemos, como sofremos, como vivemos", São Paulo: Forense, 1946, páginas 496 e 498.



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



A lei anticrime e a inserção do art. 16-A, no Código de Processo Penal Militar

■ POR JORGE CESAR DE ASSIS

“Os artigos 14-A do CPP e 16-A do CPPM, assumem ares de inconstitucionalidade, pois criam dentro do serviço público uma categoria anti-isonômica de privilegiados, cuja corporação é obrigada a lhes nomear um defensor, como se ela mesma contasse com um quadro específico para isso.”

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (LEI ANTICRIME), conforme anotado em sua ementa, visou aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

Notícia veiculada no dia 01.10.19, deu conta de que, em um afago a policiais após a derrubada da excludente de ilicitude do profissional de segurança pública¹, os deputados do grupo de trabalho que analisava o pacote anticrime do ministro Sergio Moro (Justiça) ampliaram a proteção jurídica oferecida a agentes acusados de matar em serviço.

Os parlamentares votaram a inclusão de dispositivos no art. 14 do Código Processual Penal e no 16 do Código Processual Penal Militar. A proposta era de autoria dos deputados Margarete Coelho (PP-PI) e Marcelo Freixo (PSOL-RJ)².

Sancionada a Lei nº 13.964/19, os dispositivos que foram inseridos aos dois códigos processuais penais, ficaram estabelecidos da seguinte forma, começando pelo Código de Processo Penal comum:

“Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal³), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO)⁴.

§ 4º (VETADO)⁵.

§ 5º (VETADO)⁶.

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.”

Da mesma forma, a Lei nº 13.964/19 acresceu, ao Código de Processo Penal Militar um dispositivo semelhante, o art. 16-A, cuja redação do *caput* é a seguinte:

Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

O art. 16-A ganhou 06 (seis) parágrafos, idênticos ao 14-A, do CPP, sendo que, da mesma forma, os §§ 3º, 4º e 5º, foram vetados pelo Presidente da República. Enquanto o art.

14-A do CPP, emprega a expressão servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal, o art. 16-A do CPPM utilizou a expressão servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares.

O § 6º remete aos militares das Forças Armadas que estiverem em operações de garantia da lei e da ordem, os mesmos benefícios estabelecidos para os agentes das instituições de segurança pública e fica passível das mesmas críticas e observações.

Tomando por base a MENSAGEM DOS VETOS aos §§ 3º, 4º e 5º do art. 16-A do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969; e inseridos pelo art. 18 do projeto de lei, o Presidente da República justificou que “A propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV⁷, combinado com o art. 134⁸, bem como os arts. 131⁹ e 132¹⁰, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 02.08.2004, P, DJ de 04.03.2005).”

DA ANÁLISE DOS NOVÉIS ARTIGOS 14-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E, 16-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

QUEM SÃO OS BENEFICIÁRIOS DA NORMA?

Tomando por base a expressão mais ampla “servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal”, podemos afirmar que serão os integrantes da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, Polícias Penais federal, estadual e distrital. Claro, dentre este rol, incluímos as Guardas Municipais dos municípios que as houverem instituídas, regidas que estão, hoje, pela Lei nº 13.022, de 2014 – Estatuto Geral das Guardas Municipais. Todas estas instituições estão inseridas dentro de um conceito amplo de segurança pública.

QUAL O PROCEDIMENTO A SER SEGUIDO NA INVESTIGAÇÃO DE FATO RELACIONADO AO USO DE FORÇA LETAL PRATICADO NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL?

Iniciamos dizendo que tendo a norma se referido ao uso de força letal, é de se concluir que estamos tratando das hipóteses de homicídio, consumado ou tentado, praticado pelo agente no desempenho de sua atividade profissional. A norma fala em inquérito policial e policial militar, mas também fala em demais procedimentos extrajudiciais, que neste ponto, nos parece ser o Procedimento Investigatório Criminal (PIC), realizado pelo Ministério Público.

No § 1º, a lei manda o agente investigado ser citado da instauração da investigação, podendo constituir defensor em até 48 horas. Além de ser tecnicamente incorreto o termo, visto que a citação é o chamamento do réu ao processo (melhor seria ter se referido à intimação ou notificação), o dispositivo é de todo despiciendo, ante o mandamento constitucional do art. 5º, LV, que garante o contraditório e a

ampla defesa no processo judicial e administrativo, estendendo-o aos acusados em geral (qualquer investigado).

Mas é o § 2º, que trará maiores dificuldades para o bom andamento das investigações de uso de força letal pelos profissionais de segurança pública. Isto porque, esgotado o prazo disposto no § 1º, com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

À primeira vista o § 2º criou um dever de ofício para a autoridade responsável pela investigação. Se for em um inquérito policial militar, em que, via de regra, o Comandante da Unidade delega a um de seus oficiais, é de se perguntar: o tenente encarregado do IPM vai intimar seu Comandante para que indique defensor para aquele militar que a instituição deseja ver apurada a responsabilidade? Ou, o Delegado de Polícia Civil, Federal ou Penal, irá intimar seu Diretor para que indique defensor do policial investigado em um caso de homicídio tentado ou consumado, mesmo que em serviço? E se a investigação for do Ministério Público, poderá ele intimar ou até requisitar que o Comandante/Diretor indique um defensor para o agente sob investigação? Nos parece que a hipótese não tem aplicabilidade em nenhum dos casos.

Conquanto a intenção da inserção desse dispositivo fosse a de proteger os policiais envolvidos em confrontos, não se pode esquecer que é possível que esse investigado tenha deixado de observar o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, sua conduta esteja fora dos padrões de ação exigidos, e essa verificação será sempre feita pela própria Administração, seja ela civil ou militar, e por isso a norma se apresenta como sendo esdrúxula, violando, inclusive o princípio de isonomia que deve nortear a atividade de todo e qualquer servidor público.

Uma análise isenta feita no § 2º da norma, em face dos parágrafos, 3º, 4º e 5º, dos dois dispositivos, tanto do CPP quanto do CPPM e que foram vetados pelo Presidente da República, irá demonstrar que este § 2º, tendo sobrevivido ao veto se apresenta capenga, não tem mais sustentação, já que os parágrafos revogados determinavam que, em princípio, a defesa desses investigados fosse feita pelas Defensorias Públicas, da União e dos Estados e, na ausência de defensor público na localidade onde se desenvolva a investigação, que os custos dessa defesa corresse por conta do orçamento da própria instituição a que pertencia ou pertence o investigado, o que convenhamos, é jogar o disco longe demais, pois será sempre a instituição do investigado que irá instaurar a investigação.

Mesmo porque, se tomarmos por base a Defensoria Pública da União e sua missão constitucional de prestar assistência aos que dela necessitarem, veremos que o valor da presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita, na forma do § 2º da Resolução CSDPU 133/2016, passou a ser de 2 mil reais, a partir de 1º de janeiro de 2017 (publicado no DOU, de 02.05.2017, nº 82, Seção 1, p.122), parâmetro suficiente para que dele fiquem fora praticamente todos os servidores civis e militares abrangidos pela norma assistencial.

Os artigos 14-A do CPP e 16-A do CPPM, assumem, portanto, ares de inconstitucionalidade, pois criam dentro do serviço público uma categoria anti-isonômica de privilegiados, cuja corporação é obrigada a lhes nomear um defensor, como se ela mesma contasse com um quadro específico para isso. ❏

NOTAS

- 1 PROJETO DE LEI ANTICRIME: (...) IV – MEDIDAS RELACIONADAS À LEGÍTIMA DEFESA – MUDANÇAS NO CÓDIGO PENAL: “Art. 25. Parágrafo único. Observados os requisitos do *caput*, considera-se em legítima defesa: I – o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem;
- 2 Deputados ampliam proteção jurídica a policiais investigados por mortes. Jornal O Tempo. Disponível em <https://www.otempo.com.br/politica/deputados-ampliam-protecao-juridica-a-policiais-investigados-por-mortes-1.2244086> acesso em 02.02.2020.
- 3 Exclusão de ilicitude (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I – em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II – em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Excesso punível (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único – O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- 4 DISPOSITIVO VETADO: “§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.
- 5 DISPOSITIVO VETADO: § 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.
- 6 DISPOSITIVO VETADO: § 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses do investigado nos procedimentos de que trata esse artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados
- 7 LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
- 8 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)
- 9 Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
- 10 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



JORGE CESAR DE ASSIS é Advogado inscrito na OAB-PR. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União. Integrou o Ministério Público Paranaense. Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar do Paraná. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Sócio fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.



Crédito de PIS/COFINS sobre o custo de aquisição e a IN 1.911/2019

■ POR ARIANA DE PAULA ANDRADE AMORIM

“Se a supressão da expressão relativa à necessária inclusão do ICMS no custo de aquisição trazida pela IN 1911/2019 vier a impingir autuações por parte do Fisco, flagrante a ilegalidade cometida do texto ao limitar conceito que a própria legislação descreve, extrapolando os limites da Instrução Normativa que possui apenas poderes de regulamentar e instrumentalizar os conceitos descritos na legislação.”

Na apuração não-cumulativa do PIS/COFINS, os contribuintes a ela sujeitos podem apurar créditos correspondentes à aplicação das respectivas alíquotas sobre determinados custos, para serem descontados do que for apurado, no mesmo período, a título de PIS/COFINS. Para a apuração dos créditos o legislador adotou o critério de listar os bens e serviços capazes de gerar crédito e os atrelou a determinadas atividades, assim como ao modo de produção no que se atine ao insumo.

As Leis nºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, que instituíram a não-cumulatividade na cobrança da Contribuição para o PIS/COFINS, elencaram em seu art. 3º as situações em que o contribuinte poderá, do valor das contribuições devidas, descontar créditos apurados em relação a custos, despesas e encargos.

Mais comum dentro do direito tributário brasileiro, o método de crédito do tributo, refere-se a descontar do que se paga em uma operação o valor anteriormente recolhido, trata da sistemática de não-cumulatividade aplicada ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Por esse método, o valor do tributo devido na etapa anterior é registrado como crédito fiscal para ser utilizado na apuração do débito referente à transação corrente.

Portanto, embora se diga que a forma de apuração é não-cumulativa tanto na determinação do IPI/ICMS quanto no PIS/COFINS, a forma utilizada para a obtenção de um e de outro é completamente diferente. Em razão da apuração dos créditos de PIS/COFINS se dar com base em critérios legais, em que não se confronta imposto contra imposto, mas receita contra receita, não existe como manter correlação exata com a base de débitos a compor faturamento para fins de cálculo das contribuições.

É essa metodologia de desoneração que possibilita ao contribuinte apropriar créditos em percentual de 9,25%, mesmo que seu fornecedor tenha pago, PIS e COFINS a uma alíquota 3,65%, por exemplo.

Neste sentido, a IN nº 404/2004 descrevia a forma de apuração da base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS: o custo de aquisição. Previa que, para efeito dos créditos calculados sobre os bens adquiridos para revenda, deve ser observado que o IPI incidente na operação, quando recuperável, não integra o valor do custo dos bens (inciso I, § 3º, art. 8º) e que o ICMS integra o valor do custo de aquisição de bens e serviços (inciso II, § 3º, art. 8º).

Sobre a inclusão do ICMS no valor do custo de aquisição de bens e serviços, é importante notar que isso não ocorre sem motivo. Conforme disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. É o denominado cálculo 'por dentro', que faz com que o montante do imposto não possa ser dissociado do valor da mercadoria e, por essa razão, integre o seu custo de aquisição, tese inclusive exposta pelo próprio Fisco através do Parecer Normativo nº 70/72.

A IN SRF nº 404, de 2004, ao preceituar que determinado imposto inclui-se ou não no 'custo dos bens' ou no 'custo de aquisição de bens e serviços', para efeito do cálculo dos créditos sobre bens adquiridos como insumo, deixa evidente que a legislação que regulamenta a cobrança de ambas as contribuições optou por considerar o custo de aquisição como a base de cálculo desses créditos.

No último dia 11 de outubro, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa RFB nº 1.911/2019 e, no afã de consolidar as normas sobre apuração de PIS e Cofins, revogou o inciso II, do § 3º do art. 8º da Instrução Normativa nº 404, de 2004, suprimindo a determinação sobre a inclusão do ICMS no custo de aquisição para fins de apuração do crédito do PIS/COFINS (art. 167).

Assim, a Receita Federal se omitiu quanto ao tratamento que deve ser dado ao ICMS destacado nas notas fiscais de compras emitidas pelos fornecedores de bens e serviços da pessoa jurídica, ao que parece, como forma de retirar o ICMS da base de cálculo os créditos de PIS/COFINS em razão da exclusão do ICMS na base de cálculo dos débitos, conforme determinado pelo Poder Judiciário (repercussão geral do RE nº 574.706/PR).

Ocorre que, tanto a IN 404/2004 quanto a novel legislação, inserem-se no mesmo panorama legislativo, a Lei Complementar nº 87, de 1996 (Lei Kandir) e Leis nº 10.637, de 2002, nº 10.833, de 2003 e art. 301 do RIR/18. Como é sabido, a Instrução Normativa explicita a Lei, instrumentaliza a legislação e não a restringe ou limita.

O direito ao crédito de PIS e COFINS está contido na legislação aplicável à matéria, Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002 e Lei nº 10.833/2003, que em seus arts. 3º, incisos I e II, autorizam a apropriação de créditos calculados em relação a bens e serviços utilizados como insumos na fabricação de produtos destinados à venda.

Na legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), o art. 301 do RIR/18 impõe que o custo das mercadorias revendidas e das matérias-primas utilizadas será determinado com base em registro permanente de estoque ou valor dos estoques existentes, não integrando o custo de aquisição, os impostos recuperáveis por meio de créditos na escrita fiscal, com os pormenores já explicados em relação ao IPI (cálculo 'por fora') e ao ICMS (cálculo 'por dentro'), este com base na Lei Kandir, Lei 87/96, art. 13, § 1º, Inciso I.

Todo este arcabouço legislativo continua vigente, ou seja, na legislação, nada mudou e como meio de interpretá-la é que a RFB editou a revogada Instrução Normativa nº 404/2004 e com base nela, temos que a Instrução Normativa nº 1911/2019 deve se inspirar.

Neste panorama, a IN 1911/2019 é mais consequência da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, decorrente da decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) nº 574.706/PR e da sanha arrecadatória que o Fisco persegue para repor as perdas de receita advindas.

Neste tocante, importante ressaltar que o RE em nenhum momento trata da base de cálculo dos créditos do PIS/COFINS e a inclusão do ICMS em tal base de cálculo. Em nada influencia a constatação de qualquer ilegalidade na apuração dos créditos. Sob o aspecto legislativo, a legislação a ser interpretada para a adoção de critério de base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS permanece incólume.

O entendimento do Judiciário pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, nos limites do julgamento do Recurso Extraordinário, não possui força para modificar a base de cálculo dos créditos do PIS/COFINS que decorre de interpretação do princípio da não-cumulatividade e do custo de aquisição, descritos em lei. Ao passo que, o faturamento, como grandeza de natureza tributável pelo PIS/COFINS possuía interpretação dúbia, na qual se interpretavam conceitos contábeis e tributários, guaridos de subjetividade.

A inclusão do ICMS na base de cálculo dos créditos do PIS/COFINS nunca baseou-se na contrapartida: inclusão do ICMS na base de cálculo de incidência do PIS/COFINS, ou seja, sobre o faturamento. A razão da inclusão do ICMS dá-se por conta de estar integrado, de forma indissociável, ao custo de aquisição dos bens, não guardando nenhuma relação com o conceito de faturamento que, para efeitos de lucro e renda, pressupõe a existência de riqueza nova que se adiciona a um capital preexistente, e que dele pode ser separada sem reduzi-lo.

A inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS também nunca foi defendida sob o argumento da inclusão do ICMS no levantamento do custo de aquisição para fins de apuração de crédito. Aliás, como bem exposto, a não cumulatividade reservada às contribuições difere da sistemática crédito/débito. Isto porque, a lei não determina que na apuração do PIS/COFINS mensal se faça puramente entradas menos saídas e sim, que se determine quais as grandezas deverão compor o faturamento, consagrando o regime substrativo indireto.

A base de cálculo dos créditos do PIS/COFINS é o preço de aquisição, definido por lei. O conceito de faturamento, a atrair a incidência do PIS/COFINS nas saídas é também definido legalmente, cuja interpretação errônea da RFB levou há anos de inclusão do ICMS, mesmo sendo grandeza impossível de constituir patrimônio. Tais relações não se comunicam e nunca foram definidas em uma cadeia de crédito/débito, até porque é impossível existir desconto ao que já foi pago, como ocorre nas sistemáticas do ICMS/IPI, posto que as bases não se equiparam.

Assim, não há espaço para se cogitar que a extração do ICMS como grandeza tributável a compor faturamento para efeitos de incidência do PIS/COFINS impinja necessária exclusão do ICMS do conceito de custo de aquisição da mercadoria para fins de creditamento do PIS/COFINS, uma vez que o conceito material da não-cumulatividade aplicável às contribuições não confronta as bases de entradas e saídas em uma digressão matemática, porque os critérios de creditamento ditados pela Lei observam o custo de aquisição da mercadoria na entrada e o faturamento na saída, montantes diversos em composição e natureza.

Ressalta-se que as determinações da RFB não prevalecem sobre as decisões judiciais que debatem o método de apuração das exclusões de forma favorável aos contribuintes, todavia, a IN é vinculante aos auditores do órgão, o que, certamente, acarretará judicialização do tema. Até porque se prevalecer entendimento quanto à impossibilidade da parcela do ICMS compor o custo de aquisição, haverá expressiva diminuição de créditos do contribuinte.

De todo modo, se a supressão da expressão relativa à necessária inclusão do ICMS no custo de aquisição trazida pela IN 1911/2019 vier a impingir autuações por parte do Fisco, flagrante a ilegalidade cometida do texto ao limitar conceito que a própria legislação descreve, extrapolando os limites da Instrução Normativa que possui apenas poderes de regulamentar e instrumentalizar os conceitos descritos na legislação. 



ARIANA DE PAULA ANDRADE AMORIM é coordenadora do setor contencioso tributário do Briganti Advogados. Formada em Direito pela PUC/Campinas; Pós-graduada em Direito Tributário e Processo Tributário e técnica em Contabilidade.



Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância: O STF e a estabilidade jurídica no País

■ POR WANDERLEI JOSÉ DOS REIS

“Após três décadas de posições oscilantes, em função de mudanças em sua composição, sob o aspecto jurídico, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, no final do ano de 2019, ao decidir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF), pelo descabimento da execução provisória da pena privativa de liberdade, pôs fim a um impasse que reinava na ordem jurídica do país, a gerar instabilidade e insegurança jurídicas deflagrados pela própria Corte, já que suas manifestações anteriores haviam se dado no controle difuso, notadamente no julgamento de *habeas corpus*, sendo, deste modo, desprovidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.”

A Carta Republicana de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, em seu art. 5º, inciso LVII, vaticina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando, com isso, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da presunção de não culpa ou princípio da não culpabilidade, um dos principais pilares do processo penal num Estado Democrático de Direito no qual se constitui a República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, o art. 11, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Inspirada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF) e assentada na cláusula do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF), a presunção da inocência é um direito fundamental e uma garantia processual de toda e qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou persecução criminal, de modo a evitar qualquer atuação ou juízo condenatório açodado por parte do Estado ou da sociedade. Em outras palavras, “o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados”¹.

No aspecto terminológico, ao tratar de tais nomenclaturas, Gomes e Bianchini, de forma oportuna, advertem que a denominação “politicamente correta” seria “presunção de inocência”, utilizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, já que a expressão “princípio da não-culpabilidade”, reiteradamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra raízes no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente.²

É possível dizer, de uma maneira ampla, que nos sistemas penais inquisitórios se parte da premissa de que o acusado ou investigado é culpado, de modo que a máquina estatal se move no sentido de colher elementos probatórios que justifiquem sua condenação. A adoção do princípio da presunção de inocência, por sua vez, inverte o sentido da persecução penal adotada nos sistemas inquisitórios, fazendo com que o processo penal tome como premissa a hipótese de que o acusado ou investigado é inocente, devendo ser provada, durante o curso do processo, a sua culpa, sendo que, por esta razão, não pode haver qualquer atuação estatal configuradora de antecipação da pena.

Neste sentido, já aduzia Beccaria que “um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada”³.

Não obstante, a interpretação acerca do sentido e alcance do postulado do estado de inocência foi e tem sido alvo de inúmeros debates no campo acadêmico e jurisprudencial, máxime quanto à possibilidade da execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, cabendo frisar que, após a promulgação da atual *Lex Fundamentalis*, em 05.10.1988, a jurisprudência do STF oscilou em várias oportunidades entre admitir e não admitir a prisão antes da preclusão maior do título condenatório, contudo, no julgamento das ADCs nº

43/DF, 44/DF e 54/DF, encerrado em 07.11.2019, a controvérsia foi dirimida pela Corte de forma definitiva, já que proferida em sede de controle concentrado, restabelecendo assim a segurança jurídica e a estabilidade no campo jurisprudencial.

ANÁLISE DO TEMA

Sabido que a prisão representa a supressão da liberdade individual, mediante o encarceramento, daí que liberdade provisória representa uma situação substitutiva da prisão processual, limitada, portanto, no tempo – até a sentença final – e que se contrapõe à liberdade definitiva, que advém de sentença penal absolutória transitada em julgado.

As prisões decretadas antes do julgamento definitivo (sentença transitada em julgado), ou seja, no curso do processo, denominadas de prisões provisórias, processuais ou cautelares, exatamente por se contraporem à prisão-pena – que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado –, não ofendem o princípio da presunção de inocência e se constituem em medida excepcional, destinada aos casos de absoluta imprescindibilidade, exigindo-se do juiz competente a demonstração dos pressupostos e requisitos legais de cautelaridade (vide art. 312, CPP e art. 1º, incisos I, II e III, da Lei nº 7.960/89), já que o ordenamento comporta igualmente medidas cautelares diversas à prisão previstas no art. 319, CPP.

Com efeito, são três as espécies de prisões provisórias: prisão em flagrante, temporária e preventiva.

O termo flagrante, do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagare* (queimar), significa ardente, que está em chamas, ardendo ou crepitando. O Código de Processo Penal admite várias formas de flagrante – art. 302, I a IV – não só daquele que está cometendo o crime, mas elastece tal conceito a abarcar outras situações.

A prisão em flagrante, que deve observar as diretivas previstas no art. 302, do Código de Processo Penal, tem, na atual sistemática processual penal, duração efêmera, constituindo-se mero rito de passagem já que não se protraí no tempo como ocorria outrora, *ex vi* do art. 310, CPP, com a alteração feita pela Lei nº 12.403/2011, que estabelece que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. O seu parágrafo único preconiza ainda que, se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato amparado por alguma excludente de ilicitude ou antijuridicidade (exculpante, eximente ou justificativa), como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Já a prisão temporária, admissível apenas na fase de inquérito policial, de caráter instrumental e com prazo de duração fixado em lei (cinco dias, em regra, ou trinta dias, se for crime hediondo, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade), é cabível quando se demonstrar imprescindível às investigações, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou ainda, quando houver fundadas razões da autoria ou da participação do indiciado nos crimes

elencados nas hipóteses do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89. Outrossim, há discussão doutrinária se esses requisitos dos três incisos do art. 1º são de caráter alternativo ou cumulativo.

Das três espécies de prisão cautelar, a mais usual é a preventiva, que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (art. 311, CPP). O art. 312, *caput*, CPP, estabelece os seus fundamentos, podendo ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, e seu parágrafo único estabelece que a preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP). A prisão preventiva pode ser decretada, inclusive, na ocasião da prolação da sentença penal condenatória, conforme tem admitido o STF⁴.

A par disso, cediço que o princípio da presunção de inocência se projeta sob dois aspectos no processo penal ou, dito de outra forma, são dois os principais efeitos que o princípio produz na órbita processual penal: no *onus probandi* e nas prisões cautelares.

O primeiro efeito diz respeito ao standard anglo-saxão de prova e de que a dúvida sempre milita em favor do acusado – traduzido no princípio *in dubio pro reo* –, constituindo este o núcleo duro do princípio, por isso, de caráter absoluto. Dessa forma, o *onus probandi* é atribuído ao acusador, a quem incumbe o dever de comprovar em juízo no curso do processo penal, diante do Estado-juiz, aquilo que está retratado na peça acusatória, mister cujo descumprimento ou cumprimento insatisfatório acarreta a absolvição do acusado pela aplicação de outro postulado que guarda relação estreita e direta com a presunção de inocência, que é o princípio *in dubio pro reo*.

No que tange às prisões cautelares – também denominadas de prisões processuais ou provisórias, em qualquer uma de suas espécies: prisão em flagrante, preventiva ou temporária –, o princípio da presunção de inocência impede que se configurem uma espécie de punição antecipada ao réu. Assim, por força deste postulado, a restrição de direitos do réu antes do julgamento é ilidida, mas não de uma forma absoluta, como pode ser depreendido da admissibilidade da prisão cautelar ou provisória, que não pode, em nenhuma hipótese, se apresentar como um castigo antecipado, devendo, então, revelar-se sempre como medida assecuratória vinculada a real necessidade de sua imposição, como no caso das hipóteses legais do art. 312, do Código de Processo Penal, que estabelece os fundamentos em que a prisão preventiva poderá ser decretada – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (pressupostos da prisão preventiva) e uma vez atendidos os demais requisitos legais ou condições de admissibilidade da medida.

Logo, *prima facie*, se mostraria incompatível o princípio constitucional da presunção de inocência com o cumprimento provisório de prisão-pena, já que o cerceamento da liberdade de forma preventiva, *a priori*, não pode constituir uma punição antecipada àquele que sequer possui condenação definitiva contra si, revelando-se eventual execução antecipada de pena um ato atentatório ao princípio

constitucional da dignidade de pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), epicentro do constitucionalismo contemporâneo.

Sucedeu que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF), desde a promulgação da atual Carta Política, em 05.10.1988, até o dia 07.11.2019, em várias oportunidades se debruçou sobre a possibilidade ou não de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que, ao se fazer uma análise histórica da jurisprudência acerca do tema, depreende-se que o entendimento da Corte se mostrou deveras oscilante, ora pela possibilidade de execução imediata da pena de prisão a partir da confirmação da condenação em segunda instância, ora pela impossibilidade de se decretar a prisão antes do trânsito em julgado do título condenatório, fato este que, a toda evidência, gerou grave instabilidade e elevada insegurança jurídica no país, restando claro que tal polêmica teve o seu ápice no julgamento do HC nº 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, conforme doravante será explicitado.

Deveras, a primeira vez que o STF enfrentou o tema da execução provisória da pena ocorreu em 28.06.1991, no julgamento do HC 68.726/DF⁵, de relatoria do ministro Néri da Silveira, oportunidade em que o Tribunal firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores.

Ainda, no julgamento do HC nº 74.983/DF⁶, de relatoria do ministro Carlos Velloso, ocorrido em 30.06.1997, o STF decidiu que, por não terem efeito suspensivo, os recursos especial e extraordinário não impedem o cumprimento de mandado de prisão.

Na mesma trilha, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009, prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da condenação, após confirmada a sentença condenatória pelo órgão judiciário de segundo grau, visto que os recursos eventualmente aviados, especial e extraordinário, não são dotados de efeito suspensivo, nos termos do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90.⁷

Aliás, com base nesse entendimento, até então predominante, foi editada a Súmula nº 716, do STF, a qual admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Contudo, no julgamento do HC nº 84.078/MG⁸, ocorrido em 05.02.2009, de relatoria do ministro Eros Grau, a Corte Excelsa reformulou o seu entendimento e, por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica em afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da Carta da República.

Mais adiante, modificando novamente o entendimento da Corte, no julgamento do HC nº 126.292/SP⁹, ocorrido em 17.02.2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF deu nova guinada em sua jurisprudência e, também por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao proferir seu voto, o ministro Teori Zavascki, na condição de relator do processo, assentou que, de fato, antes de proferida a sentença condenatória, há de se manter reserva de dúvidas quanto à conduta delituosa, o que leva a conferir ao acusado, para todos os efeitos – mas, especialmente no que se refere ao ônus probatório da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação significaria, neste caso, um juízo de culpabilidade, que deve aflorar dos elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório no curso da ação penal. A partir daí, para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de não culpabilidade por um juízo de culpa – pressuposto inarredável para a condenação –, embora não definitivo, já que passível de revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. Assim, conforme o relator, “é nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame dos fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”¹⁰.

Do mesmo modo, o relator assinalou que os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, haja vista que não se prestam à reapreciação da matéria fática probatória. Dessa forma, tendo havido, em segundo grau, um juízo de culpabilidade do acusado, lastreado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pelos tribunais superiores, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”¹¹.

Partindo dessa premissa, o ministro Teori Zavascki declinou que a execução provisória da sentença condenatória, ainda que na pendência de julgamento de recursos de natureza extraordinária, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o acusado foi tratado como inocente durante o transcurso do processo criminal ordinário, tendo sido respeitados os direitos e garantias a ele inerentes, assim como observadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Ante esse quadro, não violaria o postulado da não culpabilidade autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos da própria responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.¹²

Porém, o relator advertiu que, de fato, poderiam ocorrer equívocos nos juízos condenatórios emitidos pelas instâncias ordinárias, assim como nas instâncias extraordinárias. Nesses casos, o ministro assinalou que sempre haverá outros mecanismos jurídicos vocacionados a suspender, caso necessário, a execução da pena, como as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ou a ação constitucional do *habeas corpus*. De uma forma ou de outra, “mesmo que equívél provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos”¹³.

Assim, com base nesses argumentos, o ministro Teori Zavascki, ao votar pela denegação da ordem de *habeas corpus*, reavivou o antigo entendimento da Corte Excelsa, concluindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, entendimento este acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, com os quais se formou maioria.

Considerando que a decisão proferida no HC nº 126.292/SP gerou efeito somente entre as partes do processo, por se tratar de um caso concreto, não produziu eficácia contra todos e efeito vinculante e, por conta disso, não afetava todos os casos

semelhantes, o que fez com que alguns ministros – que gozam de plena autonomia em suas decisões monocráticas – decidissem em sentido contrário ao que foi deliberado pela maioria no plenário da Corte e, em sede de *habeas corpus*, determinavam a suspensão da execução provisória da pena¹⁴. Por outro lado, os tribunais do país, de modo geral, após a confirmação da condenação em sede de apelação, passaram a determinar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, com base no que foi decidido no HC nº 126.292/SP, o que resultou em um quadro de extrema instabilidade e insegurança jurídicas, que passaram a grassar no país, além de suscitar críticas veementes da doutrina.

Neste sentido, Streck asseverou que o STF, no julgamento do HC nº 126.292/SP, teria reescrito a Constituição Federal e, com isso, aniquilado a garantia fundamental da presunção de inocência, já que este julgamento teria se revelado um equívoco, pois o Alto Pretório havia julgado inconstitucional o próprio texto constitucional.¹⁵

Ainda, segundo Streck, essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, porquanto a matéria foi levada ao plenário da Corte. Entretanto, relata que não houve declaração incidental, visto que teria sido uma interpretação da Carta da República e, ao que parece, a Corte Suprema não declarou a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo do Código de Processo Penal. E é aí que residiria o problema, pois não seria possível ignorar a clareza do texto do art. 283, do Código de Processo Penal, cuja redação é do ano de 2011, o qual estabelece que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.¹⁶

A par disso, Streck pontuou que, da análise do voto do ministro Teori Zavascki, relator do feito, não se vislumbraria qualquer menção ao art. 283, CPP, o que levaria a concluir que tal dispositivo legal ainda está em pleno vigor. Em continuação, Streck afirma que o voto do ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC nº 126.292/SP, vai de encontro ao raciocínio construído pelo próprio ministro no julgamento da Reclamação nº 2.645/SP, quando ainda era ministro do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que, ao proferir o seu voto, entendeu que seria inadmissível negar aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. Ocasão em que proclamou que: “tenho absoluta tranquilidade para dizer que o art. 283 continua válido. Logo, aplicável”¹⁷.

Diante desse quadro, forçoso era concluir que, para que o impasse instaurado fosse dirimido, o caminho inexorável seria a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por meio da qual o STF teria que dizer, afinal, se o art. 283, CPP, é constitucional ou não, já que, naquele momento, a dicotomia era manifesta: um dispositivo do Código de Processo Penal válido e uma decisão do STF sinalizando em sentido contrário.

Dentro desse contexto, o STF, no dia 17.10.2019, deu início ao julgamento conjunto das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e Partido Comunista do Brasil (P C do B), oportunidade em que a Corte se debruçou a respeito da constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, que prevê, dentre as condições para a prisão, o trânsito em julgado do título condenatório, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, do Texto Fundamental de 1988. Na oportunidade, o

ministro Marco Aurélio, relator, fez a leitura do relatório, com o resumo das alegações apresentadas em cada uma das ações e um breve histórico de sua tramitação. Em seguida, foram ouvidos os advogados dos autores das ADCs e os representantes das entidades admitidas pelo relator.

Retomado o julgamento, em 23.10.2019, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência dos pedidos formulados nas ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentando a constitucionalidade do art. 283, CPP. Ao justificar o seu posicionamento contrário à execução provisória da pena, o ministro afirmou que “a execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão”¹⁸. A respeito do teor do art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Maior, consignou que “o dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”¹⁹. Em arremate, registrou que “urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso”²⁰.

Na mesma assentada, o ministro Alexandre de Moraes, ao inaugurar a divergência, afirmou que é possível a execução provisória da prisão, sob o argumento de que o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância não afronta o princípio da presunção da inocência, que, a seu ver, se trata de “uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”²¹. Prosseguindo, vaticinou que a presunção de inocência pressupõe que toda condenação deve ser precedida de uma atividade probatória produzida pela acusação, sendo vedada, taxativamente, a condenação desacompanhada das necessárias provas, “devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio”²². A par disso, destacou que “a decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o ‘juízo de consistência’, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade”²³, de modo que, ao se exigir o trânsito em julgado ou o julgamento de recurso especial pelo STJ ou de recurso extraordinário pelo STF para, somente a partir de então, iniciar a execução da pena aplicada, mesmo após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal, “seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional”²⁴. Com base nessas premissas, votou pela parcial procedência dos pedidos gizados nas ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, no sentido de conceder interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 283, CPP, de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por tribunal de segundo grau de jurisdição.

Ainda em 23.10.2019, o ministro Roberto Barroso, ao acompanhar a divergência, salientou que, do exame minucioso dos incisos LVII e LXI do Texto Maior, é possível verificar que “o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão

condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”²⁵, daí dizer que a regra para decretação da prisão é a reserva de jurisdição, e não o trânsito em julgado. Ademais, pontificou que a presunção da inocência, por se tratar de um princípio, e não de uma regra absoluta, está sujeita a ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais, logo, “na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência”²⁶. Outrossim, averbou que, no momento em que se dá a condenação do réu em segunda instância, são estabelecidas algumas certezas jurídicas, tais como a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas, de modo que postergar de modo infundado a prisão do condenado “estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal”²⁷.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin, também no dia 23.10.2019, ao votar pela improcedência dos pleitos formulados nas ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentou que, diante da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especiais, “não faria sentido se exigir que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação”²⁸. Sendo assim, entendeu que “a interpretação que dá eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”²⁹.

No terceiro dia do julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, em 24.10.2019, a ministra Rosa Weber, ao manifestar entendimento contrário à execução provisória do acórdão condenatório e, por consequência, acompanhar o voto do relator, ponderou que “o art. 5º, LVII, da CF, enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar”³⁰. Logo, em face da regra expressamente veiculada pelo constituinte, que estabelece o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência, momento em que é possível infligir os efeitos da atribuição da culpa ao acusado, “não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém”³¹. Ainda segundo a ministra, afora as hipóteses de prisão cautelar, delineadas no art. 312, CPP, a prisão-pena tem como pressuposto a formação da culpa e, segundo o que dispõe a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta da República de 1988, só poderá irradiar seus efeitos normativos a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que, “gostemos ou não, esta é a escolha político-civilizatória manifestada pelo poder constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos”³².

Também em 24.10.2019, o ministro Ricardo Lewandowski, ao seguir o voto do relator, ressaltou que, se aos deputados e senadores, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são democraticamente investidos, é vedado suprimir ou minimizar a presunção de inocência, cristalizada na Constituição Federal de 1988, “com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da

interpretação, eis que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas³³. Ademais, sublinhou que, após a guinada jurisprudencial realizada pela Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, em 17.02.2016, muitos decretos de prisão foram emitidos, após decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, violando a regra do art. 5º, inciso LXI, da Lei Maior, ressaltando também que “esse retrocesso jurisprudencial mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, particularmente daqueles que militam na área acadêmica”³⁴.

O ministro Luiz Fux, em contrapartida, ao defender a possibilidade de execução provisória da pena após confirmação da sentença em segunda instância, asseverou que o princípio da presunção da inocência não possui qualquer vinculação com a prisão. Segundo ele, o art. 5º, inciso LXI, do Estatuto Fundamental, garante ao acusado provar a sua inocência até o trânsito em julgado, porém, “à medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma gradação”³⁵. No mesmo contexto, o ministro entendeu salutar a manutenção do entendimento deflagrado pelo STF no julgamento do HC nº 126.292/SP, em homenagem ao princípio da segurança. “Nós estamos aqui desde 2016 dizendo: essa regra é salutar, ela evita a impunidade, e agora nós vamos mudar por quê? Qual a razão de se modificar a jurisprudência?”³⁶.

Já em 07.11.2019, último dia de julgamento, a ministra Cármen Lúcia, primeira a votar, acompanhou a divergência e, assim, votou a favor da prisão após condenação em segunda instância, alegando que “a eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade”³⁷. Essa certeza da impunidade, na esteira da ministra, não é nutrida pelos mais pobres, e sim por aqueles mais abastados, que dispõem de meios “para usar, ou até para abusar, de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar de responder pelo delito e protrair o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram como consequência do delito”³⁸.

O ministro Celso de Mello, por seu turno, na condição de decano da Corte, na mesma linha de suas manifestações pretéritas, aderiu ao voto do relator e, com isso, votou pela impossibilidade de execução antecipada da pena de prisão. Em suas razões, assentou que as sanções impostas a qualquer condenado dependem, para a sua efetivação, do trânsito em julgado do título condenatório que as aplicou, haja vista que a garantia constitucional da presunção da inocência “impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário”³⁹. Outrossim, pontificou que a presunção de inocência, “repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente”. Em complemento, o ministro consignou que a repulsa à presunção de inocência “não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada pela Constituição da República e que se mostra, por isso mesmo, absolutamente indevida e arbitrária”⁴⁰.

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes – que, no ano de 2009, no julgamento do HC nº 84.078/MG, havia manifestado entendimento favorável à prisão em segunda instância, o que foi repetido por ele em 2016 no julgamento do HC nº 126.292/SP –, votou contra a execução provisória de acórdão condenatório de segundo grau, em consonância com o voto do relator, aduzindo que a mudança de entendimento hoje resulta do “desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016”⁴¹, porquanto os tribunais não compreenderam que a Corte, no julgamento do HC nº 126.292/SP, entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena, e não obrigatoriedade. “Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após condenação em segunda instância seria possível, mas não imperativa”⁴².

Já o ministro Dias Toffoli, na condição de presidente do STF, responsável pelo desempate no julgamento que se encontrava cinco votos a cinco, decidiu pela impossibilidade de cumprimento da prisão em segunda instância. Conforme ponderou, a prisão lastreada unicamente em condenação penal só pode ser decretada após o trânsito em julgado, sendo essa a vontade do legislador quando da edição da Lei nº 12.403/2011, que alterou a redação do art. 283, CPP. Logo, a norma não carece de interpretação conforme a Constituição, mas sim como prevista na Constituição. Ainda de acordo com o ministro, o Congresso Nacional possui autonomia para alterar esse dispositivo e definir o momento da prisão. A única exceção, enfatizou, é a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, que, segundo preconiza a Lei Maior, é soberano em seus veredictos.⁴³

Dessarte, o STF, por apertada maioria (seis votos a cinco) e nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedentes os pedidos aduzidos nas ações para assentar a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, afastando assim a possibilidade do cumprimento antecipado da pena de prisão sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reformulando então o entendimento firmado em 2016 no julgamento do HC nº 126.292/SP e reavivando o precedente gizado no HC nº 84.078/MG, de 2009, só que agora com toda a carga de efeitos do controle concentrado (art. 102, § 2º, CF) – efeito vinculante e eficácia contra todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após três décadas de posições oscilantes, em função de mudanças em sua composição, sob o aspecto jurídico, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, no final do ano de 2019, ao decidir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF), pelo descabimento da execução provisória da pena privativa de liberdade, pôs fim a um impasse que reinava na ordem jurídica do país, a gerar instabilidade e insegurança jurídicas deflagrados pela própria Corte, já que suas manifestações anteriores haviam se dado no controle difuso, notadamente no julgamento de *habeas corpus*, sendo, deste modo, desprovidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.

De outro giro, considerando que as decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade vinculam somente o próprio Judiciário e o Executivo, tem-se que o Poder Legislativo, cujos membros foram investidos pelo voto popular, poderá promulgar, se quiser, uma proposta de emenda constitucional

(PEC) tendente a permitir a prisão em segunda instância, ou limitar os recursos às Cortes Superiores com reforma na legislação infraconstitucional, desde que as proposições legislativas em tela não afetem as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF) e nem tampouco o núcleo duro dos direitos e garantias fundamentais. Assim, em princípio, a discussão, doravante, continuará na arena político-democrática, que é o *locus* apropriado para a deliberação quanto à viabilidade ou não da execução provisória da pena de prisão a partir da segunda instância.

No mais, também não se pode olvidar – e o legislador certamente atentará a isso – que os processos criminais que tramitam nas cortes judiciárias do país, sobretudo nas instâncias superiores, padecem de excessiva lentidão, dada a gama de recursos endereçados aos tribunais superiores, justamente para procrastinar o andamento da ação penal e, dessa forma, adiar o início da execução da pena e obter eventual prescrição da pretensão punitiva (ou até executória), além de decorrerem das falhas na organização administrativa do Poder Judiciário (falta de juízes, de servidores e de gestão eficiente), afrontando assim o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF) e, ao mesmo tempo, despertando uma intolerável sensação de impunidade no seio da coletividade. Por conta disso, a interpretação da Constituição e das normas penais e processuais penais tem sido pressionada por exigências de efetividade.

Por outro lado, é de se observar que o Ocidente vive uma preocupante onda de produção legislativa restritiva de direitos, sob o pretexto de se promover a persecução penal com efetividade e combater a impunidade. Dentro dessa perspectiva, nem tanto ao mar nem tanto à terra, há que se ter a máxima cautela, porquanto, “em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”⁴⁴, assim, ao legislador, diante da gravidade da complexidade do tema, compete agir com parcimônia, a fim de evitar autoritarismos e abusos que, a toda evidência, impliquem em inequívoco retrocesso na história e afronta às liberdades públicas e garantias individuais dos cidadãos, conquistadas a duras penas ao longo da história da humanidade. 

NOTAS

- 1 BRASIL. STF. HC nº 67.707/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 07.11.1989, publicado em 14.08.1992.
- 2 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência*. In SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251.
- 3 BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003, p. 35.
- 4 Neste sentido, o STF vem admitindo que a decretação de prisão preventiva se dê na sentença penal condenatória: cfr. BRASIL. STF. RHC nº 121.075/DF. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma do STF, julgado em 23.06.2015, publicado em 15.06.2016.
- 5 BRASIL. STF. HC 68.726/DF. Rel. Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno, julgado em 28.06.91, publicado em 20.11.92.
- 6 BRASIL. STF. HC 74.983/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, julgado em 30.06.97, publicado em 29.08.97.
- 7 BRASIL. STF. HC nº 70.662/RN. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 21.06.94, publicado em 04.11.94; HC nº 71.723/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 14.03.95, publicado em 16.06.95; HC nº 79.814/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 23.05.00, publicado em 13.10.00; HC nº 80.174/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma, julgado em 06.06.00, publicado em 12.04.02; RHC nº 84.846/RS. Rel. Min. Carlos Velloso.

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

- Segunda Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 05.11.04; RHC nº 85.024/RJ, Relª Minª Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 23.11.05, publicado em 10.12.04; HC nº 91.675/PR. Relª Minª Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 04.09.07, publicado em 07.12.07.
- 8 BRASIL. STF. HC nº 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05.02.09, publicado em 26.02.10.
- 9 BRASIL. STF. HC nº 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16, publicado em 17.05.2016.
- 10 Idem.
- 11 Idem.
- 12 Idem.
- 13 Idem.
- 14 Cfr. BRASIL. STF. HC nº 135.100/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Liminar deferida em 01.07.2016.
- 15 STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- 16 Idem.
- 17 Idem.
- 18 BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.
- 19 Idem., 20 Idem., 21 Idem., 22 Idem., 23 Idem., 24 Idem., 25 Idem., 26 Idem., 27 Idem., 28 Idem., 29 Idem., 30 Idem., 31 Idem., 32 Idem., 33 Idem., 34 Idem., 35 Idem., 36 Idem., 37 Idem., 38 Idem., 39 Idem., 40 Idem., 41 Idem., 42 Idem., 43 Idem.
- 44 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 275-290.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003.
- BITENCOURT, César Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- EL HERICHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *Decisão do Supremo é mais um capítulo do direito penal de emergência*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. In: SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ARQUIVO PESSOAL



WANDERLEI JOSÉ DOS REIS é Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional. Cursa 2º Doutorado em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro Titular-vitalício da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Juiz de Direito e Juiz Eleitoral em Mato Grosso e ex-delegado de polícia.



Direitos fundamentais, políticas públicas e orçamento público

■ POR ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI E RUI MAGALHÃES PISCITELLI

“A sociedade deve entender seus deveres e direitos, bem como participar da elaboração orçamentária, desde sua fase propositiva, a fim de que, cada vez mais, o Estado se legitime ao financiamento das políticas públicas.”

O Estado, sobremaneira, é o grande provedor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o orçamento público serve como instrumento para a concretização para a realização das políticas públicas, estas, vetores necessários para a implementação daqueles direitos.

Neste artigo, inicia-se por trazer os fundamentos dos direitos fundamentais, correlacionando-se à atuação da Administração Pública.

Na sequência, discorre-se sobre as políticas públicas, caracterizando-as como o meio necessário para que o Estado possa alcançar aqueles direitos aos cidadãos.

Ao final, como não poderia deixar de sê-lo, trazemos o orçamento público, uma peça que serve como repositório dos esforços e dos benefícios destes decorrentes para que a sociedade possa exercer seus direitos e cumprir com os seus deveres.

A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DA HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É mister tecermos uma breve retrospectiva da evolução do fenômeno estatal, na medida em que ele retrata o momento histórico dos direitos fundamentais que corresponderam a cada época, e, assim, da relação cidadão-Estado. Nesse sentido, se os direitos fundamentais são os de maior envergadura dos cidadãos em relação ao Estado – hoje, também aos particulares, em geral –, entende-se que a sua evolução fará compreender melhor a posição do Estado para garanti-los.

Tenha-se que a figura dos Estados Nacionais vem consolidada com a Idade Moderna. A ela é inerente a ideia de soberania de um governo sobre uma população. A propósito, trazemos os ensinamentos Moreira Neto¹, na diferenciação histórica da formação entre o Direito Público e o Privado:

As relações de coordenação, típicas do Direito Privado, bem como as relações de subordinação não-estatais, quase não sofreram transformações apreciáveis com o passar dos séculos, conformando sistemas normativos relativamente estáveis.

Diferentemente, as relações travadas entre os indivíduos e o Estado destacam-se como as que mais evoluíram em direção ao sucessivo reconhecimento e proteção da liberdade e da dignidade individuais. As primitivas formas de organização política originaram o chamado Estado religioso, no qual a autoridade se fundava na vontade divina revelada; as raras normas de subordinação se apresentavam com caráter negativo, consistentes numa série de proibições, como tabus jurídicos, e as atividades do Estado concentravam-se na manutenção da segurança, dos costumes e dos cultos. Esse quadro permaneceu relativamente estável até o Renascimento, quando surgiu na Europa o Estado-nação, como organização política dominante, já apresentando alguma autonomia em relação à religião; não obstante, como o poder estava fortemente centralizado no monarca, não existia ainda espaço para o desenvolvimento de um Direito Público.

Essa primeira etapa na História da formação do Estado-nação redundou em um Estado absolutista, o qual se resume na frase “O Estado sou eu”, atribuída a Luís XIV, o qual representou todo o pensamento político absolutista da Época Moderna.

Nesse momento, como uma fase necessária do desenvolvimento social, o Estado, esse “grande e robusto homem artificial”², é-nos apresentado personalizado nos Estados Nacionais.

Em face do auge do absolutismo, o descontentamento leva à organização de diversos movimentos sociais, tendo a Revolução Francesa como ápice, na qual esse modelo de organização político-estatal foi, literalmente, enforcado.

Nesse cenário, a Revolução Francesa teve por meta enfraquecer o Estado (que, na verdade, não era forte no sentido de presença na sociedade), baseada na ideia do que os reis faziam do poder. Desta forma, então, a Revolução Francesa inaugurou a primeira dimensão dos direitos fundamentais³.

Nessa fase, tanto melhor seria o Estado quanto menos se fizesse sentir na sociedade. Como contextualização, tomemos “a mão invisível do Estado”⁴. É a conhecida fase do liberalismo. Alexy bem retrata os desejos dos cidadãos de então: “Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado”⁵.

No entanto, a sociedade foi se reorganizando após a queda da Monarquia, sob o comando da classe burguesa, que, inicialmente, compreendia os comerciantes individuais (o povo da pré-Revolução Francesa). Com o tempo, a organização econômica foi ficando mais complexa, ou seja, as imperfeições econômicas à concorrência perfeita foram se tornando cada vez mais visíveis e sentidas pela massa da população, massa essa que então passa a se constituir dos trabalhadores que não detinham os meios de produção, senão sua própria força de trabalho. Os movimentos sindicais, os emigrantes europeus em busca de trabalho na América e o surgimento do socialismo contribuíram para que ingressássemos na denominada segunda dimensão dos direitos fundamentais, que teve um grande reflexo na construção de uma nova estrutura do Estado.

Nessa fase não mais se admitia um Estado passivo: os movimentos populares exigiam que se tivesse um Estado intervindo nas relações trabalhistas, previdenciárias e sociais como um todo.

A Encíclica Papal *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII – que ficou conhecida como a “certidão de nascimento” do Direito do Trabalho, visto que, até então, as relações laborais eram reguladas pelo Direito Civil –, em muito contribuiu nesse processo, ao denunciar ao mundo a condição subumana a que milhares de trabalhadores estavam submetidos, servindo a Revolução Industrial no sentido de propiciar a acumulação de capital nas mãos dos detentores de fatores de produção outros que não o trabalho. A Constituição Mexicana e de Weimar foram marcos nesse processo social, no início do século XX. É a conhecida fase da busca pela igualdade, momento social bem retratado por Moreira Neto⁶:

Com efeito, como o liberalismo clássico havia pretendido manter o Estado como simples espectador dos fenômenos econômicos e sociais, se havia aberto um crescente espaço anômico, o que permitiu o aumento de pólos irrefreados de poder na sociedade, que passaram a causar distorções econômicas e sociais e a comprometer a igualdade de oportunidades entre os indivíduos. Nessas condições, o Estado foi chamado a intervir para coibir os excessos e, simultaneamente, para suprir lacunas abertas pela iniciativa privada, ausente ou insuficiente, para garantir e, posteriormente, dirigir o desenvolvimento econômico.

Mas a sociedade continuou a evoluir, bem como o Estado e a Administração Pública.

As duas grandes guerras mundiais, sobretudo pelas suas consequências para a população mundial, fizeram com que houvesse um sentimento de que era preciso desenvolver mais a solidariedade entre os habitantes do Planeta. O Plano Marshall, de reconstrução da Europa no pós 2ª Guerra Mundial, muito bem ilustrou esse cenário.

A Constituição Portuguesa de 1976 trouxe a possibilidade de transição para um Estado socialista, com a consequente estatização dos fatores de produção.

Surgia, assim, a terceira dimensão dos direitos fundamentais. É a conhecida fase da necessidade de fraternidade no exercício dos direitos fundamentais.

Anote-se, ainda, que Sarlet nos noticia a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, mas adverte: “(...) no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais

internas”⁷. Direito à informação e à participação popular direta, dentre outros, marcam essa nova dimensão, na qual o ponto realmente diferenciador é a garantia de capacitação dos indivíduos para fazerem parte de uma sociedade globalizada⁸.

Acerca da evolução desses modelos, Gonçalves⁹ assim se manifesta:

O que se pode afirmar, após extensa reflexão, é que os modelos de Estado devem complementar-se, não havendo uma receita específica para todos os países. No Brasil, é preciso levar em conta os aspectos e características culturais, econômicos, políticos, e principalmente sociais, para que se possa criar um modelo brasileiro próprio de Estado Pós-social, adaptando-o aos reclames de um país em desenvolvimento.

A despeito de contarmos com direitos fundamentais de dimensões elevadas, não podemos deixar de imprimir-lhes efetividade, busca que é bem assinalada por Cléve¹⁰: desde o início dos anos 90, o Brasil passou a conhecer uma nova geração de constitucionalistas, com o firme propósito de materializar os princípios e valores do texto da Carta para o mundo real.

O Direito Administrativo, nesse cenário, é um produto da Idade Moderna, na medida em que tende a harmonizar a operacionalização do Estado com sua atuação na sociedade, levando em conta as limitações necessárias à preservação dos direitos fundamentais de todas as dimensões. E esse é o grande desafio da contemporaneidade, conforme Moreira Neto¹¹:

É inegável que o atual modelo de Estado – colhido nesse processo de mudança acelerada, como responsável pela regência dos destinos de sociedades cada vez mais conscientes de seus interesses bem como da importância de garanti-los, sempre mais demandantes de serviços e organizadas para exigí-los – tornou-se uma instituição problemática. Mais uma crise a superar, mas, diferentemente das crises históricas que o apossaram, há cada vez melhores condições para resolvê-la, como, de resto, qualquer outro conflito, não importa de que natureza, desde que se o faça com os próprios instrumentos de ordem jurídica e, para tanto, quanto mais dúctil e flexível esta for, melhor e mais rapidamente serão superadas as crises que advirão.

A Administração, como braço operador das políticas traçadas por um Governo, deve acompanhar a evolução dos direitos fundamentais¹². Assim sendo, pré-juízos como a estrita legalidade, a supremacia absoluta do interesse público sobre o interesse privado, o caráter exclusivamente unilateral do ato administrativo e a indisponibilidade do interesse público, ainda que em se tratando do secundário, vêm sendo substituídos, num cenário de busca na direção de um Estado Democrático de Direito (não somente do ponto de vista estritamente legal) por outros, como a interpretação sob o viés do sistema jurídico integral, a compatibilização dos direitos fundamentais com o interesse estatal, a participação popular na elaboração das políticas públicas e a restrição da indisponibilidade ao interesse público primário, sob a ótica da defesa intransigente do interesse da sociedade, descolando-se dos interesses meramente patrimoniais do Estado. Na doutrina, isso é sintetizado por Otero¹³:

Um sistema tendencialmente fechado de legalidade substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade.

Assim, a segunda dimensão dos direitos fundamentais estaria, de regra, associada temporalmente a essa Escola burocrática, na medida em que o Estado, para poder intervir na sociedade (como reclamo desta pelos exageros da fase predecessora liberal), precisa de uma máquina administrativa profissionalizada. No Brasil, o Presidente Getúlio Vargas foi o responsável pela introdução de mudança no perfil administrativo, fazendo com que o descontrolo e pessoalidade patrimonialistas cedessem, pouco a pouco, espaço a uma administração pública profissional, com a introdução de controlos de pessoal, incluindo a seleção impessoalizada dos agentes a prestarem serviços ao Estado.

No final da década de 70 e início da década de 80, em nível mundial, assistimos a uma tendência de reformulação do Estado. A manter aquele nível de atuação, certamente, a sociedade passaria a perder cada vez mais espaço.

É a época em que, nos Estados Unidos, Ronald Reagan e, na Inglaterra, Margareth Thatcher, desenham um novo modelo: o Estado gerencial: o setor privado passaria a assumir as atividades até então estatais ou públicas, algumas por transferência de titularidade, e outras pela mera delegação de exercício.

Aí é gestada a Escola gerencial de Administração Pública, devendo a atividade estatal não mais focar a intervenção econômica, tampouco a prestação de serviços públicos, exceto minimamente, com ênfase nas funções de fomento e de regulação econômica, o que reforça a ideia da tecnocracia.

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, (re)introduziu os quatro princípios constitucionais da Carta de 88 (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade), destacando o conceito da eficiência, a possibilidade de demissão – mesmo dos servidores estáveis, por insuficiência de desempenho – e, o que nos toca mais diretamente, a possibilidade do controle popular sobre a Administração Pública, de forma mais detalhada do que o previsto no texto originário de 88, o que enfeixa a ideia de consolidação do modo gerencial de administrar a coisa pública¹⁴.

Moreira Neto assim se manifesta acerca da eficiência, esse princípio basilar da Escola Gerencial, e, conseqüentemente do Novo Direito Administrativo¹⁵:

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, ou atendendo apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, de modo a possibilitarem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência são, por certo, numerosas e diferenciadas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de parâmetros objetivos previamente fixados, que se destinam à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa. *Esses parâmetros tanto poderão ser fixados pela lei, como pelo ato administrativo,*

pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (feed-back), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, pois de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle.

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos. (Grifo aposto.)

Como corolário ao princípio da eficiência, Moreira Neto disserta sobre a sua íntima correlação com o princípio da economicidade¹⁶:

Neste sentido, em parte é corolário do princípio da eficiência, acima estudado, porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente financeira, portanto, mensurável ou estimável, entre insumos e produtos, pois, tanto quanto nas hipóteses aplicativas daquele princípio matriz, a economicidade tampouco prescinde de parâmetros objetivos, claros e previamente conhecidos, para que, em cotejo com eles, seja possível chegar-se a conclusões, juridicamente válidas, sobre sua eventual violação, não podendo decorrer, portanto, de uma apreciação livre e, muito menos, subjetiva dos atos da Administração, daí a necessidade de motivação quando de sua aplicação.

Pois bem, esse Estado Gerencial não visa acabar com a burocracia, senão aprimorá-la. O alvo, desde a Escola burocrática é o patrimonialismo, que representa a intromissão do privado no público, com suas formas próprias de corrupção e cooptação. Institutos como a participação popular via consultas e audiências públicas, concessão de serviços públicos, terceiro setor, parcerias com a iniciativa privada, busca da eficiência e da economicidade, dentre outros, são a tônica do Estado gerencial. Daí, então, ele se volta para aquilo que se conhece como as Novas Formas do Direito Administrativo.

Nesse rumo evoluiu a aplicação da participação popular prevista no texto constitucional originário de 88 para a Emenda Constitucional nº 19, de 1998¹⁷.

O instrumento por excelência de participação da sociedade na política sob responsabilidade do Estado é o orçamento público, tema sobre o qual vamos nos debruçar no próximo item.

O ORÇAMENTO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Na doutrina, o orçamento público, peça não só de natureza contábil, mas de estatura legal e de assento constitucional, nos é apresentado como a materialização da:

ação planejada do Estado, quer na manutenção de suas atividades, quer na execução de seus projetos...o instrumento de que dispõe o Poder Público (em qualquer de suas esferas) para expressar, em determinado período, seu programa de atuação, discriminando a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, bem como a natureza e o montante dos dispêndios a serem efetuados.¹⁸

Uma vez aprovada a lei orçamentária pelo Congresso Nacional, inicia-se, então, sua execução. Isto quer dizer que a realização das despesas e a concretização das receitas vai ocorrendo durante o ano em curso. Através da programação financeira, tal processo, sistematizado pelo Poder Executivo, é o que efetivamente faz com que o orçamento se concretize. Ao que interessa especificamente para o nosso tema, veja-se a possibilidade legal de os demais Poderes também participarem: “Compete às unidades responsáveis pelas atividades do Sistema de Administração Financeira Federal: promover a integração com os demais Poderes e esferas de governo em assuntos de administração e programação financeira”¹⁹.

Também da doutrina constitucional, colhe-se que as opções políticas do quê e quanto gastar são do legislador:

Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.²⁰

Podemos, assim, associar à ideia de orçamento o conceito de política pública:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²¹

A mesma Autora afirma que a política pública é tarefa do legislador, executável pela Administração Pública:

Parece relativamente tranqüila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo, e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob forma de leis, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica tripartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.²²

Sarlet também assinala que, para a satisfação das necessidades sociais, de um modo geral; a via legítima é a alocação via recursos orçamentários :

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de uma crescente *conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo deverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social*. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein, quando

afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar a sério o problema da escassez” (grifo aposto)²³

É nesse contexto que o orçamento constitui o palco no qual devem estar explicitadas as políticas públicas de um Estado em um determinado momento, em que as funções Executiva e Legislativa devem se fazer presentes, desde a elaboração do plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias e culminando na lei orçamentária anual, cabendo ao Judiciário o papel constitucional de julgamento das políticas públicas, no sentido assegurar a implementação gradual dos direitos fundamentais aos cidadãos.

Com previsão constitucional nos arts. 163 a 169, o Direito Financeiro é o responsável pela própria instrumentalização do Estado brasileiro.

Além do estudo dos referidos dispositivos constitucionais, o estudo das normas gerais de Direito Financeiro, consubstanciadas na Lei nº 4.320, de 1964, e na Lei Complementar nº 101, de 2000 (a Lei da Responsabilidade Fiscal), faz do conhecimento da referida disciplina ponto essencial aos Operadores da Administração Pública.

A propósito disso, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito, por ocasião de sua manifestação no julgamento da ADI 4048, deixou consignado que “A lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição”.

Assim também, Cláudio Ladeira de Oliveira e Francisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira afirmaram que “Tem-se, dessa forma, uma necessária vinculação do poder público aos direitos fundamentais e, mais que isso, a precisa noção da missão fundamental do orçamento público nessa proteção, do que resulta uma atividade financeira estatal voltada para a consecução desse pleno objetivo.” (O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00183.pdf>.)

Essa evolução é percebida no próprio desenvolvimento de conceitos de orçamento público, migrando-se de uma mera relação de receitas e de despesas públicas, para a essência do orçamento-programa, que, com o advento do Estado Social, em meados do século XX, veio a ser instrumento precípua de implementação das políticas públicas estatais.

Assim, constata-se que, com a promulgação da Constituição de 1988, os direitos fundamentais estão intimamente ligados à capacidade de oferecimento pelo Estado brasileiro de políticas públicas.

PARTICULARIDADES SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO

O orçamento público é um verdadeiro pacto entre o Estado e a sociedade, através de seus representantes, numa conjugação dos Poderes Legislativo e Executivo. É por meio desse instrumento que se materializa a atuação da Administração com vistas à consecução dos objetivos e metas governamentais, executando seus programas, sob a forma de atividades e projetos.

Há quem diga que o ciclo orçamentário compreende o conjunto do que há de mais nobre e relevante no papel dos Poderes: daí emanam as decisões mais

importantes sobre de onde vêm os recursos que financiarão as funções do Estado e em que serão efetuadas as suas aplicações, do que resulta a importância política das definições sobre quem e em que proporção as pessoas e as empresas arcarão com os ônus e em que medida e abrangência umas e outras se beneficiarão. Isso envolve a grande discussão sobre os critérios de justiça fiscal, tanto na captação quanto na alocação orçamentária: como se conseguiria equalizar os ganhos e perdas dos contribuintes e cidadãos em geral. É possível adotar critérios que satisfaçam aos princípios de progressividade nas relações custo-benefício dos indivíduos?

A natureza e a extensão do provimento das necessidades públicas pelo Estado depende das convicções das pessoas, da cultura da população, da forma de organização da sociedade, e, portanto, varia conforme o lugar e o momento, o que dá *elasticidade* ao orçamento. Essas necessidades, assim, podem ser satisfeitas por meio do Estado ou através dos mecanismos de mercado. Dependendo da amplitude das respectivas atribuições, será necessária uma maior ou menor carga tributária para suportar esses encargos. Do confronto entre receitas e despesas configuram-se os diversos estados da execução do orçamento: equilibrado, superavitário ou deficitário. Muitas vezes o resultado dessa execução reflete uma política deliberada de atuação governamental, de expansão ou retração da participação do Estado.

Na maioria dos casos, a maior parte das receitas públicas provém dos tributos e a maior parte das despesas públicas se destina ao custeio, ou seja, à manutenção da máquina administrativa. São (re)correntes, que se repetem, se “esgotam” por si mesmas. A elas se contrapõem as receitas/despesas de capital, cujo efeito no tempo se prolongam, como, por exemplo, as receitas provenientes de empréstimos – que deverão ser resgatados, além de gerarem ônus financeiros – e as despesas resultantes de investimentos – que produzem benefícios, sob a forma de bens ou serviços.

Do ponto de vista econômico, a “melhor” relação que se poderia estabelecer é a representada por um excedente entre receitas e despesas correntes, e entre despesas e receitas de capital. Isso propiciaria uma sobra de receitas sobre despesas correntes para financiar os gastos do dia-a-dia, sem a necessidade de recorrer a empréstimos; e um excesso de receitas sobre despesas de capital para financiar os investimentos que dão retorno a médio ou longo prazo, sem desfalcas o patrimônio.

Seja na produção e fornecimento de bens e serviços públicos, seja atuando nas clássicas funções tendentes a promover o crescimento, a redistribuição e a estabilização, o Estado é o agente fundamental que, por meio de diferentes políticas, pode interferir decisivamente na atividade econômica de qualquer país. Por tais razões que a função orçamentária e financeira da Administração Pública é tão importante. Entre nós, todavia, os responsáveis pela elaboração e execução dos orçamentos ainda se valem de uma linguagem e de métodos que dificultam enormemente a compreensão dos interessados e até de especialistas no acompanhamento e análise das diversas etapas desse processo.

É preciso também entender que o orçamento não é uma peça isolada; faz parte de um conjunto integrado de peças, algumas obrigatórias e com prazos determinados, outras facultativas e com prazos aleatórios. No primeiro caso,

temos o plano plurianual (4 anos), as diretrizes orçamentárias (anual) e o orçamento propriamente dito (anual), que se subdivide em fiscal, da seguridade social e de investimentos das estatais. No segundo caso, os planos nacionais, regionais e setoriais. Este conjunto se insere no conceito de planejamento, como um processo contínuo e sistemático, através do qual o Poder Público conduz as ações governamentais e induz a atuação do setor privado. Há várias formas de descentralização: da administração direta para a indireta, entre as diferentes esferas – federal, estaduais e municipais -, e do setor público para o privado, pelas diversas formas de parcerias ou delegações, e, em determinados casos, por meio de privatizações.

O Estado pode atuar de um extremo a outro, como produtor e regulador, com estruturas estatais, públicas e privadas, fornecendo ou subsidiando bens e serviços públicos ou atuando via mecanismos de mercado. A palavra final caberá, nas democracias, ao contribuinte, ao cidadão, a quem cabe, em última análise, a definição das dimensões e da natureza das funções do Estado. 

BREVES CONCLUSÕES

Sem ter a menor pretensão de sequer tratar a integralidade do assunto, muito menos esgotar qualquer reflexão a respeito, espera-se ter, ao menos, lançado luzes ao debate da interrelação necessária entre o orçamento público e a garantia dos direitos fundamentais.

A sociedade deve entender seus deveres e direitos, bem como participar da elaboração orçamentária, desde sua fase propositiva, a fim de que, cada vez mais, o Estado se legitime ao financiamento das políticas públicas.

Por fim, para tal objetivo, é curial que os cidadãos possam cada vez mais entender que o orçamento é o instrumento para realizar os direitos fundamentais.

NOTAS

- 1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 15-16.
- 2 Descrição de Thomas Hobbes, na sua obra “O Leviatã”.
- 3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- 4 Vide, dentre outras publicações de pensadores da época, “A riqueza das Nações”, de Adam Smith.
- 5 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419.
- 6 MOREIRA NETO, p. 17.
- 7 SARLET, Ingo Wolfgang. p. 59.
- 8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526.
- 9 GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato Administrativo. Tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 45.
- 10 CLÉVE, Clemerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, p. 33-53.

- 11 MOREIRA NETO, p. 18.
- 12 Acerca da constitucionalização da Administração Pública Brasileira, consultar: PISCITELLI, Rui Magalhães. II Congresso Brasileiro de Carreiras Jurídicas de Estado. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia07oficina10texto1.pdf>.
- 13 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 167.
- 14 Nesse sentido, destacamos o recente Decreto Federal nº 6.932, de 2009, notadamente os seus arts. 11 e 12.
- 15 MOREIRA NETO, p. 117.
- 16 MOREIRA NETO, p. 118.
- 17 A respeito de Ouvidorias Públicas, ver o artigo em parceria com o Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União, Dr. Gabriel Felipe de Souza, intitulado “Fala, AGU! O papel das Ouvidorias”, publicado na Revista do Procurador Federal, da Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF. Ano VIII, nº 05, dez., 2008, p. 106-107.
- 18 PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.
- 19 Cf inciso IX do art. 12 da Lei nº 10.180/01.
- 20 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: ed. Coimbra, 1982, p 369.
- 21 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: ed. Saraiva, 2002, p 241.
- 22 Op. cit., p. 269.
- 23 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The cost of rights. Why liberty depends on taxes. New York/London: W.W. Norton & Company: 1999 apud Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 349).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: ed. Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: ed. Coimbra, 1982.
- CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995.
- GONÇALVES. Cláudio Cairo. *Contrato Administrativo. Tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The cost of rights. Why liberty depends on taxes. New York/London: W.W. Norton & Company: 1999 apud Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais.
- MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2.019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



ARQUIVO PESSOAL

ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI é Economista, Contador, Mestre em Administração. Professor de graduação e de pós graduação de Administração e de Finanças Públicas.



ARQUIVO PESSOAL

RUI MAGALHÃES PISCITELLI é Advogado. Mestre em Direito. Professor de graduação e de pós graduação em Direito Administrativo e de Direito Financeiro.



Coronavírus: Emergência na Saúde Pública

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A atualidade da doença, que é capaz de se propagar de forma difusa e rápida, inesperadamente surpreendeu a população mundial e exigiu que o país, de uma forma açodada, elaborasse uma legislação que venha atender tamanha ocorrência com uma precisão cirúrgica, construindo conceitos e regras próprias para a inesperada ocasião.”

O Comitê de Emergência da Organização Mundial de Saúde (OMS), com suporte no Regulamento Sanitário Internacional, que prevê risco provável de propagação de uma doença para outros povos, declarou Estado de Emergência Internacional, em razão do surto do coronavírus, que teve seu nascedouro em Wuhan, na China. O brado de alerta, como era de se esperar, teve repercussão mundial e cada país, de acordo com suas necessidades, passou a articular as medidas preventivas que julgar convenientes, observando que alguns deles, dentre as precauções, determinaram o fechamento da fronteira com o país afetado.

O Brasil, até o momento, apesar de não registrar nenhum caso positivo da propagação do novo vírus asiático, como correta medida acautelatória, decretou Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) e, paralelamente, enviou ao Congresso Nacional um Projeto de Lei que tramita em caráter de urgência e já recebeu aprovação na Câmara dos Deputados, Senado Federal e já foi sancionado pelo Presidente da República, especificamente para atender os brasileiros que se encontravam-se na cidade chinesa de Wuhan e que foram repatriados ao país, com exceção daqueles que apresentassem sintomas da doença. Dentre as medidas previstas, destacam-se a autorização para o Executivo adotar as medidas emergenciais necessárias como importar temporariamente medicamentos mesmo

sem registro na ANVISA, regime de isolamento pelo prazo de 18 dias, realização de exames médicos laboratoriais, coleta de amostras dematerial biológico humano e vacinação compulsória.

Referidas medidas, sem qualquer dúvida, impõem restrições ao direito de liberdade, assim como ao princípio da autonomia da vontade do paciente, criando, desta forma, uma possível desigualdade. Apresentam-se, no entanto, como medidas essenciais para a segurança e proteção da incolumidade pública, que é o interesse maior e predominante, não só local, como também de âmbito internacional, já que o chamamento da Organização Mundial de Saúde é de responsabilidade e vigilância de todos. Por outro lado, conferem uma gama imensa de direitos protetivos àqueles que se encontram em situação de risco. Não se trata aqui de colidência de direitos porque tanto a população como os pacientes suspeitos estão sendo protegidos igualmente, mas pelo princípio da proporcionalidade, deve prevalecer os interesses do ente que exerce maior cobertura protetiva para um maior número de pessoas.

A autonomia da vontade, por sua vez, em razão da vulnerabilidade do paciente e pelo afã de conferir a ele benefícios salutarés e que venham protegê-lo de eventual transmissão, vê-se atrelada aos interesses que possam beneficiar a comunidade. Daí não pode o agente recusar-se à vacinação, que se torna obrigatória, devendo, no entanto, assinar um termo de consentimento para a prática dos atos previstos na medida. A não imunização prejudica não só o grupo local, como, também, coloca em risco a comunidade mundial.

A razoabilidade das medidas reside em proporcionar prioridade de tratamento aos cidadãos suspeitos de infecção para se buscar a eficiência dos cuidados, visando a maximização dos resultados. Percebe-se que há nítida concordância da população com os pressupostos básicos das cautelas apontadas, levando-se em consideração os benefícios futuros dos que se encontram em quarentena por 18 dias, possibilitando, assim, um julgamento de eficiência, como define John Rawls.

A atualidade da doença, que é capaz de se propagar de forma difusa e rápida, inesperadamente surpreendeu a população mundial e exigiu que o país, de uma forma açodada, elaborasse uma legislação que venha atender tamanha ocorrência com uma precisão cirúrgica, construindo conceitos e regras próprias para a inesperada ocasião. No pensamento jurídico seria até mesmo mais adequada e proporcional, pela premência do tempo, a expedição de uma Medida Provisória, que goza de aplicação imediata, sem passar pelas casas legislativas para sua vigência.

Assim, o combate ao coronavírus, para que não se torne uma epidemia, é dever de todos e, principalmente, das autoridades da saúde. Tanto é que o Ofício Circular nº 4/2020/CONEP/SECINS/ do Ministério da Saúde, demonstra total preocupação com a emergência internacional de saúde pública decretada, que assim se manifesta: “Considerando a relevância do potencial impacto do 2019-nCoV para a sociedade brasileira e a premência das iniciativas que visam ampliar o conhecimento sobre a epidemiologia, diagnóstico, tratamento e inibição da propagação da doença, vem informar que os protocolos de pesquisa sobre a virose serão analisados em caráter de urgência e com tramitação especial na Conep”. 



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de justiça aposentado; Mestre em direito público; Pós-doutorado em ciências da saúde; Reitor da Unorp; Advogado.

“Ainda que se reconheça a nebulosidade que paira sobre o real reconhecimento da natureza do DPVAT, não há como se reconhecer a natureza tributária a tudo que decorre dos valores do DPVAT, mantendo sim sua caracterização como valores decorrentes da atividade securitária.”

O Seguro-DPVAT e o mito da parafiscalidade

■ POR IRAPUÃ BELTRÃO

O seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, nacionalmente conhecido como seguro-DPVAT, é cercado por muitas controvérsias, polêmicas e consequentes debates técnicos e jurídicos. Muito já se discutiu sobre as suas coberturas e benefícios, mesmo porque estas repercutem mais diretamente na esfera dos indivíduos, sendo notória sua repercussão nacional diante do caráter social.

Grande confusão reside na definição da natureza a dos valores arrecadadas no atual modelo do seguro, ainda que se reconheça a grande celeuma e divergência que encerra os valores decorrentes do seguro DPVAT. Em dado momento começou a ser criado um mito de sua parafiscalidade, fruto de uma iteração desta afirmação, ainda que desprovida de verdadeira análise de consistência ou mesmo de validade técnica. Da repetição desta natureza parafiscal ainda resultou numa inadequada ideia de que o mesmo teria uma essência tributária, desnaturando completamente o seguro-DPVAT.

Nada disto é verdadeiro e neste ensaio pretende se demonstrar de forma cabal e definitiva as impropriedades que cercam este mito da parafiscalidade ou da natureza tributária associada ao DPVAT.

DA ALEGADA NATUREZA DE PARAFISCALIDADE DO DPVAT

Diversas manifestações são encontradas ou sugeridas associando o DPVAT a uma eventual natureza parafiscal, com implícita referência a um tratamento tributário, por via de consequência.¹

É relativamente comum a pretensão de atribuição de natureza tributária ao seguro DPVAT. A própria Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, por meio da informação nº 3130/2011, em manifestação ao TCU – Info nº 3130/2011 (em esclarecimento destinado ao TCU, proc. 005.624/2011-8) já se manifestou neste sentido, orientando-se por inferir natureza tributária aos valores decorrentes do seguro DPVAT.

E assim o fez sob os seguintes argumentos:

No que se refere aos aspectos referentes à natureza jurídica do Seguro DPVAT, é de se destacar, primeiramente, a impossibilidade de ser atribuída a natureza contratual ao DPVAT.

Com efeito, a comparação do seguro obrigatório DPVAT com qualquer outra modalidade de seguro nos leva à conclusão de que se trata de um seguro, no mínimo, *sui generis*.

Nesse diapasão, o seguro obrigatório DPVAT afasta-se do modelo clássico de contrato, tanto pelas diversas peculiaridades decorrentes da intervenção estatal, quanto em função da inexistência de qualquer espaço para a atuação do Princípio da Autonomia das Vontades.

E assim o concluiu com seus argumentos:

Ademais, natureza obrigatória de tal seguro remete compulsoriedade inerente as contribuições sociais, de modo que aquele que não paga tal seguro torna-se inadimplente. Da mesma forma, existência de um fato gerador específico que enseja pagamento de tal modalidade de seguro (propriedade de veículo automotor) aproxima da natureza tributária. (...)

No que concerne natureza jurídica do seguro DPVAT, questão já foi enfrentada no âmbito do Colendo STJ, sendo que restou decidido que os recursos do DPVAT possuem natureza de contribuição parafiscal. Nesse sentido: REsp. nº 68146/SP, REsp. N.218.418/SP.

A partir desta premissa é comum que sejam colacionadas algumas decisões de outros tribunais do país de forma a afirmar tal natureza tributária. Há de se observar, por bem da verdade, que se encontram decisões de diversos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Paraná e do Rio de Janeiro, etc, mas todas elas trazem em seus fundamentos a referência daquela eventual circunstância pelo argumento de ter sido tal natureza reconhecida pelo STJ, justamente naqueles dois processos mencionados acima.

Ainda que sempre se reconheça a natureza social do DPVAT não há como lhe atribuir natureza tributária e nem assim o fez o Superior Tribunal de Justiça, basstando um melhor olhar sobre a situação e investigando com maior atenção o contido nos citados precedentes da alta corte de interpretação nacional.

DA ESSÊNCIA SECURITÁRIA DO DPVAT

A compreensão do regime jurídico do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT) ainda está a exigir

melhor reflexão de todos sobre notas particulares do caráter obrigatório do pagamento do prêmio, como prestação devida a partir da relação jurídica de contrato de seguro legalmente obrigatório, sem qualquer confusão com alguma espécie de “tributo”.

Quanto à natureza jurídica do DPVAT, algumas formulações orientam-se para admitir que essa seria uma espécie de tributo, na forma de “contribuição para-fiscal”. No entanto, essa construção não resiste a um exame mais profundo das relações jurídicas consolidadas em pagamento do “prêmio” como consectário de um contrato legalmente obrigatório, a qual não detém natureza jurídica tributária.

Como se pode verificar do modelo havido no Decreto-Lei nº 73, de 21/11/1966, o DPVAT soma-se a outros tipos de seguros, igualmente obrigatórios listados no referido artigo 20 D. L. nº 73/66, sem que qualquer deles tenha característica de “tributo”. Vale ainda lembrar que este modelo de seguros compulsoriamente determinados estão previstos na legislação como um todo, a exemplo dos demais seguros obrigatórios, como o seguro obrigatório de edifícios, previsto no art. 1.346 do Código Civil e art. 13 da Lei nº 4.591/64, e o seguro de transporte multimodal de cargas, estabelecido pela Lei 6.194/74, apenas para ilustrar.

E outra não poderia ser a conclusão, até mesmo pela prática reiterada sobre tais modalidades de cobertura securitária. Vários aspectos ilustram isto, a saber.

Os prêmios tarifários do seguro DPVAT são estabelecidos por meio de resoluções emitidas pelo CNSP, após estudo atuarial feito por esta Superintendência de Seguros, baseado nos dados apurados do mercado e nos demonstrativos dos resultados dos consórcios e das seguradoras participantes do modelo. Se tributo fosse, a definição da contraprestação como elemento essencial seria dada por lei em sentido estrito, nunca por um ato administrativo.

Nessa linha é correto afirmar que a Susep, para fixar o valor dos prêmios, parte da premissa de que o montante dos prêmios puros arrecadados deve ser suficiente para financiar os sinistros administrativos do período da análise e os sinistros judiciais que serão pagos, bem como os custos e despesas necessários a operacionalização do sistema. Reflete assim aspecto tipicamente securitário, espelhando aspectos do mutualismo, longe de qualquer modelagem tributário

De outra vista, a obrigatoriedade não se refere ao pagamento do prêmio, mas quanto ao ato de contratação para fins de manutenção do veículo segurado pelo DPVAT, conforme o art. 21, do Decreto-Lei nº 73/66. Essa é a sua diferenciação como seguro legalmente obrigatório.

Mas, não se pode confundir a determinação do ordenamento jurídico de que os titulares de veículos automotores tenham cobertura securitária com a imperatividade como elemento tributário, mesmo porque a definição fiscal não se limita ao elemento da compulsoriedade, como se extrai do art. 3º do CTN. Para o art. 3º do Código Tributário Nacional, tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

No seguro obrigatório DPVAT, encontram-se presentes todos os elementos do contrato de seguro privado: garantia do pagamento da indenização, interesse legítimo de obter indenização por danos pessoais, risco de acidente de trânsito (futuro e incerto), prêmio pago pelos proprietários de veículos automotores.

Já por isto, o prêmio do DPVAT não equivale a tributo, eis que não preenche os requisitos previstos no art. 3º do CTN, logo, não pode se converter em espécie de contribuição parafiscal. Vale lembrar que admitir-se em sentido contrário significaria retirar toda a competência do CNSP para a fixação do valor, haja vista que todos os elementos quantitativos de relação tributária devem decorrer diretamente de lei.

A compulsoriedade do DPVAT não diz respeito ao pagamento da prestação (prêmio), mas ao ato de contratar, à universalidade da cobertura. A obrigação imposta pela lei é de fazer, de contratar o seguro. Ainda que seja cobrado junto com a taxa de licenciamento de veículos, como técnica de praticidade, isso não o converte em tributo. O preço é consequência do contrato de seguro obrigatório e calculado com base naquelas premissas técnicas e atuariais.

A coercitividade no pagamento do DPVAT remete à compulsoriedade inerente aos contratos obrigatórios, que albergam a realização de um objetivo socialmente útil, sem qualquer relação com suposta ideia de “compulsoriedade” em razão do prêmio ser equivalente a algum “tributo”.

DOS CONTRATOS-COMPULSÓRIOS

As diversas modificações estruturais e sociais havidas na primeira metade do século passado repercutiram na formulação de uma nova compreensão jurídica da liberdade individual, notadamente no contratar, com o incremento natural de um dirigismo contratual por parte do poder público.

Tal dirigismo, justificado nas razões de ordem pública e de interesses fundamentais indisponíveis – ou pelo menos sensíveis – das pessoas envolvidas continuam abonando diversos avanços do legislador nacional e dos magistrados sobre as relações contratuais estabelecidas, mitigando a estabilidade ou quase imutabilidade do avençado, sob as luzes do *Pacta Sunt Servanda*.

Este novo cenário do direito das obrigações privadas repercutiu na concepção tradicional dos contratos como inicialmente estruturado pelo liberalismo clássica, ensejando a existência de novos esboços para as relações jurídicas. Neste diapasão, o saudoso Professor Orlando Gomes² apresenta quadro interessante destas novas figuras: o contrato coativo; o contrato necessário; o contrato autorizado; o contrato normativo; o contrato de adesão.

Naturalmente não nos interessa aqui um aprofundamento sobre estas formas já conhecidas desde o século passado. Mas o fato é que a existência de aspectos de compulsoriedade e mitigação da autonomia das vontades ao contratar não descaracteriza tais figuras como elementos a serem regidos pela ótica do direito privado. E, por outro lado, não os outorga natureza tributária.

Ao contrário; em diversos campos do direito encontramos fixação de alguma dose de compulsoriedade ou interferência pública, mas, em momento algum, é capaz de conferir natureza tributária. Revela alguma certa dose de dirigismo contratual por parte do poder público, fenômeno este bastante marcante ao longo do século XX, marcado por um dirigismo contratual derivado dos órgãos estatais.

Tal dirigismo, justificado nas razões de ordem pública e de interesses fundamentais indisponíveis – ou pelo menos sensíveis – das pessoas envolvidas continuam abonando diversos avanços dos magistrados sobre as relações contratuais

estabelecidas, mitigando a estabilidade ou quase imutabilidade do avençado, sob as luzes do *Pacta Sunt Servanda*.

Ilustra tal situação justamente uma das situações anteriormente trazidas pelo Professor Caio Mário, sendo reconhecido o dirigismo estatal como para fixar as imposições da renovação da locação comercial, tendo o Superior Tribunal de Justiça já resolvido:

LOCAÇÃO – RENOVATÓRIA – ALUGUÉIS – PERIODICIDADE DO REAJUSTE. *A renovação compulsória do contrato, fixados os aluguéis pelo Juiz, constitui manifestação marcante de dirigismo contratual. Se a atuação do estado pode levar a que se imponha um novo prazo. Para a locação, com aluguéis judicialmente fixados, nada impede que também modifique a periodicidade de seu reajuste.*³ (destaque nosso)

Já diante da ordem constitucional vigente, notoriamente inchada de valores e consectários de relevância social nas relações privadas, tal dirigismo é ainda norteado pela grande relevância dos mecanismos de proteção do consumidor, repercutindo claramente a inclusão dos dispositivos constitucionais do art. 5º, XXXII, do art. 170 que o consagra como princípio da ordem econômica, etc.

Tudo isto reforça serve apenas para reforçar a natureza não tributária ou mesmo parafiscal destes modelos contratuais, sendo o direito privado a marca ainda clara do contrato de seguro DPVAT.

DO RECONHECIMENTO INSTITUCIONAL DO DPVAT COMO SEGURO

Por outro lado, ao contrário do que pareceu ser por quem usava de precedentes do STJ para fundamentar suas conclusões sobre o DPVAT, também não trilhou aquele caminho tributário o Superior Tribunal de Justiça.

O que se verifica é que os precedentes do STJ – aparentemente citados pelas diversas decisões que sempre se mencionam – não afirmam a natureza tributária do seguro DPVAT, nem tampouco sua caracterização como contribuição parafiscal.

Bastaria uma análise do inteiro teor das decisões proferidas nos REsp. nº 68146/SP⁴ e REsp. nº 218.418/SP⁵ para identificar que cuidavam aqueles processos de discussões de quem iria pagar as indenizações devidas a vítimas de acidente de trânsito e restaram por reconhecer que, segundo as regras do momento, tais valores poderiam ser exigidos de qualquer seguradora em razão do sistema legal de proteção.

Não há, nas referidas decisões, nada que pretenda lhes atribuir natureza tributária, afirmando-se apenas um sistema de proteção legal que é inegável diante dos termos do Decreto-Lei nº 73/66 e da Lei nº 6.194/74.

Bem observada a postura do Superior Tribunal de Justiça, ainda que com as dificuldades de navegação em tão árida área, há sim de se reconhecer que o mesmo tem mantido a natureza securitária do DPVAT e, por via de consequente, seu regramento à luz do direito privado e não tributário.

Assim se tira a conclusão inclusive das súmulas elaboradas pelo STJ, com relevo especial para o contido no enunciado 405: a ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos. Se tributo fosse deveria seguir os tempos de prescrição havidos no Código Tributário Nacional, mesmo porque recairia na

reserva de lei complementar para este tema tributário, ex vi o contido no art. 146, III 'b' da Constituição Federal.

A Súmula 405 do STJ sedimentou o conceito de que a natureza jurídica do Seguro DPVAT é a de seguro de responsabilidade civil obrigatório, aplicando diretamente o contido no art. 206. § 3º, VIII do Código Civil de 2002. No REsp 1.071.861/SP⁶, afetado ao rito de julgamento de recursos repetitivos, o ministro Fernando Gonçalves, com muita propriedade, pronunciou o voto vencedor no sentido de que “Feitas essas considerações, é possível concluir que o DPVAT exhibe a qualidade de seguro obrigatório de responsabilidade civil e, portanto, prescreve em 3 anos a ação de cobrança intentada pelo beneficiário”.

Igual conclusão é extraída das razões que levaram a edição da Súmula 426. A 2ª Sessão Cível, ao julgar o REsp 1.098.365/PR⁷ e o REsp 1.120.615/PR⁸, apreciados em conjunto e ambos sob o rito de que trata o artigo 543-C do Código de Processo Civil, definiu que “... em se tratando de responsabilidade contratual, como no caso do DPVAT, os juros de mora são devidos a contar da citação, e não a partir do recebimento a menor na esfera administrativa”. Os referidos precedentes conduziram ao disposto na Súmula 426 do Superior Tribunal de Justiça.

Daí se constata o caráter privado do vínculo jurídico havida entre segurado e seguradora, a despeito de algumas outras teorias que, equivocadamente, consideram o Seguro DPVAT como o resultado de uma contribuição de contornos tributários.

Evidentemente não se pretende aqui deixar de se reconhecer as particularidades do DPVAT, inclusive com o seu caráter *sui generis* com o fato de que uma parcela de sua receita é destinada para organismos públicos e finalidades para interesses sociais. No limite, tal parcela sim poderia ter natureza distinta, mas não maculando o todo de organização do sistema do DPVAT.

E este entendimento foi inclusive perfilado recentemente pelo Tribunal de Contas da União – TCU, com a consolidação de procedimento de auditoria TC 030.283/2012-4 [apensados: TC 032.496/2013-3; TC 016.487/2015-0] realizada no interesse da Superintendência de Seguros Privados (Susep) e da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT.

Aqui se transcreve parte da ementa do acórdão de forma esclarecedora:

1. A operacionalização do Seguro DPVAT – que envolve, basicamente, a arrecadação dos prêmios e o pagamento das indenizações – constitui atividade eminentemente privada, sujeita à regulação e à fiscalização do Estado.

2. Não obstante o caráter compulsório do Seguro DPVAT, a relação estabelecida entre os proprietários de veículos e as seguradoras é de natureza privada. Em consequência, não há como afastar a natureza também privada dos recursos envolvidos nessa relação, notadamente daqueles voltados para a operacionalização do seguro.

3. A parcela do Seguro DPVAT destinada à União se trata de receita pública federal, cuja arrecadação, sob os aspectos administrativos, se insere no rol de objetos passíveis de controle pelo Tribunal de Contas da União. (...)

O mesmo irá aparecer do voto do eminente ministro relator Bruno Dantas:

(...) 25. Após analisar detidamente as características do seguro DPVAT, firmei a convicção de que sua operacionalização – que envolve, basicamente, a arrecadação dos prêmios

e o pagamento das indenizações – constitui atividade eminentemente privada, sujeita à regulação e à fiscalização do Estado.

26. Com efeito, o referido seguro está previsto no Decreto-Lei 73/1966 ao lado de tantos outros seguros também obrigatórios, a exemplo dos seguros de danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais, de edifícios divididos em unidades autônomas e de bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas.

27. O caráter compulsório de tais seguros não retira a sua natureza privada. Neste ponto, perfilho do entendimento esposado no parecer à peça 269, no sentido de que a aludida obrigatoriedade constitui expressão do fenômeno denominado “dirigismo contratual”, pelo qual o Estado, mediante contratos coativos, procura proteger os interesses da generalidade das pessoas.

28. É nesse sentido que, por exemplo, o Estado obriga o mutuário a contratar seguro de financiamento imobiliário a fim proteger o próprio mutuário contra eventuais contingências que poderiam leva-lo a ficar sem sua moradia. A obrigatoriedade da contratação, todavia, não transmuda a natureza privada da relação estabelecida entre o mutuário e a seguradora.

29. Na mesma linha, a obrigatoriedade do seguro DPVAT tem como finalidade proteger a saúde e a vida das pessoas das contingências provocadas por acidentes automobilísticos, distribuindo os riscos inerentes entre todos os proprietários de veículos.

30. Sendo assim, não obstante o caráter compulsório do seguro, entendo que a relação estabelecida entre os proprietários de veículos e as seguradoras é de natureza privada. Em consequência, não há como afastar a natureza também privada dos recursos envolvidos nessa relação, notadamente daqueles voltados para a operacionalização do seguro.

Mas, se tudo isto é verdadeiro, não se pode retirar justamente da parcela arrecadada pelo seguro DPVAT que será repassada ao Fundo Nacional de Saúde e DENATRAN ai sim possui natureza tributária, ainda que somente nestas parcelas, como bem explicou o citado acórdão do TCU:

17. Nos termos do art. 1º do Decreto nº 2.867/1998, 50% dos recursos arrecadados a partir da cobrança dos prêmios são recolhidos aos cofres da União, via transferência bancária automática, no ato do pagamento da apólice do seguro.

18. Do percentual destinado à União, 45% são direcionados para o Sistema Único de Saúde (SUS), para o custeio à assistência médico-hospitalar das vítimas de acidentes de trânsito nos hospitais públicos conveniados, e 5% para o Denatran, para a realização de campanhas de prevenção de acidentes de trânsito.

19. Os outros 50% são destinados à operacionalização do seguro DPVAT, notadamente para o pagamento das indenizações securitárias e das despesas administrativas correlacionadas, incluindo a distribuição de resultado às seguradoras consorciadas.

20. O valor do prêmio do seguro DPVAT é fixado pelo CNSP, para cada categoria de veículo, a partir de proposta submetida pela Susep que, por sua vez, é elaborada com base em informações enviadas pela Seguradora Líder.

21. A composição do valor do prêmio leva em consideração, basicamente, a projeção de sinistralidade para cada categoria de veículos, a necessidade de constituição de reservas técnicas e a estimativa de despesas administrativas da Seguradora Líder para o exercício seguinte. Soma-se a isso a margem de lucro das seguradoras integrantes dos consórcios.

cios, limitada a 2% sobre o valor total da arrecadação (Resolução CNSP 273/2012, art. 6º).

22. A partir desses valores, por regra de três simples, são calculados os demais componentes com valor percentual pré-definido (SUS – 45% e Denatran – 5%). Adicionalmente, cobra-se ainda o custo de emissão da apólice ou do bilhete de seguro, além das taxas de corretagem. Assim, chega-se aos 100% que definirão o prêmio final do seguro DPVAT, que será dividido pelo número total de bilhetes a serem emitidos no ano objeto de análise. (...)

31. No caso do seguro DPVAT, existe a peculiaridade de que apenas metade dos valores arrecadados com os prêmios são destinados para o pagamento das indenizações e das demais despesas correlacionadas, incluindo os custos administrativos e a constituição de provisões. A outra metade é repassada ao orçamento da União, sob a forma de contribuições sociais (v.g. Acórdão 1.865/2005- TCU-Plenário).

CONCLUSÕES

Diante do esposado, ainda que se reconheça a nebulosidade que paira sobre o real reconhecimento da natureza do DPVAT, não há como se reconhecer a natureza tributária a tudo que decorre dos valores do DPVAT, mantendo sim sua caracterização como valores decorrentes da atividade securitária.

Por outro lado, ainda que o referido seguro mantenha sua natureza privada, sobre o denominado prêmio incide sim contribuição de natureza social, para aquelas finalidades previstas na lei de regência.

Mas esta parcela que extrai das receitas obtidas no prêmio do seguro não desnatura a essência de típica forma de relação jurídica privada trazendo os elementos essenciais da atividade de seguro, marcada apenas por um alto grau de dirigismo estatal em seus contornos. 

NOTAS

- 1 Para ilustrar, veja-se o artigo jurídico publicado no site Conteúdo Jurídico, com acesso em 03 de novembro de 2019 <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37322/consideracoes-acerca-da-natureza-juridica-do-seguro-dpvat-seguro-de-danos-pessoais-causados-por-veiculos-automotores-de-via-terrestre>
- 2 GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967
- 3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 14.131/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 11/11/1991, p. DJ 02/12/1991
- 4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 68.146/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 10/02/1998, p. DJ 17/08/1998
- 5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 218.418/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 02/08/2001, p. DJ 17/09/2001
- 6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª seção, REsp nº 1.701.861/SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 10/06/2009, p. DJe 21/08/2009
- 7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª seção, REsp nº 1.098.365/SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 28/10/2009, p. DJe 26/11/2009
- 8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª seção, REsp nº 1.120.615/PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 28/10/2009, p. DJe 26/11/2009



IRAPUÃ BELTRÃO é Procurador Federal, Doutor em Direito, Professor Universitário, Conselheiro do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados – CRSNSP.

Ausência de ITCD em relação a Planos VGBL

■ POR SACHA CALMON NAVARRO COELHO, MISABEL ABREU MACHADO DERZI E EDUARDO JUNQUEIRA COELHO

“O recebimento do VGBL pelos beneficiários em pagamento único o aproxima do pecúlio por morte e do seguro de vida. O recebimento do VGBL pelos beneficiários em benefício continuado o aproxima da pensão por morte. Num e noutro caso, pelo princípio da isonomia prevalece a intributabilidade, mesmo tratamento jurídico dado a cada qual dos elementos comparados.”

EXPOSIÇÃO E CONSULTA

Trata-se de Consulta formulada pelo Espólio do Sr. Gaio a respeito da incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD) em relação a plano Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL) feito pelo sucedido. Informa-nos o Consultante que determinado Estado da Federação apresenta entendimento, no sentido da incidência do tributo, motivo pelo qual perquire se tal posicionamento estatal encontra fundamentos no ordenamento jurídico pátrio. Ao que passamos a responder.



OVGBL: DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

O modelo de previdência atualmente adotado pelo Estado brasileiro foi instituído com base no sistema dos três pilares, descrito na tabela a seguir¹:

PILAR	CARACTERÍSTICAS
PREVIDÊNCIA SOCIAL	Pilar público, de filiação e contribuição compulsórias, estruturado com base no regime financeiro de repartição simples, custeado pelos empregadores, empregados, demais trabalhadores autônomos filiados e pelo Estado. Garante a seus segurados a cobertura de diversos riscos sociais e, conseqüentemente, o pagamento de benefícios, que têm teto prefixado. Sua finalidade é propiciar a seus segurados meios de subsistência mínimos em sua velhice ou diante de eventos que os incapacitem prematuramente para o trabalho.
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA	São pilares de natureza privada, contratual e de filiação facultativa. São custeados pelas contribuições realizadas pelos participantes de planos de benefícios e, eventualmente, por pessoa jurídica patrocinadora ou instituidora, conforme a natureza da entidade com a qual contratam (EFPC ou EAPC, respectivamente). Podem ser estruturados pelos regimes financeiros de capitalização, repartição simples ou repartição de capitais de cobertura, conforme as coberturas contempladas no plano (sobrevivência, morte e/ou invalidez) e o benefício contratado (pagamento único, renda temporária ou renda vitalícia). Ambos os segmentos propiciam aos participantes garantia contra determinados riscos sociais, proporcionando-lhes suplementação de renda, em busca da manutenção de padrão de vida que possuíam quando exerciam profissão remunerada.
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTA	

A previdência privada somente foi normatizada de forma sistematizada pelo ordenamento jurídico brasileiro em 1977, com o advento da Lei nº 6.435². Em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 20, ela também passou a ser prevista na Constituição. Em atenção ao disposto no art. 202 da Constituição, foi publicada a Lei Complementar nº 109/2001 para regulamentá-la.

O contrato de previdência complementar aberta é conceituado como o negócio jurídico em que uma sociedade anônima legalmente autorizada, a entidade aberta de previdência complementar (EAPC)

“... garante interesse legítimo de uma pessoa física (participante) contra os riscos a que sua vida ou as faculdades a ela inerentes estão sujeitas, assumindo o compromisso de, mediante o recebimento de determinada importância (contribuição), pagar ao contratante ou aos beneficiários benefícios sob a forma de renda ou de pagamento único, vindo esses riscos a se concretizar. Por meio da celebração desse contrato, a EAPC se compromete, ainda, a constituir provisões e fundos com os recursos das contribuições destinados ao custeio dos benefícios contratados pelo participante e geri-los por meio de sua aplicação no mercado de capitais.”³

Os planos de previdência complementar aberta podem ser contratados de forma individual ou coletiva (averbados ou instituídos) e podem oferecer, juntos ou separadamente, os seguintes tipos de benefício⁴:

BENEFÍCIO	DESCRIÇÃO
RENDA POR SOBREVIVÊNCIA	Renda a ser paga ao participante do plano que sobreviver ao prazo de diferimento contratado, geralmente denominada de aposentadoria.
RENDA POR INVALIDEZ	Renda a ser paga ao participante em decorrência de sua invalidez total e permanente ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.
PENSÃO POR MORTE	Renda a ser paga ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição em decorrência da morte do participante ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.
PECÚLIO POR MORTE	Importância em dinheiro, pagável de uma só vez ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição, em decorrência da morte do participante ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.
PECÚLIO POR INVALIDEZ	Importância em dinheiro, pagável de uma só vez ao próprio participante, em decorrência de sua invalidez total e permanente ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.

Os planos padrões são aqueles que podem oferecer os seguintes tipos de benefícios: Pecúlio por Morte, Pecúlio por Invalidez, Pensão por Morte e Renda por Invalidez. Entre eles encontra-se o chamado Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL). No PGBL, o participante pode contratar os seguintes tipos de renda ou pagamento⁵:

RENDA / PAGAMENTO	DESCRIÇÃO
Renda mensal vitalícia	Renda paga vitalícia e exclusivamente ao participante a partir da data de concessão do benefício. O benefício cessa com o falecimento do participante.
Renda mensal temporária	Renda paga temporária e exclusivamente ao participante. O benefício cessa com o falecimento do participante ou o fim do prazo contratado, o que ocorrer primeiro.
Renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido	Renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data da concessão do benefício, sendo garantida da seguinte forma: no momento da inscrição, o participante escolherá um prazo mínimo de garantia que será indicado na proposta de inscrição. O prazo mínimo da garantia é contado a partir da data do início do recebimento do benefício pelo participante. Se durante o período de percepção do benefício ocorrer o falecimento do participante, antes de ter completado o prazo mínimo de garantia escolhido, o benefício será pago aos beneficiários conforme os percentuais indicados na proposta de inscrição, pelo período restante do prazo mínimo de garantia. No caso de falecimento do participante após o prazo mínimo garantido escolhido, o benefício ficará automaticamente cancelado sem que seja devida qualquer devolução, indenização ou compensação aos beneficiários. No caso de um dos beneficiários falecer antes de ter sido completado o prazo mínimo de garantia, o valor da renda será rateado entre os beneficiários remanescentes até o vencimento do prazo mínimo garantido. Não havendo beneficiário remanescente, a renda será paga aos sucessores legítimos do participante, pelo prazo restante da garantia.

Renda mensal vitalícia reversível ao beneficiário indicado	Renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data de concessão do benefício escolhida. Ocorrendo o falecimento do participante durante a percepção desta renda, o percentual do seu valor estabelecido na proposta de inscrição será revertido vitaliciamente ao beneficiário indicado. Na hipótese de falecimento do beneficiário antes do participante e durante o período de percepção da renda, a reversibilidade do benefício estará extinta sem direito a compensações ou devoluções dos valores pagos. No caso de o beneficiário falecer, após já ter iniciado o recebimento da renda, o benefício estará extinto.
Renda mensal vitalícia reversível ao cônjuge com continuidade aos menores	Renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data de concessão do benefício escolhida. Ocorrendo o falecimento do participante durante a percepção desta renda, o percentual do seu valor estabelecido na proposta de inscrição será revertido vitaliciamente ao cônjuge e na falta deste, reversível temporariamente ao(s) menor(es), até que complete(m) a idade para maioridade (18, 21 ou 24 anos) estabelecida no regulamento e conforme o percentual de reversão estabelecido.
Pagamento único	No primeiro dia útil seguinte à data prevista para o término do período de diferimento, será concedido ao participante benefício sob a forma de pagamento único, calculado com base no saldo de provisão matemática de benefícios a conceder verificado ao término daquele período.
Renda mensal por prazo certo	Renda mensal a ser paga por um prazo pré-estabelecido ao participante/assistido.

O plano Vida Garantidor de Benefício Livre (VGBL), por sua vez, é caracterizado pela SUSEP não como modalidade de previdência complementar, mas como modalidade de seguro de pessoas: “plano de seguro de pessoas com cobertura por sobrevivência”. Mesmo assim, o VGBL permite ao participante contratar rigorosamente os mesmos tipos de renda⁶ descritos na tabela acima, e os contratos são muito parecidos.

Segundo Castro, “a diferenciação se dá somente quanto à espécie de contrato (seguro de vida ou previdência complementar aberta)”⁷. Um dos elementos dos contratos de previdência complementar aberta é o risco, elemento relacionado, *u.g.*, “à possibilidade de o participante sobreviver ao período de diferimento do contrato ou de vir a falecer”⁸.

Os contratos de previdência complementar compartilham com os contratos de seguro este e outros elementos essenciais, como resume a tabela a seguir⁹.

ELEMENTO	CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
INTERESSE	O interesse se encontra presente nos dois contratos ora analisados. Tanto nos contratos de seguro de pessoa como nos contratos de previdência complementar aberta, o interesse protegido é a relação jurídica estabelecida entre o segurador ou o participante e o bem sujeito aos riscos por eles cobertos (vida ou faculdades a ela inerentes). Ambos os contratos são firmados pelos contratantes com o intuito de afastar o risco de, em caso de sobrevivência, não possuírem meios de promover sua subsistência quando não mais exercerem atividade laborativa remunerada.

GARANTIA	A prestação de garantia também é elemento inerente aos dois contratos ora analisados. Em ambos os negócios jurídicos, ela consiste na assunção, pela seguradora ou EAPC, dos riscos ao qual a vida do segurado/participante ou as facultades a ela inerentes estão expostas. Nos contratos de seguro, o segurado ou estipulante paga à seguradora um prêmio em contrapartida à cobertura do risco previsto em contrato, caso o evento gerador venha a se concretizar. O mesmo ocorre nos contratos de previdência complementar aberta. Nestes o participante e/ou a estipulante realizam aportes à EAPC (contribuições) em contrapartida à garantia conferida pela entidade e/ou dos serviços por ela prestados, que são exatamente os mesmos contemplados nos contratos de seguro de pessoa.
PRÊMIO	O elemento prêmio encontra-se presente nos contratos de seguro; nos contratos de previdência complementar aberta, têm-se as contribuições como o principal dever assumido pelo contratante.
RISCO	Tanto nos seguros de pessoa, como nos contratos de previdência complementar aberta, há assunção de riscos pela seguradora e pela EAPC. Esses riscos estão relacionados à possibilidade de o segurado ou do participante sobreviver ao período de diferimento do contrato ou de vir a falecer e/ou se tornar incapaz para o trabalho durante o seu período de cobertura e, ainda, concretizando-se esses riscos, de não possuir meios de promover seu sustento e de seus beneficiários em condições similares às que tinham quando o participante exercia atividade profissional remunerada.

O ITCD: ENTENDIMENTO DO FISCO FAVORÁVEL À TRIBUTAÇÃO DOS PLANOS VGBL

Segundo o art. 155, I, da Constituição, “*compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre [...] transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos*”.

Diante disso, determinado Estado da Federação entende estarem os planos VGBL ao alcance do ITCD, por reputar que há transmissão de um bem ou direito, semelhante a uma aplicação financeira, ao beneficiário indicado pelo *de cujus* quando este ainda era vivo. O posicionamento fiscal é indiferente à desnecessidade de qualquer procedimento judicial ao extrajudicial para o recebimento dos valores, fato que não afetaria a conclusão pela incidência do ITCD. Não se diferencia da posição do Estado a defendida pela advogada do Estado do Paraná, Fabiana Yamaoka Frare, em parecer sobre o tema¹⁰.

Objetamos, todavia, que o VGBL não se confunde com valores relativos a poupança, conta corrente do *de cujus*, ou mera aplicação financeira. Com a devida vênia ao entendimento fiscal desdobrado em maior detalhamento por Frare, há razões jurídicas de grande relevância para sustentar conclusão oposta, como restará ilustrado na tabela abaixo e demonstrado, ponto a ponto, no tópico a seguir.

COMPARAÇÃO ENTRE VGBL E INVESTIMENTOS	
PARECER DE FRARE	CRÍTICA
- Nas situações em que é contratada a previdência privada sem benefício de risco (pensão por prazo certo, pensão por invalidez, pensão ao cônjuge, pensão aos menores, pecúlio), o contrato seria de investimento.	O elemento do risco está presente no VGBL. Tanto que, em caso de morte do segurado, há benefício para as pessoas por ele apontadas, como num seguro de vida. Ademais, a União – titular da competência privativa para legislar sobre seguros, investimentos e seguridade social (CF, art. 22, VII, XIX e XXIII) – define-o como contrato de seguro, qualificação que não cabe ao Fisco desconsiderar no intuito de tributar por analogia (CTN, arts. 108, § 1º, e 110).

<p>- PGBL e VGBL seriam, na verdade, alternativas previdenciárias de investimento administradas por companhia seguradora à moda dos fundos de investimentos tradicionais. Há planos cujos valores são aportados em fundos de renda fixa, outros em fundos de renda fixa e de renda variável.</p>	<p>O fato de os valores serem aportados pela companhia responsável em fundos de renda fixa ou de renda variável não transforma o VGBL em investimento num fundo. As seguradoras investem as suas reservas das mais variadas maneiras, e isso nada diz sobre a natureza do contrato que celebram com os seus clientes.</p>
<p>- Quando se aplica, i.e., quando se investe em fundo de investimento, o participante compra ativos financeiros que irão compor a carteira de fundo com o fito de gerar rendimentos. O resgate representa a venda dos ativos financeiros da carteira do fundo no mercado secundário de títulos, disponibilizando, assim, recursos ao investidor mediante crédito em conta corrente ou conta investimento.</p>	<p>O aporte dos valores em fundos tem como objetivo tornar o pagamento futuro economicamente viável. Ver quadro imediatamente anterior.</p>
<p>- A Instrução CVM 409/2004 dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Em seu art. 2º, define “fundo de investimento” como “comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros”. A definição corroboraria a caracterização do VGBL como investimento. Ademais, o art. 95 da instrução CVM 409/2004 classifica os fundos em “Renda Fixa”, “Ações” e “Cambial” conforme o principal fator de risco associado à carteira respectiva, e o VGBL pode similarmente adotar caráter de renda fixa ou de renda fixa e variável, como já mencionado.</p>	<p>O VGBL não é uma “comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros”. Afirmar isso é negar o caráter social do VGBL, que a própria autora do parecer fez questão de enaltecer ao argumentar que o VGBL exerce uma grande “responsabilidade social” porque visa resguardar a segurança do participante em vida.</p>
<p>- Em caso de falecimento do participante, o saldo acumulado do VGBL é devolvido ou resgatado pelos beneficiários, tal como qualquer outro investimento bancário.</p>	<p>O fato de haver alguma vantagem econômica para os beneficiários apontados pelo participante não é suficiente para que o VGBL seja tido como investimento, pois o mesmo ocorre com o seguro de vida, e nem por isso ele é tido como investimento. Ao contrário, a própria autora do parecer entende o seguro de vida como distinto de mero investimento bancário.</p>
<p>- O art. 9º, § 1º da LC 109/2001 prevê que a aplicação dos recursos relativos à previdência complementar será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Isso indicaria que as aplicações financeiras dos recursos se consubstanciam em investimentos nos mercados financeiro e de capitais. A previdência privada complementar opera pelo regime de capitalização, i.e., ela constrói a sua reserva financeira, acumulando recursos. Pode ser comparada, por isso, a uma caderneta de poupança. O fato de capitalizarem os recursos vertidos a fundos de investimento também decorre da Circular SUSEP nº 338, de 30 de janeiro de 2007, particularmente em seu art. 1º.</p>	<p>Como já dito, o aporte dos valores em fundos tem como objetivo tornar o pagamento futuro economicamente viável. Isso não descaracteriza a natureza securitária do VGBL. A ser assim, qual seria a natureza do VGBL, sendo certo que os recursos aportados por um mesmo segurado são aplicados pela companhia em investimentos diversos: seria parte renda fixa, parte renda variável, parte cambial?</p>
COMPARAÇÃO ENTRE VGBL E SEGURO DE VIDA	
PARECER DE FRARE	CRÍTICA
<p>- O seguro de vida é estipulado, em regra, para ser destinado um capital segurado, em valor fixo, aos beneficiários do segurado. Embora firmada pelo segurado, a relação jurídica é feita, desde o início, em favor dos dependentes ou beneficiários do seguro. Isso não ocorreria com o VGBL.</p>	<p>O VGBL é considerado plano de seguro. O fato de não seguir o modelo de capital segurado em valor fixo não é suficiente para descaracterizar sua natureza securitária. Ademais, desde o início o segurado pode estipular o que ocorrerá em caso de óbito, em favor de dependentes ou beneficiários.</p>

<p>- A diferenciação entre contratos de previdência privada e contratos de seguro de vida decorre, ademais, do art. 36 da LC 109/2001, em especial de seu parágrafo único, e explica por que muitas seguradoras criaram entidades específicas para operar planos de benefícios de previdência privada.</p>	<p>Diferentemente do PGBL, o VGBL é contrato de seguro, e não de previdência. De todo modo, mesmo que plano de previdência fosse, suas características e seu regime jurídico determinam que deve receber o mesmo tratamento jurídico dispensado aos seguros de vida.</p>
<p>- O contrato de previdência privada possui uma responsabilidade social maior porque visa a resguardar a segurança do participante em vida. É diferente do seguro de vida, que visa a resguardar a segurança e a manutenção dos dependentes, porém não a do segurado.</p>	<p>O VGBL tem por objetivo tanto resguardar a segurança do participante em vida quanto resguardar a segurança e a manutenção dos dependentes. Não é um contrato de seguro de vida tradicional, do tipo básico, mas nem por isso deixa de ter essa natureza, que lhe é atribuída pelo ente político competente para regular o tema.</p>
<p>- A diferenciação entre previdência privada e seguro de vida estaria demonstrada, ademais, pelo art. 73 da LC 109, que prevê aplicação subsidiária da legislação das seguradoras em relação às entidades abertas, ou seja, há leis de regência específica a cada qual. E também pelo art. 3º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 73/66, que cuida das operações de seguros privados e exclui de seu escopo os seguros da Seguridade Social.</p>	<p>Os contratos de previdência complementar aberta e de seguro possuem os mesmos elementos de interesse, de garantia, de prêmio e de risco. Isso não é descaracterizado pelo Decreto-Lei nº 73/66, que, ademais, é diploma anterior à LC 109 (que determina expressamente que o VGBL, vertido aos beneficiários do <i>de cujus</i>, não transita pelo inventário, assim como ocorre com o seguro de vida tradicional).</p>
<p>- No seguro, inexistente investimento visando à rentabilidade dos valores alocados, pois a prestação direta do banco/seguradora surge, ou melhor, nasce com a morte do segurado.</p>	<p>O aporte de valores do VGBL em fundos de investimento é característica secundária que tem como objetivo tornar o pagamento economicamente viável. A característica essencial continua sendo securitária.</p>
<p>- O art. 79 da Lei 11.196/2001 não sugere que haja isenção no pagamento do ITCMD, e o art. 83, parágrafo único, da mesma lei mostra que ela é compatível com o pagamento de impostos e contribuições. Ademais, nem a Lei 11.196/2001 poderia isentar ITCD; somente lei estadual, sob pena de haver caracterizada hipótese de isenção heterônoma, bem como de se contrariar a autonomia dos entes federados. Sem falar que a Lei 11.196/2001 não se refere a matéria tributária.</p>	<p>A possibilidade de incidência de outros tributos em relação ao VGBL não significa que deva haver também a incidência de ITCD. Para averiguar se há ou não a incidência deste, é preciso lidar com a estrutura de sua norma tributária, que dá particular importância ao conceito de herança e ao instituto do inventário. O art. 79 da Lei 11.196/2001 não estabelece isenção heterônoma. Não é caso de isenção, mas de não incidência em respeito aos arts. 109 e 110 do CTN e aos arts. 79 da Lei 11.196/2001 e 794 do Código Civil.</p>
<p>O participante, ao aportar valores, está investindo em um fundo de investimento (cotas) e, com isso, acumula recursos em sua provisão matemática de benefícios a conceder que devem retornar em seu favor, caso desista do plano contratado, ou em favor de seus beneficiários, caso venha a falecer. O art. 76 da Lei Federal 11.196/2001 permite às entidades abertas de previdência complementar e às sociedades seguradoras constituir fundos de investimento com patrimônio segregado vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência. Logo, a natureza jurídica do PGBL e VGBL seria mesmo a de contrato de investimento administrado por Instituições Financeiras ou Seguradoras.</p>	<p>Mais uma vez, não é o fato de os valores serem aportados em um fundo de investimento que, por si só, é capaz de descaracterizar o VGBL como plano de natureza securitária.</p>

- Ao julgar o Agravo de Instrumento Nº 70022248512, o TJRS adotou entendimento de que há incidência de ITCD sobre o VGBL.

No nosso sistema jurídico, uma decisão como a citada não vincula as decisões futuras sobre o mesmo tema. De toda sorte, decisões podem ser úteis como fontes subsidiárias de compreensão jurídica, e no momento atual há mais decisões a favor da ausência de dever de pagar ITCD em relação ao VGBL do que o contrário.

INTRIBUTABILIDADE DO VGBL PELO ITCMD

Aplicação dos arts. 73 da LC 109 e 794 do Código Civil

VGBL e PGBL são, ambos, planos por sobrevivência. O primeiro, um plano de seguro de pessoas; o segundo, um plano de previdência complementar aberta. Sobre o tema, vale reproduzir o esclarecimento da própria SUSEP¹¹:

“VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal – que poderá ser vitalícia ou por período determinado – ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar.

A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda.

No caso do PGBL, os participantes que utilizam o modelo completo de declaração de ajuste anual do IRPF podem deduzir as contribuições do respectivo exercício, no limite máximo de 12% de sua renda bruta anual. Os prêmios/contribuições pagos a planos VGBL não podem ser deduzidos na declaração de ajuste anual do IRPF e, portanto, este tipo de plano seria mais adequado aos consumidores que utilizam o modelo simplificado de declaração de ajuste anual do IRPF ou aos que já ultrapassaram o limite de 12% da renda bruta anual para efeito de dedução dos prêmios e ainda desejam contratar um plano de acumulação para complementação de renda.”

O VGBL, portanto, possui natureza securitária¹². É plano de seguro do ramo vida, “mesclando aspectos deste segmento com previdência complementar, dependendo do que ocorrer primeiro: a morte ou a aposentadoria”.¹³ Como esclarece Gaudenzi,

“[M]esmo estando destinados a suprir uma necessidade de mercado voltada à poupança previdenciária, os ‘VGBL’, por serem planos de seguros de vida, não estão subordinados ao regime jurídico da previdência privada, nos moldes antes comentados. O seu regime jurídico é o dos seguros.

Por esta razão, não são aplicáveis as características antes abordadas no que se refere ao regime jurídico da previdência complementar. A disciplina jurídica do VGBL e demais planos semelhantes (VAGP e VRGP) encontra-se pautada nos dispositivos do Código Civil que tratam desse tipo de contrato.”¹⁴

De acordo com o art. 794 do Código Civil, no seguro de vida “o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”. Como o VGBL é seguro, não está sujeito ao ITCD.

A conclusão reforça-se, ademais, pela jurisprudência do STJ. Para compreendê-la, é preciso discorrer sobre o pecúlio por morte.

Extinto em abril de 1994, o pecúlio era um benefício previdenciário que consistia na devolução, em cota única, das contribuições efetuadas para o INSS pelo cidadão que permaneceu em atividade após ter se aposentado. A Lei nº 8.870/94 extinguiu esse benefício para os aposentados por idade e por tempo de contribuição. À parte o pecúlio da previdência pública, há muito os planos de previdência privada abarcavam planos de pecúlio, entendido no seu sentido mais amplo, como soma reservada em dinheiro para uma eventualidade futura, e no seu sentido técnico conforme definição do antigo Decreto nº 81.402/78.

O art. 14 da Lei nº 6.435/77 (revogada pela LC nº 109/2001), que dispunha sobre as entidades de previdência privada, estabelecia que:

“Art. 14. As entidades abertas terão como única finalidade a instituição de planos de concessão de pecúlios ou de rendas e só poderão operar os planos para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados.”

O art. 22, § 1º, do Decreto nº 81.402/78, que regulamentou a Lei nº 6.435/77, conceituou pecúlio como “o capital a ser pago de uma só vez ao beneficiário, quando ocorrer a morte do subscritor, na forma estipulada no plano subscrito”. Vê-se, pois, que o pecúlio em muito se assemelha à indenização a título de seguro de vida.

A LC nº 109/2001 manteve essa sistemática de pagamento de benefícios únicos ou de rendas continuadas:

“Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.”

Isso fez com que o STJ entendesse que o plano de previdência privada envolvendo pecúlio por morte, mesmo não sendo “genuíno contrato de seguro”, é de todo análogo ao seguro de vida:

DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE PECÚLIO POR MORTE. NATUREZA DO CONTRATO. SEGURO DE VIDA. SEMELHANÇA. MORA DO CONTRATANTE. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA FIRME DA SEGUNDA SEÇÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. TENTATIVA DE PURGAÇÃO DA MORA ANTES DO FATO GERADOR (SINISTRO). RECUSA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. CONDUTA DO CONSUMIDOR PAUTADA NA BOA-FÉ. RELEVÂNCIA. PAGAMENTO DEVIDO.

1. O contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras entender-se, no que couber, às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n167 109/2001).

2. Portanto, à pretensão de recebimento de pecúlio devido por morte, aplica-se a jurisprudência da Segunda Seção relativa a contratos de seguro, segundo a qual 'o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação' (REsp., 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, DJ 12/4/2004, p. 184).

[...]

7. Recurso especial provido." (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 877.965/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 01.02.2012)

Compreendendo que a decisão acima se aplica ao contexto da incidência de ITCMD sobre VGBL, o TJ/MG e o TJ/MS decidiram pela intributabilidade do plano:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO – ITCMD – INCIDÊNCIA SOBRE SALDO DE PLANO VGBL – IMPOSSIBILIDADE – NATUREZA DE CONTRATO DE SEGURO DE PESSOAS – APLICAÇÃO DO ART. 794 DO CC/02 – PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTAS – ART.10 DA LEI ESTADUAL 14.941/03 (REDAÇÃO ORIGINAL) – INCONSTITUCIONALIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – INAPLICABILIDADE DA LEI 11.960/09 – RECURSO NÃO PROVIDO.

1) O VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) é um plano por sobrevivência classificado como seguro de pessoas, aplicando-se, por força do art. 73 da LC 109/2001, o disposto no art. 794 do Código Civil de 2002, que o descaracteriza como herança para todos os fins de direito, impedindo que a sua inclusão em inventário e tributação pelo ITCMD. [...]” (TJ/MG, 8ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 1.0145.08.478656-8/001, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ 14/02/2013)

"APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – PREVIDÊNCIA PRIVADA VGBL – NATUREZA SECURITÁRIA – LC 109/2001 E ART. 794 DO CÓDIGO CIVIL – NÃO INCLUSÃO EM INVENTÁRIO – NÃO INCIDÊNCIA DO ITCMD – RECURSO IMPROVIDO.

Segundo precedente do STJ os valores constantes dos planos de previdência privada estariam excluídos do campo de incidência do ITCMD, por não se submeterem às regras normais de sucessão e herança. [...]

'[...] A legislação aplicada ao regime de previdência complementar (Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001) dispõe, em seu art. 73, a possibilidade de aplicação subsidiária da legislação de seguros às entidades de previdência complementar aberta. Por sua vez o Código Civil, ao disciplinar o Contrato de Seguros, dispõe em seu art. 794 que 'no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito'. Nesta linha de entendimento o STJ já decidiu que os valores constantes dos planos de previdência privada estariam excluídos do campo de incidência do ITCMD, por não se submeterem às regras normais de sucessão e herança. Esse foi o entendimento explicitado no julgamento do REsp. 877.965/SP, segundo o qual 'o contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras estender-se, no que couber, às normas aplicáveis às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n.109/2001): [...] Portanto, a interpretação de que o VGBL possui natureza de seguro de vida, leva à conclusão de que não deve haver a incidência do ITCMD, razão pela qual mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos. Isso posto, nego provimento ao

recurso. [...]” (TJ/MS, 1ª Câmara Cível, Apelação nº 0842989-53.2015.8.12.0001, Rel. Des. JOÃO MARIA LÓS, j. 14.02.2017)

Além do REsp. nº 877.965/SP, o STJ também afirmou que o VGBL tem natureza contratual de seguro de pessoas em diferentes decisões monocráticas¹⁵, o que expande o suporte jurisprudencial das decisões supracitadas.

Segundo o art. 110 do CTN, “[a] lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal (...) para definir ou limitar competências tributárias”. O art. 155, I, da Constituição, ao estabelecer a competência para um imposto *causa mortis*, de forma implícita adotou o conceito de herança do direito privado, que deve ser, pois, respeitado.

Ir além dele seria tributar por analogia, o que é vedado pelo art. 108, § 1º, do Código.

Aplicação do art. 79 da Lei nº 11.196/2001

O art. 79 da Lei nº 11.196/2001 estabeleceu que, em caso de morte do participante ou segurado de planos ou seguros como VGBL, seus beneficiários “poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante”.

Na discussão sobre a incidência de ITCD em relação ao VGBL, este dispositivo possui particular relevância por três razões diferentes: (1) no contexto de analogia entre a previdência pública e o VGBL; (2) no contexto da própria estrutura da norma tributária de incidência do ITCD; (3) no contexto de analogia entre o pecúlio por morte e o VGBL.

Analogia entre a previdência pública e o VGBL

No âmbito da previdência pública, a Lei nº 8.213/91 prevê, entre os benefícios previdenciários, a pensão por morte, paga aos dependentes do segurado do INSS que vier a falecer ou, em caso de desaparecimento, tiver sua morte presumida declarada judicialmente.

O plano VGBL pode compreender renda paga ao participante a partir da data de concessão do benefício, reversível a beneficiário indicado em caso de sua morte. É o que ocorre, e.g., quando o plano abrange “renda mensal vitalícia reversível ao beneficiário indicado” ou “renda mensal vitalícia reversível ao cônjuge com continuidade aos menores” (cf. tabela das páginas 3 e 4).

Há muitas similaridades entre a pensão por morte da previdência pública e a renda por morte do VGBL. Ambas são pagas aos dependentes do segurado, que podem ser os pais, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho ou irmão não emancipado. Ambas podem assumir o caráter de benefício pago ao(s) menor(es) até que complete(m) a maioridade. Ambas são um direito que não existe incondicionalmente – como, apenas para ilustrar, o direito à vida e à saúde –, mas dependem que o *de cuius* tenha feito parte do INSS, no caso da pensão por morte, ou do VGBL, no caso da renda por morte.

O aporte dos valores pagos pelo segurado do VGBL em fundos tem como objetivo tornar o pagamento futuro economicamente viável. Isso é levado em conta pela posição adotada pelo Fisco mineiro como sinal de que o VGBL seria mero investimento. No entanto, o fato de os valores serem aportados pela companhia responsável em fundos de renda fixa ou de renda variável não transforma o VGBL em investimento num fundo. As seguradoras investem as suas reservas das mais variadas maneiras, e isso nada diz sobre a natureza do contrato que celebram com os seus clientes.

Isso é verdadeiro inclusive para o seguro social de natureza pública. Sobre o tema, uma das subscritoras do presente Parecer já esclareceu que:

Existem dois métodos de financiamento de seguros. O método da distribuição ou repartição e o método de capitalização. O regime de distribuição ou repartição consiste em procurar equilibrar a receita e a despesa por determinado período (um ano, seis meses). À medida que chegam os ingressos, vão sendo feitos os gastos. Nesse sistema, as contribuições são baixas no início, mas tendem a subir mais rapidamente com o aumento dos segurados e dos beneficiários. Os prêmios são pagos pelos empregados ativos, na esperança de que, no futuro, a próxima geração custeie a sua aposentadoria. Esse fenômeno é chamado de contrato entre gerações. Quando não é possível aumentar os prêmios, o Estado tem de cobrir o déficit (muitas vezes imprevisível ou elevadíssimo, como em fases de recessão, desemprego, alta inflação e guerras), razão pela qual somente as seguradoras públicas, mantidas pelo Estado, podem se utilizar dessa técnica (embora, em muitos casos, as dificuldades para financiamento estatal sejam de tal ordem, que os benefícios desçam a patamares baixíssimos).

Na atualidade, a previdência estatal, na maior parte dos países desenvolvidos (exceto nos EE.UU), é financiada por meio do método de repartição ou contrato entre gerações, mas nada impede que a seguridade pública retorne ao sistema de capitalização, como já foi no passado. Aliás, até a década de cinquenta, prevaleceram os fundos de pensão, no setor público. Cumpre realçar que várias foram as causas de seu abandono, como a instabilidade econômica, as grandes rupturas conjunturais como as guerras.¹⁶

A rigor, portanto, nada impede que a própria previdência pública adote a técnica da capitalização, como sói ocorrer nos Estados Unidos, o que reforça a conclusão de que as várias formas que as seguradoras possuem à disposição para investir as suas reservas nada dizem sobre a natureza do contrato celebrado entre elas e seus clientes.

A tabela a seguir resume o comparativo entre a pensão por morte, de um lado, e a renda por morte, de outro:

PENSÃO POR MORTE (INSS)	RENDA POR MORTE (VGBL)
Paga aos dependentes do segurado, que podem ser os pais, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho ou irmão não emancipado.	Paga aos beneficiários do segurado, que podem ser os pais, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho ou irmão não emancipado.
Pode assumir o caráter de benefício pago ao(s) menor(es) até que complete(m) a maioridade.	Pode assumir o caráter de benefício pago ao(s) menor(es) até que complete(m) a maioridade.
Não é um direito incondicional, como o direito à vida ou à saúde, mas pressupõe que o de cujus tenha feito parte do INSS.	Não é um direito incondicional, como o direito à vida ou à saúde, mas pressupõe que o de cujus tenha feito parte do VGBL.

Natureza securitária, independentemente da técnica de financiamento adotada.	Natureza securitária, independentemente da técnica de financiamento adotada.
Independência de inventário ou procedimento semelhante.	Independência de inventário ou procedimento semelhante.

Estrutura da norma tributária e o papel do inventário

A teoria da norma tributária, de modo pormenorizado, desdobra a norma nos seguintes aspectos: material (descrição do fato jurígeno), espacial (lugar onde este deve ocorrer), temporal (determinando as circunstâncias de tempo do fato), pessoal (sujeitos da relação jurídica constitutiva da hipótese de incidência) e quantitativo (base de cálculo e a alíquota). Dando um passo além no detalhamento teórico da matéria, um dos subscritores do presente parecer apregoa que a norma tributária deve conter:

► no âmbito da *hipótese de incidência*, os aspectos material, temporal, espacial e pessoal; e,

► no âmbito da *consequência jurídica* ou *dever tributário decorrente*, os seguintes elementos: a quem pagar; quem deve pagar; quanto pagar; como pagar; quando pagar; onde pagar.¹⁷

Para que fosse estabelecida a composição da estrutura da norma tributária do ITCMD no âmbito da incidência, foram levados em conta o teor do art. 155, I, da Constituição, a Lei Estadual MG nº 14.941/03, o Decreto Estadual MG nº 43.981/05 e a Orientação DOLT/SUTRI nº 002/2006, além da jurisprudência consolidada a respeito do imposto. A tabela a seguir resume referida estrutura.

ELEMENTOS DA HIPÓTESE JURÍDICA	
MATERIAL	Transmissões hereditárias ou testamentárias de bens imóveis situados em território do Estado e respectivos direitos; bens móveis, inclusive semoventes, direitos, títulos e créditos, e direitos a eles relativos, quando o inventário ou o arrolamento judicial ou extrajudicial se processar neste Estado; ou o herdeiro ou legatário for domiciliado no Estado, se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior.
ESPACIAL	Estado onde se situam os bens e direitos respectivos e onde se processa o inventário, ou onde está domiciliado o herdeiro ou legatário em relação ao de cujus que possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior.
TEMPORAL	O fato gerador ocorre no óbito, mas o imposto só é exigível após a homologação judicial do cálculo (Súmula 114/STF).
PESSOAL	Sujeito ativo: Estado de Minas Gerais. Sujeito passivo: Herdeiro(s) ou legatário(s).

Do exposto, tem-se que o inventário é elemento crucial para a configuração da incidência tributária, sobretudo em relação aos bens móveis e direitos respectivos. Sua conclusão determina o aspecto temporal de exigibilidade do tributo, e o local onde ele se realiza determina os aspectos pessoal, espacial e material da incidência.

O fato de o art. 79 da Lei nº 11.196/2001 estabelecer que em caso de morte do segurado do VGBL, seus beneficiários podem optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante reforça a não incidência do imposto.

Aqui, frise-se, o caso é de *não-incidência*, e não de *isenção*. Com efeito, a “hipótese de incidência da norma de tributação é composta de fatos tributáveis, já excluídos os imunes e os isentos” (*destaques nossos*)¹⁸. Nesse contexto, não é correta a interpretação de que o art. 79 da Lei nº 11.196/2001 estaria a estabelecer uma *isenção heterônoma* contrária ao sistema jurídico atual. Tal dispositivo não cuida de matéria tributária, nem opera como operam as isenções, i.e., como norma que se sucede à incidência da regra jurídica de tributação para dispensar o sujeito passivo do pagamento do tributo.¹⁹

Analogia entre o pecúlio por morte e o VGBL

Conforme restou exposto anteriormente neste Parecer:

i – à parte o pecúlio da previdência pública, há muito os planos de previdência privada abarcavam planos de pecúlio, entendido no seu sentido mais amplo como soma reservada em dinheiro para uma eventualidade futura, e no seu sentido técnico conforme definição do antigo Decreto nº 81.402/78;

ii – o STJ decidiu que o plano de previdência privada envolvendo pecúlio por morte, mesmo não sendo “genuíno contrato de seguro”, é de todo análogo ao seguro de vida (REsp. nº 877.965/SP).

Em caso de morte, o VGBL pode converter-se tanto em renda por morte quanto em pagamento único. Nesta última hipótese, adquire contorno de pecúlio por morte, devendo receber igual tratamento jurídico.

Descaracterização do VGBL como investimento

Segundo esclarecimentos da própria Susep, como já visto, o VGBL é considerado, não como plano de previdência, mas como plano de seguro de pessoas. De todo modo, mesmo planos de previdência podem apresentar natureza securitária, o que foi reconhecido pelo ordenamento jurídico, como demonstra o também já mencionado art. 73 da LC nº 109/2001 (que determina que as entidades abertas de previdência deverão ser reguladas também pelas normas securitárias).

Todavia, no caso em comento, o Fisco adota abordagem segundo a qual o VGBL não teria natureza securitária, na medida em que: no seguro tradicional, inexistente investimento visando à rentabilidade dos valores alocados; planos como PGBL e VGBL permitem ao participante/segurado aportar valores que se convertem em cotas de fundos de investimento; há a possibilidade de resgate e/ou portabilidade dos valores em questão, o que reforçaria o caráter de investimento.

Com a devida vênia, o VGBL é contrato de seguro, e não de previdência. De todo modo, mesmo que plano de previdência fosse, suas características e seu regime jurídico determinam que deve receber o mesmo tratamento jurídico dispensado aos seguros de vida; afinal, os contratos de previdência complementar aberta e de seguro possuem os mesmos elementos de interesse, de garantia, de prêmio e de risco.

O fato de não seguir o modelo de capital segurado em valor fixo não é suficiente para descaracterizar sua natureza securitária. Ademais, desde o início o segurado pode estipular o que ocorrerá em caso de óbito, em favor de dependentes ou beneficiários. O VGBL tem como objetivo tanto resguardar a segurança do participante em vida quanto resguardar a segurança e a manutenção dos dependentes,

exatamente como se preocupa o contrato de seguro de vida tradicional. O aporte de valores do VGBL em fundos de investimento é característica secundária que tem como objetivo tornar o pagamento economicamente viável. A característica essencial continua sendo securitária.

A jurisprudência do TJMG é didática a respeito de como a simples possibilidade de resgate e/ou portabilidade do prêmio não transforma o plano VGBL em ativo financeiro²⁰:

“... a simples possibilidade de resgate e/ou portabilidade do prêmio não transforma o plano VGBL em uma espécie de ativo financeiro, pois é certo que, enquanto o capital estiver aplicado junto à entidade previdenciária, ele terá como único objetivo produzir renda destinada a, futuramente, propiciar o pagamento de aposentadoria privada para o segurado (em caso de sobrevivência) ou de indenização aos seus beneficiários (em caso de morte), predominando, portanto, a natureza previdenciária/securitária do contrato.”

No tópico 4.4 a seguir, será analisada a jurisprudência não só em relação à ausência de caráter de investimento, mas sobre o tema do ITCD sobre VGBL como um todo.

A jurisprudência a respeito do ITCD sobre VGBL

No âmbito do TJMG, em somente uma ocasião foi decidido, por sua 4ª Câmara Cível, que há incidência do ITCD em relação ao VGBL, considerado ali como aplicação financeira.

Mesmo assim, a Câmara em questão distinguiu entre a “fase de formação de capital” e a fase de “recebimento do benefício” para destacar que o caráter de investimento se manifestaria, sobretudo, na primeira²¹.

A decisão merece críticas, pois, como já estabelecido, no VGBL prevalece a natureza securitária, sendo o aporte dos valores em fundos de investimento apenas um meio para garantir o fim securitário do contrato.

Ademais, trata-se de entendimento minoritário, visto que, nas demais ocasiões em que tratou do tema, o mesmo TJMG decidiu pela intributabilidade do plano.

Além da já citada decisão da 8ª Câmara Cível nos autos da Apelação Cível nº 1.0145.08.478656-8/001, afiançada pela decisão do STJ no REsp. 877.965/SP, somam-se à mesma linha de raciocínio as seguintes decisões da 7ª e 8ª Câmaras:

“APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD INCIDÊNCIA SOBRE PLANO VGBL. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DE CONTRATO DE SEGURO DE PESSOAS. ART. 794 DO CC. SENTENÇA CONFIRMADA NA REMESSA OBRIGATÓRIA.

O VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) é um plano por sobrevivência classificado como seguro de pessoas, aplicando-se o art. 794 do Código Civil, que o descaracteriza como herança, impedindo a sua tributação pelo ITCMD. [...]

‘...o seguro de vida VGBL possui natureza securitária, conforme todas as normas aplicáveis aos demais seguros de vida disponíveis no mercado nacional. Desse modo, de acordo com o art. 794 do CC, não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito e, por conseguinte, não há incidência do ITCD.’ (TJMG, 7ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 1.0000.16.048853-2/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, DOMG 07/10/2016)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. REQUISITOS. ART. 300 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE PLANO DE VGBL.

O art. 300 do Código de Processo Civil autoriza a concessão da tutela provisória de urgência requerida na petição quando evidenciada a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Não há que se falar em obrigação tributária relativa ao ITCMD sobre o investimento realizado na modalidade VGBL porque este não ostenta natureza de herança, sendo classificado como seguro de pessoas. [...]

[...] Feitas estas considerações, ressalta-se, desde já, que patente a probabilidade do direito dos recorrentes, pois não há que se falar em obrigação tributária relativa ao ITCMD sobre o investimento realizado na modalidade VGBL porque este não ostenta natureza de herança, sendo classificado como seguro de pessoas.” (TJMG, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0702.16.020118-3/001, Rel. Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, DOMG 16/12/2016)

Há decisões de outros tribunais estaduais no mesmo sentido, como, por exemplo, as provenientes do TJMS e do TJRJ no Agravo de Instrumento nº 0044064-08.2014.8.19.0000, conforme ementas a seguir:

“INVENTÁRIO. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ITCD. NÃO-INCIDÊNCIA. PROVIDO.

No inventário não há incidência do imposto de transmissão sobre o plano de previdência privada que, além de ser excluído da comunhão de bens, possui natureza securitária.” (TJMS, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, DJ 24/05/2007)

“DIREITO CIVIL E TRIBUTÁRIO. Incidência do imposto sobre transmissão causa mortis – ITCMD – em plano de sobrevivência denominado VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre). Impossibilidade. Natureza securitária do benefício. Forma de acumulação de renda. Espécie de seguro de vida, pessoal, de acordo com o que estipula a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, autarquia federal responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, não possuindo, assim, característica típica dos fundos de investimento. Aplicação do art. 794 do Código Civil. Verba que não decorre como direito de herança. Ausência de fato gerador do tributo. Recurso desprovido.” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0044064-08.2014.8.19.0000/RJ, Rel. Des. Adolpho Andrade Mello)

Na esfera administrativa, o Fisco de São Paulo manifestou-se, em várias Respostas de Consulta, no sentido de não haver ITCD sobre VGBL.

“RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 2597/2014, de 14 de Fevereiro de 2014.

ITCMD – Plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL).

I – Regime de Previdência Complementar tem a mesma natureza dos seguros de vida (Lei Complementar 109/2001, artigos 1º, 2º e 73).

II – Seja por não se caracterizarem como hipótese de incidência (artigo 794 do Código Civil) ou por estarem albergados pela isenção (Lei 10.705/2000, art. 6º, inciso I, alínea ‘e’), os valores recebidos em decorrência de plano de previdência privada, não recebidos em vida pelo respectivo titular, não são tributados pelo imposto estadual.”²²

A refletir a mesma compreensão das Respostas de Consulta, o Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) de São Paulo assim se manifestou:

“ITCMD – Doação – Falta de pagamento do imposto – Doador morto na data da doação – Impossibilidade jurídica – Recebimento de VGBL – Natureza de Seguro – Não incidência de ITCMD no recebimento de seguro – Interpretação preconizada pela SEFAZ/SP em diversas Respostas à Consulta.” (TIT-SP, Primeira Câmara Julgadora, Processo DRTC-II 4030480/2013, Rel. Juiz Rodrigo Frota da Silveira, j. 19/06/2015)

SÍNTESE CONCLUSIVA

Em síntese, entende o Fisco estadual no caso em comento, ao contrário de alguns outros Estados da Federação, que o ITCD incide sobre o VGBL. O VGBL, neste contexto, é interpretado como um investimento feito pelo *de cujus*, um ativo financeiro que, na qualidade de bem móvel, é transmitido do patrimônio do *de cujus* para o de seus sucessores.

Com a devida vênia em relação a tal entendimento, não há incidência de ITCD sobre o VGBL, entre outras razões, por ser o VGBL contrato de seguro, e não de previdência. De todo modo, mesmo que plano de previdência fosse, suas características e seu regime jurídico determinam que deve receber o mesmo tratamento jurídico dispensado aos seguros de vida. Afinal, os contratos de previdência complementar aberta e de seguro possuem os mesmos elementos de interesse, de garantia, de prêmio e de risco. O fato de não seguir o modelo de capital segurado em valor fixo não é suficiente para descaracterizar sua natureza securitária. Ademais, desde o início, o segurado pode estipular o que ocorrerá em caso de óbito, em favor de dependentes ou beneficiários. O VGBL tem como objetivo tanto resguardar a segurança do participante em vida quanto resguardar a segurança e a manutenção dos dependentes, exatamente como se preocupa o contrato de seguro de vida tradicional. O aporte de valores do VGBL em fundos de investimento é característica secundária que tem como objetivo tornar o pagamento economicamente viável. A característica essencial continua sendo securitária.

A ausência de tributação foi reconhecida pelo Fisco de São Paulo e por numerosos precedentes administrativos e judiciais.

Na qualidade de contrato de seguro, o VGBL é regido pelo art. 794 do Código Civil, segundo o qual os valores do plano não se sujeitam às dívidas do segurado, nem são tidos como herança para todos os efeitos de direito. Se não pode ser tido como herança, não pode sofrer incidência do imposto sobre heranças.

O inventário é elemento crucial para a configuração da incidência tributária, sobretudo em relação aos bens móveis e direitos respectivos. Sua conclusão determina o aspecto temporal de exigibilidade do tributo, e o local onde ele se realiza determina os aspectos pessoal, espacial e material da incidência. O fato de o art. 79 da Lei 11.196/2001 estabelecer que em caso de morte do segurado do VGBL seus beneficiários podem optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante reforça a não incidência do imposto.

O recebimento do VGBL pelos beneficiários em pagamento único o aproxima do pecúlio por morte e do seguro de vida. O recebimento do VGBL pelos beneficiários em benefício continuado o aproxima da pensão por morte. Num e noutro caso, pelo princípio da isonomia prevalece a intributabilidade, mesmo tratamento jurídico dado a cada qual dos elementos comparados. 

NOTAS

- 1 CASTRO, Marina Grimaldi de. A tipicidade do contrato de previdência complementar aberta e o regime jurídico conferido ao patrimônio formado com base nas contribuições e realizadas pelos participantes. 470 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016, p. 54, 431.
- 2 CASTRO, *op. cit.*, p. 431.
- 3 CASTRO, *op. cit.*, p. 225.
- 4 SUSEP. Previdência complementar aberta. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>. Acesso em 10 mar. 2017.
- 5 *Ibidem*.
- 6 SUSEP – Superintendência de Seguros Privados. Seguro de Pessoas. Disponível em: http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/seguros/seguro-de-pessoas#5_-_Dos_planos_. Acesso em 10 mar. 2017.
- 7 CASTRO, *op. cit.*, p. 276.
- 8 CASTRO, *op. cit.*, p. 230.
- 9 Elaboração própria a partir de CASTRO, *op. cit.*, p. 279-287.
- 10 FRARE, Fabiana Yamaoka. Consulta acerca da incidência de ITCMD em valores investidos por meio de contratos de previdência privada – Natureza Jurídica de Investimento – Possibilidade de Resgate – Valores aplicados e restituíveis ao investidor ou beneficiários (herdeiros) em caso de falecimento. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, nº 2, p. 141-166, 2011.
- 11 SUSEP. Perguntas mais frequentes sobre planos por sobrevivência – PGBL e VGBL. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por-sobrevivencia-pgbl-e-vgbl>. Acesso em 10 mar. 2017.
- 12 “Os planos de benefícios oferecidos por entidades abertas são oferecidos a todos que preenchem as condições estabelecidas contratualmente, nos limites e condições determinados pelo órgão regulador competente. Por isso denominam-se ‘planos abertos’. [...] [P]or se tratar de planos acessíveis ao público em geral, convencionou-se criar modelagens padronizadas, que admitem a estipulação de condições específicas, a depender das características do grupo de pessoas que se busca atingir. São essas modelagens semelhantes a verdadeiros ‘produtos previdenciários’, conhecidos por suas siglas: PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres), [...] VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) [...]. Segundo descrição apresentada pelo órgão regulador e fiscalizador das entidades abertas (Susep), os planos [...] PGBL têm, durante o período de diferimento, como critério de remuneração o das reservas, a rentabilidade da carteira de investimentos do fundo de investimento exclusivo instituído para o plano, ou seja, durante o período de diferimento não há garantia de remuneração mínima. [...] Note-se, com isso, que os planos dos tipos PGBL, PRGP e PAGP são planos de previdência privada, cujos benefícios assegurados variam desde o pagamento do total das contribuições adicionadas aos rendimentos produzidos durante a fase de acumulação dos recursos, até o pagamento do total das contribuições remuneradas segundo uma taxa de juros ou um índice de atualização, previamente contratados. [...] [A]lém dos planos de modalidade PGBL, PRGP, PAGP e FGP, as sociedades seguradoras autorizadas a operar com planos de previdência complementar podem ainda operar planos das seguintes espécies: VGBL, VAGP e VRGP. Estes últimos planos (cujas siglas iniciam com a letra ‘V’), apesar de guardarem diversas semelhanças com os primeiros planos (cujas siglas iniciam com a letra ‘P’) e de, na prática, serem oferecidos como planos de previdência privada, consistem em seguros de vida com cobertura por sobrevivência. Em outras palavras, são seguros de vida pagos ainda em vida ao seu titular (chamado segurado), cujos recursos aplicados são, inclusive, passíveis de resgate.” GAUDENZ, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos investimen-*

- tos em previdência complementar privada*: Fundos de pensão, PGBl, VGBL, FAPI e outros. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.80-83.
- 13 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.589.
- 14 GAUDENZl, *op. cit.*, p.85.
- 15 STJ, REsp. 1.618.680/MG, Rel. Min. Maria Isabel Galotti, publ. 01/02/2017 (“Deliberações sobre valores decorrentes do Plano/VGBL, notadamente sobre pedido de bloqueio, não são da competência do Juízo Sucessório, uma vez que esse investimento tem natureza contratual de seguro de pessoas.”); AREsp 748.919, Rel. Min. Marco Buzzi, publ. 27/04/2016 (“o dever de guardar a mais estrita boa-fé e veracidade acerca do objeto do contrato de seguro, bem como das circunstâncias e declarações concernentes, é imposto a ambas as partes da relação jurídica, ex vi do disposto no art. 765 do Código Civil de 2002”).
- 16 DERZI, Misabel de Abreu Machado. Nota de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel de Abreu Machado (atualizadora). *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.546.
- 17 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2003, p.98.
- 18 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2003, p.211.
- 19 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2003, p.206.
- 20 Voto da Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto em: TJMG, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DOMG 14/02/2013. No mesmo sentido, o voto do Des. Belizário de Lacerda em: TJMG, 7ª Câmara Cível, Rel. Belizário de Lacerda, Ap. Cível nº 1.0000.16.048853-2/001, DOMG 07/10/2016: “Ressalto que a simples possibilidade de resgate e/ou portabilidade do prêmio não transforma o plano VGBL em uma espécie de ativo financeiro, pois é certo que, enquanto o capital estiver aplicado junto a entidade previdenciária, ele terá como único objetivo produzir renda destinada a, futuramente, propiciar o pagamento de aposentadoria privada para o segurado (em caso de sobrevivência) ou de indenização aos seus beneficiários (em caso de morte), predominando, portanto, a natureza previdenciária/securitária do contrato. Assim, o plano de seguro VGBL é analisado sob o regime dos seguros de vida comuns, não transferindo-se automaticamente aos herdeiros e, conseqüentemente, não perfazendo hipótese de incidência do ITCD.”
- 21 TJMG, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, Ap. Cível nº 1.0000.16.083620-1/001, j. 09/02/2017, publ. 13/02/2017.
- 22 No mesmo sentido, as Respostas de Consulta 714/2008 de 05/01/2009, 505/2010 de 22/09/2010, 822/2010 de 31/01/2011, 740/2010 de 14/02/2011, 727/2010 de 17/02/2011, 225/2011 de 01/06/2011, 473/2011 de 11/10/2011, 79/2012 de 28/03/2012, 5678/2015 de 24/08/2015, etc.



SACHA CALMON NAVARRO COELHO é Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ (Faculdade Nacional de Direito). Doutor em Direito Público pela UFMG. Ex-Presidente da ABDF. Coordenador da Especialização em Dir. Tributário das Faculdades Milton Campos. Presidente Honorário da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. Consultor e Advogado.

MISABEL ABREU MACHADO DERZI é Professora Titular de Direito Tributário e Financeiro da UFMG e Faculdades Milton Campos. Doutora em Direito pela UFMG. Pres. honorária da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. Consultora e Advogada

EDUARDO JUNQUEIRA COELHO é Mestre em Economia pela Universidade Federal de Viçosa. Ex-Auditor da Receita Federal. Ex-Fiscal de tributos do Município de Belo Horizonte. Consultor e Advogado

Desconsideração da personalidade jurídica: Aplicação da teoria maior em casos de dissolução irregular da sociedade empresária por dívidas comerciais

■ POR DIEGO RIBEIRO PESSIN



“Surge uma insegurança jurídica para aquele que quer constituir uma sociedade empresária, na medida em que poderá ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica à sociedade, bem como os sócios virem a responder com seus bens particulares por dívidas que a pessoa jurídica havia contraído, sem que tenha ao menos alguma previsão legal expressa para determinar os critérios para isso.”

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é um tema que vem sendo muito estudado pela doutrina e com grande aplicação nos tribunais. Neste sentido, pode-se perceber que as normas do ordenamento jurídico brasileiro vêm buscando positivizar sua aplicação prática, porém é algo que não ocorre de forma concreta, tendo em vista que existem algumas omissões que ainda podem ser vistas. Em razão destas lacunas que surgem no nosso sistema, começaram a aparecer entendimentos divergentes, o que, de certa forma, acaba prejudicando a segurança jurídica, fazendo com que surja uma instabilidade no meio das sociedades e dos sócios.

Sendo assim, identificou-se uma omissão na legislação pátria com relação à aplicação na dissolução irregular da sociedade empresária. Apesar de existirem legislações e doutrinas a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, não se tem qualquer previsão legal ou entendimento pacificado se há possibilidade, diante da dissolução irregular da sociedade empresária em razão de dívidas de natureza cível-comercial, de aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica por meio da Teoria Maior.

Para tanto, quais seriam os critérios para aplicar o instituto, especificadamente, nos casos de encerramento irregular da sociedade empresária em razão de dívidas de natureza cível-comercial? E mais, quais os fundamentos que a jurisprudência e a doutrina vêm utilizando para aplicar o instituto?

Na doutrina, tem-se o entendimento de que se aplica o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, quando a sociedade empresária dissolve de maneira irregular suas atividades, que, conforme o entendimento majoritário, é em razão de os sócios destas abusarem da personalidade jurídica, com o único objetivo de violar o disposto em lei, qual seja a dissolução, liquidação e partilha, prejudicando os credores ou terceiros. Já para o entendimento minoritário, basta o mero encerramento irregular da sociedade empresária, para que se aplique o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, não precisa ser provado que houve a fraude/abuso da pessoa jurídica.

Da análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, pode-se perceber que há divergências entre eles. A começar pelo TJ-RS, fixou-se o entendimento majoritário de que autorizaria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por meio da Teoria Maior, utilizando-se como fundamento a mera insolvência da pessoa jurídica ou o simples fato de que os sócios não deram baixa da sociedade perante os órgãos

oficiais. Deve-se ressaltar que também há um entendimento minoritário de que não se aplica a desconsideração da personalidade jurídica, porém, nestes casos, utilizaram como fundamento o fato de que não restaram comprovados os requisitos autorizadores para tal medida, conforme o art. 50 do Código Civil, qual seja o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Aqui deve prevalecer o entendimento minoritário, uma vez que, para se desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade empresária, valendo-se da Teoria Maior, necessário se faz comprovar os requisitos autorizadores para tal medida, o abuso da pessoa jurídica, seja pela confusão patrimonial ou o desvio de finalidade. Diferente do entendimento majoritário, pois, para este, basta a mera insolvência da pessoa jurídica para se aplicar o instituto. Atenta-se para o raciocínio equivocado dos julgados, tendo em vista que nestes casos estariam se utilizando da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Já com relação ao STJ, o entendimento majoritário é de que não se aplica a desconsideração da personalidade jurídica. Para tanto, pode-se perceber que os ministros utilizam como fundamento a não comprovação dos requisitos autorizadores para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, qual seja o abuso da personalidade jurídica, seja pela confusão patrimonial ou o desvio de finalidade. Além do mais, afirmaram que a mera insolvência da pessoa jurídica não é critério suficiente, por si só, apto a autorizar tal medida, ou seja, necessária a prova do abuso da personalidade jurídica. O entendimento minoritário é de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária que se dissolveu irregularmente. Para tanto, os ministros utilizam-se do fundamento de que o mero encerramento irregular da sociedade empresária presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pela confusão patrimonial ou desvio de finalidade, o que autoriza aplicar o instituto da desconsideração. Aqui o entendimento majoritário é que deve prevalecer, pois, neste caso, deve ser provado que houve o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, garantindo uma maior segurança para os sócios. Diferente do entendimento minoritário, que o encerramento irregular da sociedade empresária configura fortes indícios de que houve abuso da personalidade jurídica, não precisando, neste caso, comprovar os requisitos essenciais.

A pesquisa se justifica pelo fato de o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ser de suma importância para o direito empresarial. Esta necessidade de criar um instituto para coibir o mau uso da pessoa jurídica surge diante do aumento no número dos sócios das sociedades empresárias que vinham se utilizando da sua responsabilidade limitada para causar prejuízos aos credores e terceiros.

Neste sentido, tem-se atualmente a utilização da pessoa jurídica sem a observância da sua excepcionalidade, o que vem acarretando o fim da responsabilidade limitada. Em razão disso, surge uma insegurança jurídica para aquele que quer constituir uma sociedade empresária, na medida em que poderá ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica à sociedade, bem como os sócios virem a responder com seus bens particulares por dívidas que a pessoa jurídica havia contraído, sem que tenha ao menos alguma previsão legal expressa para determinar os critérios para isso. 



DIEGO RIBEIRO PESSIN é Advogado, sócio no Pessin Advogados Associados. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e ex-bolsista de Iniciação Científica (FAPERGS) no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.



Atentado à lei orçamentária e crime de responsabilidade

■ POR KIYOSHI HARADA

“A Lei nº 10.028/2000 ao introduzir os incisos 5 a 12 ao art. 10 da Lei nº 10.079/50, que cuida do crime de responsabilidade por atentado contra a lei orçamentária, extrapolou dos limites constitucionais, confundindo Lei Orçamentária com Lei de Responsabilidade Fiscal que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Contudo, há opiniões em contrário.”

Em razão da semelhança de nomes reina grande confusão entre Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – e Crime de Responsabilidade que são coisas diversas. A LRF veio à luz para estabelecer uma política de gestão fiscal responsável visando a saúde financeira do Estado por meio da manutenção do equilíbrio das contas públicas, traçando normas de contenção de gastos públicos sempre que os instrumentos de controle e fiscalização da execução orçamentária derem sinais de que as metas fiscais traçadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO – não serão cumpridas. Transgressão de suas normas podem ensejar crimes contra as finanças públicas definidos nos arts. 359-A a 359-H do Código Penal, introduzidos pela Lei nº 10.028/2000 aprovada no mesmo dia da aprovação da LRF, Lei Complementar nº 101/2000.

Os crimes de responsabilidade referidos no art. 85 da Constituição Federal antes eram apenas as quatro condutas tipificadas na Lei nº 10.079/50. Contudo, a Lei nº 10.028/2000, que veio à luz para tutelar a LRF, incluiu no Capítulo I da Lei nº 10.079/50, que cuida dos crimes contra a lei orçamentária, oito hipóteses de infração à LRF como condutas configuradoras do crime de responsabilidade, muito embora o inciso VI, do art. 85 da CF refira-se apenas ao atentado contra a lei orçamentária. E como sabemos lei de natureza orçamentária são apenas as três referidas no art. 165 da CF: Lei do Plano Plurianual – PPA –, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO – e Lei Orçamentária Anual – LOA. A LRF é uma lei de natureza fiscal que tutela as leis orçamentárias e não consta do elenco do art. 165 da Constituição. De conformidade com os acréscimos introduzidos pela Lei nº 10.028/00 o art. 10 da Lei nº 1.079/50 ficou assim redigido:

“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária.

1. não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;¹
2. exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;²
3. realizar o estorno de verbas;
4. infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;
5. deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; (AC)³
6. ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (AC)
7. deixar de promover ou de ordenar na forma da lei o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (AC)
8. deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; (AC)
9. ordenar ou autorizar, em desconto com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; (AC)
10. captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; (AC)
11. ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que o autorizou; (AC)
12. realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei”. (AC)

A Lei nº 10.079/50 foi editada na vigência da Constituição Federal de 1946 que dispunha sobre o crime de responsabilidade em seu art. 89, *in verbis*:

“Art. 89. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente contra:

- I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

III – o exercício dos direitos políticos individuais e sociais;

IV – a segurança interna do país;

VI – a lei orçamentária;

VII – a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII – o cumprimento das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”.

O art. 85 da Constituição de 1988 repetiu aquele art. 89 da Constituição de 1946 com duas pequenas variações que não alteram o seu conteúdo: (a) o inciso I da CF/46 referia-se a “poderes constitucionais dos Estados”, ao passo que a CF/88 refere-se a “Poderes constitucionais das unidades da Federação”; (b) no inciso VIII, que versava sobre “o cumprimento das decisões judiciais”, a Constituição vigente dispôs sobre “o cumprimento das leis e das decisões judiciais”. Tudo o mais foi reproduzido pela Constituição de 1988.

Parece-nos, dessa forma, que a Lei nº 10.028/2000 ao introduzir os incisos 5 a 12 ao art. 10 da Lei nº 10.079/50, que cuida do crime de responsabilidade por atentado contra a lei orçamentária, extrapolou dos limites constitucionais, confundindo Lei Orçamentária com Lei de Responsabilidade Fiscal que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Contudo, há opiniões em contrário.

Adverta-se que, em qualquer hipótese, nenhuma outra infração à LRF tirante as hipóteses dos incisos 5 a 12 da Lei nº 10.079/50, certo ou errado, acrescidos pela Lei nº 10.028/2000, configura crime de responsabilidade, notadamente, a infração do seu art. 36⁴ apontado pela mídia como caracterizador do crime de natureza política a ensejar o *impeachment*.

As oito modalidades de crimes de responsabilidade acrescidas pela Lei nº 10.028/2000 estão reguladas nos arts. 5º a 12 da Lei nº 10.079/50.

Neste artigo analisaremos apenas o aspecto material limitado a crimes contra a lei orçamentária. Iniciemos pela transcrição dos dispositivos da Lei nº 10.079/50 procedendo aos comentários de cada uma das condutas aí tipificadas.

“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

1. não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;⁵

Essa tipificação não foi recepcionada pela Constituição de 1988 que permite o envio da proposta orçamentária pelo Presidente da República até o dia 31 de agosto de cada exercício, devendo o Congresso Nacional aprová-la e devolvê-la para sanção até o final da sessão legislativa, ou seja, até o dia 22 de dezembro. A regra geral tem sido a aprovação da Lei Orçamentária Anual – LOA – no exercício de sua execução por conta das intermináveis negociações em torno das chamadas “emendas parlamentares”, implicando realização de despesas sem autorização legislativa.

2. Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;

O art. 167, inciso VI da CF proíbe a transposição, o remanejamento ou a transferência de recurso de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. É o princípio da legalidade das despesas. Nada pode ser gasto sem prévia autorização do Legislativo. Fica ressalvada

as delegações previstas na LOA para o Executivo remanejar até 30% das verbas consignadas em cada dotação. Além desse limite, para abrir crédito adicional suplementar ou especial é preciso autorização legislativa, sob pena de crime de responsabilidade.

3. Realizar o estorno de verbas;

Pelo princípio da unidade de Tesouraria previsto no art. 56 da Lei nº 4.320/64 toda receita arrecadada deve ingressar no Tesouro dele saindo única e exclusivamente em forma de despesa pública autorizada em lei e com as formalidades previstas no art. 58 e seguintes da Lei nº 4.320/64 que não reconhece a figura do estorno de verbas que, se existisse, representaria um sério obstáculo à fiscalização e controle da execução orçamentária. Daí a criminalização do estorno de verbas.

4. Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;

É a única hipótese que representa uma norma aberta. Pressupõe dolo do agente público, pois ninguém infringe patentemente uma norma legal por culpa, quer por negligência, quer por imprudência, quer por imperícia. Só que o tipo criminal aberto não significa dispensa da indicação do dispositivo legal patentemente infringido. É o que se depreende do ordenamento jurídico-constitucional que abriga os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa.

A hipótese do inciso 4 está a significar que além das hipóteses descritivas específicas (incisos 1 a 3 e 5 a 12) constituem crime de responsabilidade a violação de qualquer outra norma da Lei Orçamentária Anual, nela compreendidos os seus Anexos.

5. Deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; (AC)⁶

De conformidade com o inciso VII, do art. 52 da CF cabe ao Senado Federal fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Entende-se por dívida pública consolidada o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses. A Resolução nº 40, de 20.12.2001, do Senado Federal dispõe sobre o montante da dívida pública consolidada e da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sempre que a dívida consolidada de um ente político ultrapassar o respectivo limite fixado pelo Senado Federal ao final de um quadrimestre, deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subsequentes, reduzindo o excedente em, pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro, conforme dispõe o art. 31 da LRF. Caberá ao STF, se provocado, decidir se a norma da espécie está conformada ou não como o disposto no inciso VI, do art. 85 da CF que se limita ao atentado à lei orçamentária, e LRF não é lei orçamentária.

6. Ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (AC)⁷

O princípio da legalidade das despesas que preside a execução orçamentária (art. 167, I, II, III, V, VI, VIII e IX da CF) não permite a abertura de crédito superando

os limites estabelecidos pela Resolução nº 43/2001 do Senado Federal que tem fundamento no art. 52, VII da CF ou sem fundamento em lei. A abertura de crédito adicional suplementar ou especial, também, só pode ocorrer nos limites da autorização legislativa. O princípio da legalidade das despesas públicas é um corolário do princípio da legalidade tributária. Quem paga o tributo de conformidade com a lei tem o direito de direcionar a aplicação dos recursos financeiros arrecadados por meio de seus representantes no Congresso Nacional. A aprovação da LOA estimando as receitas, de um lado, e fixando as despesas, de outro lado, representa ato de aprovação em bloco de todas as despesas fixadas nas diversas dotações.

7. Deixar de promover ou de ordenar na forma da lei o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (AC)⁸

Toda operação de crédito que for realizada fora do limite, condição ou montante estabelecido em lei é considerada nula, procedendo-se ao seu cancelamento, devendo proceder-se a devolução do principal, no próprio exercício do ingresso dos recursos, vedados os pagamentos de juros e demais encargos financeiros. Isso porque cabe à instituição financeira que contratar a operação de crédito com um ente da Federação exigir a comprovação de que a operação atende às condições e limites legais. Se não for possível a devolução no mesmo exercício, deverá ser consignada reserva específica na lei orçamentária para o exercício seguinte, de conformidade com o que dispõem os §§ 1º e 2º, do art. 33 da LRF. Descumprido esses preceitos caracterizado estará a crime de responsabilidade, sem prejuízo de o ente político infrator receber transferências voluntárias, obter garantia, direta ou indireta de outro ente e contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

8. Deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercícios financeiro; (AC)⁹

A operação de crédito por antecipação de receita destina-se a cobrir insuficiência de caixa durante o exercício e só pode realizar-se a partir do décimo dia do início do exercício para ser liquidada até o dia dez de dezembro de cada ano. Essa operação está proibida no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal. O que caracteriza o crime de responsabilidade é a não liquidação da operação de crédito por antecipação da receita até o final de cada exercício, pois do contrário segue-se que a operação não se tratava de simples antecipação da receita programada, mas de endividamento.

9. Ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; (AC)¹⁰

Qualquer tipo de operação de crédito, interna ou externa, está sob o princípio da reserva legal. Não importa que se se trata de operações entre entidades políticas componentes da Federação, nem se se trata de simples novação, refinanciamento ou moratória. Somente a lei pode autorizar a realização de operação creditícia apontando a sua finalidade, definindo o seu montante, o prazo e demais condições como taxa de juros etc.

10. Captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; (AC)¹¹

Antecipação de receita tributária pressupõe não só a existência do tributo em lei, como também a instauração da relação jurídica entre o ente político tributante e o contribuinte mediante a ocorrência do respectivo fato gerador da obrigação tributária. A operação de crédito em tela é forma de suprir temporariamente o fluxo de caixa enquanto o ente político tributante adota as providências de lançamento e cobrança do tributo.

11. Ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que o autorizou; (AC)¹²

É o caso do desvio de finalidade que é sancionado, também pelo art. 11, I, da Lei nº 8.429/92. Sabe-se que o parágrafo único, do art. 33 do ADCT autorizou a entidades políticas devedoras emitir títulos da dívida pública não computáveis nos limites de endividamento fixados pelo Senado Federal, para pagamento dos precatórios. O que se viu na prática é o desvio quase que total dos recursos financeiros obtidos com a emissão de títulos da dívida pública, como restou apurado em CPI dos Precatórios. Quando isso aconteceu o preceito legal sob comento já se encontrava em vigor.

12. Realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei”. (AC)¹³

Transferências voluntárias são entregas de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional ou legal ou os destinados ao Sistema único de Saúde (art. 25 da LRF). A LRF enumera as hipóteses de vedação de transferências voluntárias (art. 11, parágrafo único; art. 23, § 3º, art.33, § 3º, dentre outros). Caracteriza-se o crime de responsabilidade tanto para o agente público que promove a transferência proibida, como para o agente público que recebe essa transferência ilícita. 

NOTAS

1 Ver inciso XXIII do art. 84 e § 6º do art. 166 da CF. Ver, também, art. 22 da Lei nº 4.320/64.

2 Ver inciso VI do art. 167 da CF.

3 AC=acrescentado pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

4 Art. 36. É proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo.

5 Ver inciso XXIII do art. 84 e § 6º do art. 166 da CF. Ver, também, art. 22 da Lei nº 4.320/64.

6 Acrescentado pela Lei nº 10.028, de 19-10-2000.

7 Acrescido pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

8 Acrescido pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

9 Acrescido pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

10 Acrescido pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

11 Acrescido pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

12 Acrescido pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

13 Acrescido pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000.



KIYOSHI HARADA é Sócio fundador da Harada Advogados Associados. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.

A Lei nº 13655/2018 – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – e os critérios de interpretação (no âmbito do direito financeiro). Breve análise.

POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

“Os magistrados ainda não se aperceberam da grandeza do contido na lei em comento. Através dela é que se pode estabelecer a sequência do comportamento administrativo ou do próprio legislador. A lei é notável. Resta aplicá-la.”



O advento da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 trará importantes alterações para todo o direito e, particularmente, para os acordos e decisões administrativas e judiciais que digam respeito à Administração Pública. Logo, trará reflexos para o direito financeiro.

Como ela altera a Lei de Introdução ao Código Civil alguns falam em *sobre-direito*. Isso não existe. Seu objetivo foi de explicitar normas sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito, tal como dispõe sua epígrafe.

Há substancial modificação nos critérios de interpretação. Deve ela centrar-se sobre o mundo das realidades, deixando de lado a abstração. O que importa é o que de fato acontece. O apego ao empírico é que deve prevalecer, não sob forma de visualização do mundo, mas de sua realidade.

A REALIDADE COMO CRITÉRIO

O art. 20, acrescido à Lei de Introdução ao Direito Civil estabelece que nas esferas administrativa, controladora e judicial “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Toda esfera de decisão dentro da estrutura estatal não levará em conta valores inseridos no direito brasileiro, como se estivessem desapegados das consequências que acarretará no mundo das realidades. Convenhamos que é comum que administradores e juízes de qualquer esfera decidam sem atentar para a realidade vivida.

Hans Gadamer adverte que há que se considerar sempre o fenômeno, isto é, como o fato se apresenta ao intérprete, que deve analisar o vivido e suas circunstâncias (“Método e verdade”). O perfil que é sentido por ele. Deverão, agora, aqueles que solucionam as lides que a eles se apresentam levar em conta a realidade percebida e suas consequências. A quem a decisão atinge? Quem são eles, ricos ou pobres, empresários ou empregados, superior ou subalterno, contratante e contratado em suas relações econômicas e sociais?

O círculo hermenêutico é condicionado pela história, pela objetividade, pelas pré-concepções, pela notoriedade dos intérpretes, pela compreensão de entendimento.

O Poder Judiciário vem decidindo de forma a implementar políticas públicas e torna-las efetivas. É o caso da saúde em que o Poder Público tem sido condenado a internações, entrega de remédios, cirurgias, etc. Evidente que a intervenção do Judiciário na esfera pública, impondo obrigações específicas deve ser vista com cuidado, uma vez que atende a uma pessoa e deixa de atender outro tanto. O Supremo Tribunal Federal tem sido pródigo em impor condenações de satisfação pessoal (vaga em creche – RE 956475, entrega de medicamento – RE 429903).

Os valores abstratos tornam-se satisfação concreta, mas a obrigação tem que ser atendida.

O ato decisório deve ser motivado e deverá demonstrar a “necessidade de adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (parágrafo único do art. 20). Se o ato produz efeitos nocivos ou viciados de qualquer maneira, se puderem atingir desabrigados, abandonados da sorte, pobres, etc. Deverá o julgador administrativo ou judicial bem atentar para a invalidação do ato e que efeitos produzirá sua retirada do mundo jurídico. Estabelecer se a medida é adequada à providência a ser tomada.

Caso isso não ocorra, a decisão poderá ser anulada e devolvida ao juízo originário para nova aferição. Isso obriga o juízo a ser proferido a atentar para a adequação

da medida que toma. É essencial, pois, que o julgador sinta a realidade, imiscua-se nela, possa aferir as consequências de seu ato. Dele provirão efeitos. Quais? Quem serão os atingidos? Quais as consequências que produzirão?

Aumenta e muito a responsabilidade do julgador. Este que era irresponsável por seus atos, passa a ser responsável pelas consequências que causa.

A MOTIVAÇÃO

Por isso a *motivação* adquire nova relevância no mundo jurídico. Os *motivos* são os acontecimentos fáticos que levam à emanção do ato. A *motivação* são os fundamentos utilizados para adequar os motivos à decisão. Defini por motivo “o pressuposto de fato, as circunstâncias objetivas que autorizam a prática do ato” (Regis Fernandes de Oliveira, “Ato administrativo”, 6. ed., RT, 2014, p. 82). A *motivação* é a explicitação dos fundamentos que levam à prática do ato. Como disse, “a necessidade de *motivação* e correção desta é fundamental num Estado Democrático de Direito. É dever obrigatório para a Administração e direito essencial dos administrados” (ob. Cit., p. 83).

A *motivação* é necessária e fundamental para que o administrado possa aferir a legalidade do procedimento administrativo ou judicial. Através dela é que se pode medir a correção da prática do ato.

O legislador fala em demonstração da necessidade e a adequação da medida. A saber, é imprescindível que sejam declinados os fundamentos que levaram o julgador a entender necessária a medida bem como sua adequação. Dentro de alternativas possíveis, o julgador opta por uma delas. Deve, então, justificar sua opção diante da necessidade fática encontrada.

INDICAÇÃO DOS EFEITOS PRODUZIDOS PELO ATO

O art. 21 da Lei nº 13.655/2018 complementa a norma anterior ao determinar que a decisão que “decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”. Agora, já não será possível decidir simplesmente adotando razões formuladas por uma das partes ou pelo Ministério Público. É imprescindível a explicitação dos fundamentos do convencimento do julgador. Especialmente se a determinação for de retirada do ato do mundo jurídico por força de inadequação vertical com a norma superior.

Deve o julgador explicitar as consequências jurídicas e administrativas que ocorrerão por força da invalidade decretada. Retira-se a possibilidade de o ato produzir efeitos válidos. Podem ser eficazes, mas não produzirão consequências válidas no mundo jurídico.

PROPORCIONALIDADE DOS DANOS

Na sequência do julgado, a decisão deverá indicar “as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízos dos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (parágrafo único do art. 21).

A decisão deverá indicar eventual preservação de efeitos. Disciplinará sobre terceiros eventualmente alcançados. Garantirá o recebimento de possível indenização.

Analizará a boa-fé dos envolvidos. Em suma, não deixará os integrantes da relação jurídica sem a solução de suas pendências, de forma a envolver outra demanda para esclarecimento do que ficou sem análise.

Os dispositivos até então analisados impõem aos julgadores administrativo e judicial maior responsabilidade na apreciação dos feitos que lhe são submetidos.

INTERPRETAÇÃO SOBRE GESTÃO PÚBLICA

O art. 22 estabelece que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. A interpretação é ato intelectual que busca a compreensão do fenômeno ocorrido. Deverão ser considerados os obstáculos e dificuldades do gestor em face de exigências de políticas pública e dosá-las em face dos direitos dos administrados.

O administrador antes de mais nada deve ser probo. Exigência pressuposta de quem exerce cargo ou função pública. Logo, deve zelar pelo estrito cumprimento de seus deveres. Ocorre que, no exercício de suas atribuições, podem acontecer obstáculos e dificuldades. Aumento excessivo de preços de mercadorias, negligência dos contratados para obras e serviços, negligência de terceiros. Enfim, uma série de problemas pode surgir. Diante de tais circunstâncias, o julgador deve ponderar sobre isso. É comum, em pequenos municípios, por exemplo, o administrador ter dificuldades em boa assessoria para o desempenho de políticas. Tais fatos devem ser levados em consideração. Um prefeito que se vale da orientação do procurador municipal e que o orienta mal ou de forma deficiente, o prefeito não pode ser responsabilizado por incompetência de seu servidor.

Cada Município tem especificidades. Um Município considerado estância terá outras preocupações do que não o é. Outro que tem uma enorme empresa sediada em seu Município terá dificuldades diversas dos que não a têm. Se a empresa auxilia o Município, outro não terá as mesmas vantagens.

Embora se possa criticar o dispositivo, porque tais fatores devem sempre ser levados em conta, não é de se olvidar que simplifica o problema o fato de tal orientação se encontrar explicitada em norma. O brasileiro gosta de sustentar que não há norma obrigatória, diante de deixar de realizar o cumprimento de uma obrigação que se afigura óbvia. Então, sempre é de boa cautela deixar claro o texto normativo.

A realidade é variada em função de diversas vertentes. Cada Município brasileiro e cada Estado tem peculiaridades. Estas devem ser levadas em conta na aplicação da norma. É isso que o dispositivo está salientando e tornando obrigatório.

Não se está afirmando que o direito cede ante a realidade. Mas, as normas jurídicas têm que estar adaptadas a ela. Se muda a realidade, o direito deve acompanhá-la. Imaginemos a cracolândia. O direito pode dar instrumentos para que seja ela resolvida. Mas, não há resolução sem estudo, preocupação, planejamento diante do que se vê. Não é que o direito deva ceder, mas encarar de frente o problema e buscar mecanismos de solução.

CONSIDERAÇÃO SOBRE A REALIDADE

A ação do agente é sempre delimitada e limitada pelas circunstâncias que encontra. Nem por outro motivo é que o § 1º do mesmo dispositivo estabelece que na decisão sobre “regularidade de conduta ou validade do ato, contrato, ajuste, processo ou

norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. A saber, para agir na cracolândia, o agente público está condicionado pela situação fática que encontra. Dura realidade. Verdadeiros zumbis. A ação não pode ser de polícia. Ao contrário, há de existir conjugação de políticas de saúde, assistência social, psicológica, eventualmente até religiosa para estudar a complexidade da situação encontrada.

SANÇÕES

O § 2º cuida das sanções. Em sua aplicação devem ser consideradas a “natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

É regra geral que a sanção é proporcional à gravidade. Exacerbar-se a sanção de forma indevida é tornar inviável o cumprimento da obrigação. A regra de talião: “dente por dente, olho por olho” é que envolve a dosagem das sanções. A lei de talião não significa que se deva fazer a interpretação meramente gramatical ou literal. Ao contrário, a leitura inteligente de sua disposição significa que a um grave de determinada ordem significa uma resposta do ordenamento jurídico da mesma ordem. A proporcionalidade aí é impositiva. Como já disse anteriormente, “o princípio da razoabilidade e proporcionalidade funcionam como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador” (Regis Fernandes de Oliveira, “Infrações e sanções administrativas”, 3. ed., RT, 2012, p. 121).

Neste passo, de se seguir a orientação dos antigos: “há de se procurar pelo julgador que não determine coisa alguma com mais dureza, ou com mais lenitivo, que o que requer a causa; porque não se há de aspirar à glória da severidade ou da clemência, senão que se há de determinar com maduro juízo, segundo requer cada caso” (Digesto, XLVIII, tít. XIX, n. 11, com o comentário de Marciano).

Diz o § 3º que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Diante do caso concreto, há de se ponderar a situação do infrator bem como a do agente público. Ambos devem ser tratados de forma equânime. Sem agruras e sem leniência, mas com o justo peso.

CONSEQUÊNCIAS DE NOVA INTERPRETAÇÃO

O art. 23 estabelece: “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Uma primeira observação se impõe. O que é norma de conteúdo indeterminado? Queremos interpretar como sendo a lei que utiliza termos vagos. A vaguedad ou vagueza dos conceitos deve ser a isso que a lei se refere. O conteúdo indeterminado da norma é dado pela utilização de palavras imprecisas.

A norma contém alta dose de prudência. Se a Administração ou o Judiciário estiver dando interpretação a uma determinada questão jurídica e resolver alterá-la impondo orientação diversa, de que decorra “novo dever” ou “novo condicionamento

de direito”, deve haver a previsão de regime de transição. Evita-se a surpresa que pode acometer as partes interessadas. O direito não pode conter imprevistos e surpresas. Ao contrário. O denominado princípio da segurança jurídica é imprescindível em sociedade democrática. O indivíduo não pode ser colhido por incertezas. Se ele tem a garantia de que seu comportamento guarda compatibilidade com a norma jurídica e com as decisões reiteradas dos órgãos administrativos ou judiciais, não pode ter surpresa com mudança de orientação.

Nada impede a mudança de orientação na interpretação jurídica da norma. As cambiáveis fazem alterar a percepção do fenômeno. Com alteração fática do momento, a interpretação necessita de adaptação à nova realidade. Mas, os indivíduos não podem ser surpreendidos com a alteração. Prudentemente, a norma estabelece um *regime de transição*, de forma a que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido.

A previsibilidade dos comportamentos é uma constante no direito. A expectativa não pode ser frustrada se ela é compatível com a interpretação até então dada pelos julgadores. De outro lado, nada impede a alteração dos julgados. Mas, há de se preservar os interessados da alteração do entendimento até então prevalecente.

Devem ser evitados prejuízos que resultem da nova interpretação.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

É o que se rotula de *modulação dos efeitos* situação já prevista no § 3º do art. 927 do Código Civil ao dispor que: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

A disposição é mais clara e alcança todas as situações. O que se denomina de regime de transição outra coisa não é que a modulação de efeitos, expressão já consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como a previsão codificada apenas atinge os julgadores judiciais, o dispositivo da nova lei é mais amplo ao garantir também a mesma solução para as decisões administrativas.

Ambos os dispositivos objetivam assegurar as expectativas.

PRESERVAÇÃO DE SITUAÇÕES CONSOLIDADAS

O art. 24 estabelece: “A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.

O dispositivo acautela e protege o administrado da morosidade com que os pleitos são decididos. Pode ocorrer, o que não é incomum, que um pleito levado à Administração ou no âmbito judicial, possa demorar anos. Os costumes, os usos, os hábitos mudam rapidamente. Quando a matéria for decidida o julgador deverá levar em conta “orientações gerais” da época. Em matéria de sexualidade, por exemplo, os costumes têm se alterado com bastante rapidez. O que não se pensava admissível há dez anos, é, hoje, corriqueiro. Separações de casais não eram comuns há cerca de trinta anos. Hoje ninguém mais se importa com isso.

Casamento homossexual, adoção por parte de casais masculinos ou femininos, o próprio registro do casamento que apenas existia na literatura, passa a ser habitual.

A parte final do dispositivo é bastante óbvia. Não se podem desconstituir situações plenamente constituídas com base em mudança de orientação. É a irretroatividade que busca alcançar situações constituídas de boa-fé. Há situações que não podem ser alteradas, ainda que constituídas de forma irregular. Imaginemos um loteamento que foi aprovado, registrado, lotes alienados e erigidas construções. Subidamente, descobre-se que o imóvel onde foi feito o loteamento era terreno público. Depois de vinte anos, as situações estavam totalmente constituídas sob o manto da boa-fé, da lisura e da correção de comportamento de todos os proprietários. O que fazer? Nada. Nem anulação, nem perspectiva de discussão sobre a propriedade. Situação consolidada. Eventualmente, alguns reajustes de preços para que tudo permaneça como está.

EDIÇÃO DE ORIENTAÇÕES GERAIS

O parágrafo único estabelece: “consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

As orientações gerais devem referir-se à jurisprudência já firmada em face de dada situação jurídica. A orientação deve obedecer ao entendimento da época em que foi emitido o julgamento.

Se houve o pagamento de um tributo de acordo com orientação então dada, pode haver repetição do indevido? Não. E o contrário? Se não era devido o tributo e passa a ser por nova orientação? Igualmente não pode o Fisco exigi-lo. As relações já se estabeleceram. Estão consolidadas e, pois, não pode ser alterada.

O texto da lei padece pelo uso exagerado de palavras vagas. É muito comum que o legislador se valha de palavras imprecisas. Nem tudo do universo da realidade pode ser alcançado ou abarcado pelo universo da linguagem. Esta é menor que o mundo. Ocorre, eventualmente, que as situações possam ser descritas com palavras exatas ou teóricas. Estas são precisas. Por exemplo: o funcionário se aposenta aos setenta e cinco anos. Não há dúvida. A baixa do decreto de aposentadoria se impõe de qualquer maneira. Mesmo que alguém coloque uma arma na cabeça do presidente, governador ou prefeito e o compila à prática do decreto, o ato é válido. É que o administrador não tem outra alternativa, senão editar o decreto de aposentadoria. Mas, não é sempre assim.

O normal é o emprego de palavras vagas. A abstração das situações é captada por palavras que não têm correspondência exata com o mundo empírico.

Quando de reiteradas decisões, firmam-se orientações gerais, ou seja, diante da manifestação recorrente de situações fáticas, o julgador administrativo ou judicial vai consolidando determinada orientação. Esta dá garantia ao administrado. Podem ser expedidas, então, súmulas que servem de orientação para todos. Dão segurança jurídica.

CONVALIDAÇÃO

Eventualmente, os atos podem ser convalidados. Como já escrevi “o que o ato denominado saneador ou convalidador perpetra é o refazimento do anterior, dando-lhe, então, condições de validade no campo jurídico. E a eficácia, será, agora,

retroativa, de modo a validar alguns dos efeitos da ação anterior” (Regis Fernandes de Oliveira, “Ato administrativo”, 6. ed., RT, 2014, p. 143). Respingados vícios que não sejam causa de anulação ou insuperáveis, cabe o saneamento. A relação jurídica há de ser de trato contínuo. Os efeitos ainda não se esgotaram. Aí é possível convalidar o ato e salvar as consequências jurídicas dele advindas.

Não será possível validar o inválido, mas podem ser preservados efeitos já produzidos ou sanear o ato se os vícios não forem de tal ordem que descaiba sua salvação. Por exemplo, nomear um filho do superior hierárquico, quando a lei expressamente o proíba. Os atos que ele tenha praticado são válidos, mas o ato de nomeação não será passível de convalidação.

Não se declarará válido o que for possível sanear. É a regra que advém do art. 24 e de seu parágrafo único.

CONSULTAS PÚBLICAS

O art. 25 foi vetado. O art. 26 estabelece: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licenças, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

O dispositivo cuida da convalidação ou saneamento do ato. Repetindo: se o ato foi produzido com alguma irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, pode haver a recuperação do ato, sem necessidade de anulá-lo. O órgão público constata a irregularidade, mas ela não é de molde a invalidar o ato. Para superação do problema realiza-se consulta e, sendo possível, faz-se compromisso com os interessados e refaz-se o ato.

O texto ajuda não apenas na interpretação, mas também na preservação de direitos já explicitados no mundo jurídico. Efeitos advindos de ato em que se apure ter alguma irregularidade pode ser sanado com sua retificação.

A providência acauteladora para superar a irregularidade deve buscar solução “proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais” (§ 1º, inciso I). O que o legislador buscou compatibilizar o interesse público (*interesses gerais*) com os interesses individuais envolvidos. Todos têm interesse na superação de problemas criados por descuido, imprudência, negligência, imperícia ou até dolo do administrador. O objetivo é alcançar paz jurídica entre todos.

Descaberá a desoneração permanente de alguma obrigação em decorrência do ato. No “acordo” deverá haver a previsão com clareza das obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em cada caso” (inciso IV do art. 26). Em decorrência da convalidação não pode haver qualquer benefício indevido ou prejuízo anormal ou injusto. Para que se celebre o acordo é imprescindível que todos os envolvidos sejam ouvidos.

RESPONSABILIDADE DO AGENTE

O art. 28 estabelece a responsabilidade do agente público. Dispõe: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. O dispositivo vem preencher lacuna interpretativa existente. É bastante comum que engenheiros, arquitetos, advogados e outros profissionais

emitam pareceres opinando pela prática ou não de determinado ato. Por exemplo, um procurador entende dispensável a licitação para contratação de um parecer ou de outro profissional para prática de atos jurídicos. Não há responsabilidade possível. Agora, se o lançamento de opinião pela dispensa de licitação, decorreu de dolo ou erro grosseiro, cabe a apuração da responsabilidade do agente e aplicação de sanção.

Imaginemos que um engenheiro emita opinião dolosamente para que haja compra de material mais barato na construção de uma obra e esta venha a ruir. Se o profissional agiu com dolo (até mesmo eventual, de correr o risco de sua ação) ou o fez por erro grosseiro, deixando de calcular o peso que poderia ser suportado pelo teto. Em tais hipóteses, e apenas nelas, é que haverá o indiciamento do profissional e eventual condenação.

Evidente que, por força de dispositivo constitucional, a responsabilidade será do Estado que, em ação regressiva, aciona o servidor (§ 6º do art. 37 da Constituição Federal). É que, como o servidor age em nome da pessoa jurídica de direito público esta é, pessoalmente, responsável pelo dano causado. O servidor apenas é responsável em ação de regresso.

A conduta dolosa ou advinda de erro grosseiro deverá ser devidamente comprovada pelo Estado para que obtenha o ressarcimento da indenização paga a terceiros.

Não há abrandamento da conduta do servidor. A Constituição fala em dolo ou culpa. Aqui fala-se em dolo e erro grosseiro que tem maior amplitude do que as condutas tidas como culposas.

Há discussão doutrinária se pode ser o agente acionado diretamente ou em conjunto com o Estado. O Supremo Tribunal Federal já afastou tal possibilidade (RE 593525).

Surge imediatamente a discussão sobre o âmbito de alcance do dispositivo. Quem são os *agentes públicos*. Estão aí incluídos magistrados, membros do Ministério Público, conselheiros dos Tribunais de Contas? Descabe dar-se tal alcance à norma jurídica, embora tenha caráter de norma geral. É que esta é suplantada por normas especiais e magistrados e membros do Ministério Público, bem como conselheiros dos tribunais de contas que são equiparados aos magistrados, têm *regime jurídico próprio*. Estão, pois, excluídos da incidência do novo dispositivo.

Tanto o magistrado (Lei Orgânica da Magistratura – LC 35/79), o membro do Ministério Público (art. 181 do Código de Processo Civil), o integrante da Defensoria Pública (art. 187 do Código de Processo Civil) e o conselheiro dos Tribunais de Contas (subordinados à mesma lei regente do comportamento dos magistrados) sujeitam-se a regimento próprio, não podendo incidir sobre eles os ditames da nova lei.

O parecerista estava fora do alcance de qualquer lei (STF, MS 27867). Agora, se conduzir seu parecer com dolo ou erro grosseiro poderá ser responsabilizado.

O art. 29 da lei estabelece a consulta pública. Dispõe: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”. Trata-se de uma limitação à Administração Pública. Há atos normativos de alcance interno. Por exemplo, forma de traje dentro da repartição, horário de ponto, tramitação de atos procedimentais, tudo é possível, desde que tais atos não produzam efeitos externos. Se atingirem os administrados, deverá o hierarca proceder a consulta pública, preferencialmente por meio eletrônico, para colher opinião dos interessados. Dificilmente haverá qualquer manifestação.

Tal providência será obrigatória. Não há prazo para tanto. Mas, o § 1º estabelece que a convocação deverá conter a minuta do ato normativo e prazo e demais condições da consulta pública.

É interessante tal dispositivo, embora tenhamos em conta que dificilmente terá qualquer efeito. Conhecemos a população brasileira e ela é desinteressada do que se passa na Administração Pública. A população desincumbe-se de seu compromisso de cidadania exercendo o direito ao voto. Só. No dia seguinte, já não se interessa por qualquer decisão que advenha dos agentes públicos. Tem na cabeça que não vale a pena se preocupar com isso ou está tão preocupada com sua subsistência que não pensa em discutir assuntos públicos.

Ocorre que pode o ato normativo ser de tal importância (disciplina movimentação urbana, por exemplo e que pode afetar transeuntes, motoristas, prestadores de serviços públicos, etc.) que haverá interessados em participar das discussões e apresentar sua opinião à Administração Pública. A providência é importante inclusive para fazer com que os particulares participem da atuação administrativa.

Inúmeros autores afirmam que a democracia tem que ser exercitada reiteradamente e que é de sua prática que se vão aperfeiçoando os instrumentos e métodos para o aprimoramento da participação cidadã. Aos poucos se constrói um verdadeiro regime político.

A providência vem em boa hora.

NORMAS GERAIS. REGULAMENTOS

Por fim, o art. 30 da lei estabelece: “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. A segurança jurídica é essencial para a estabilidade das relações. Dá a garantia no cumprimento dos pactos. Os contratos que serão firmados entre Administração Pública e particulares (nas PPPs, por exemplo) deverão garantir não apenas seu cumprimento, mas aumentar a expectativa de que as normas serão cumpridas.

Ao responder uma consulta formulada, a Administração tem que garantir que a decisão proferida no caso concreto servirá de paradigma para outros que se seguirão, não podendo mudar seu convencimento a todo instante. Caso queira fazê-lo terá que garantir o administrado, na forma do art. 23, acima comentado.

Os regulamentos, embora devam ser modificados para atender a novas situações ou explicitar a aplicação de comportamentos anteriores, devem garantir a inalterabilidade das decisões anteriormente adotadas. De igual maneira, para fortalecer a segurança dos administrados, pode emitir súmulas que consubstanciem a orientação predominante em dado momento histórico.

Evidente está que as situações se alteram e as providências que deva tomar a Administração Pública em face de novos fatos impõem novas soluções. Mas, os atos expedidos em razão de orientação dada através de súmula ou resposta a consultas terão *caráter vinculante* (parágrafo único do art. 30) em relação ao órgão emissor ou entidade a que se destinam, *até ulterior revisão*.

Reitere-se: os atos destinam-se a garantir segurança jurídica nas orientações e interpretações efetuadas pela Administração Pública. Mas, nada impede que sejam revistos diante de fatos novos. A atuação administrativa é bastante dinâmica e tem que enfrentar, a cada momento, nossos problemas. Por exemplo, a migração urbana e rural é fato que causa profundas transformações sociais, de saúde e de segurança. O Estado de Roraima passa por situação jamais vista pela imigração provinda da Venezuela. Ora, o Chefe do Executivo tem, que tomar atitudes a toda hora para disciplinar o fluxo migratório e garantir a segurança e a saúde de todos os

habitantes. Tem que agir. Pobre do agente que se omite. Comete o pior dos crimes. A inação não é própria do agente político.

O inteiro teor da lei é de efeito imediato, conforme dispõe o art. 2º da lei em comento. Apenas o art. 29 é que tem eficácia retida somente entrando em vigor em 180 (cento e oitenta dias) após a vigência da lei. O art. 29 impõe à Administração Pública (órgão ou poder) a consulta pública.

A nova lei inova bastante em termos de relacionamento entre o Poder Público e os administrados. Impõe atribuições explicativas aos órgãos administrativos, deles exigindo maior compartilhamento com a população, maior cautela na edição de atos, sua revisão, interpretação e propicia enormes garantias ao cidadão. Este, como partícipe da cidadania, fica mais resguardado em sua intimidade.

AS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO FINANCEIRO

No direito financeiro as relações igualmente tendem à estabilidade. Normas que vêm sendo reiteradamente praticadas em detrimento de particulares ou em seu prol tendem a se consolidar. Importante inovação é a modulação dos efeitos. Empréstimos ocorridos à luz de determinada norma jurídica não podem ser alterados.

Se houver alteração do entendimento até então expandido pela autoridade administrativa deverá haver a *vacatio* para que possa ser aplicado a nova orientação. Os efeitos poderão ser disciplinados em decisão administrativa. Novas interpretações poderão ser explicitadas, respeitada a modulação.

O objetivo é não apenas dotar a Administração Pública de maior flexibilidade na aplicação da lei, mas também de reforçar garantias dadas aos administrados.

As normas são dirigidas a todos os agentes públicos. Inclusive aqueles que lidarão com o direito financeiro, especialmente os Tribunais de Contas. Importante ponto de aplicação das normas em comento são as que concederem qualquer renúncia de receita. É que trazem sérias consequências para a normalidade das contas do Estado. Vimos nos comentários gerais ao direito financeiro que há obrigatoriedade da exigência de todos os tributos instituídos em lei e também a obrigação de cumprimento das despesas no atendimento dos interesses da população, tal como estabelecidos em lei.

Toda e qualquer dispensa de ingressos deve ser precedida de estudos, ponderações, pareceres, consequências no âmbito do atendimento das finalidades públicas, etc. Apenas a partir daí é que poderá ocorrer qualquer decreto ou lei que envolva renúncia de receitas. Especialmente, a cautela se aplica em face das receitas tributárias que constituem o maior volume de verbas. Mas, não se deve desprezar, no entanto, as receitas não tributárias ou patrimoniais.

Importante observar toda e qualquer manobra de corrupção que pode redundar em prejuízo para o montante das receitas e, por consequência, pelo não atendimento das finalidades públicas estabelecidas no ordenamento.

De igual maneira, o contingenciamento. Se cautelas se impunham, agora, mais do que nunca ressalva a responsabilidade do agente político que atuar de forma imprudente.

Onde a nova lei terá forte incidência será em relação aos gastos públicos. São obrigatórios diante das previsões normativas. Só não deve haver o gasto se não houver ingressos das receitas. Não se realizando ou havendo receitas menores que as estipuladas, poderá haver alteração nas decisões administrativas.

Nesse passo, os Tribunais de Contas terão suas competências aprimoradas em seus julgamentos. Já não se pode decidir em abstrato. Todas as decisões deverão

esclarecer suas consequências. Impõe-se, agora, importância substancial às decisões administrativas e também judiciais. Não é decidir e pronto, cumpriu-se a determinação jurisdicional. O julgador administrativo e judicial tem que apontar as consequências de seu ato. Se invalida ato, contrato ou qualquer tipo de ajuste, não pode apenas determinar seu desfazimento, as apontar quais suas consequências. Renasce a responsabilidade da função judicial.

O julgador também deverá levar em conta as dificuldades do gestor. É fácil determinar a nulidade de um ato administrativo. Difícil será avaliar as dificuldades do gestor público. Deve examinar as circunstâncias *práticas* que dificultaram o comportamento do agente político.

Em suma, nasce a *responsabilidade* do julgador administrativo e judicial. Ambos já não podem julgar desapegados das circunstâncias reais e efetivas que embasam sua decisão. Há que sopesá-las.

Em face de mudança de orientação (o que é admissível) deverá fundamentar e estabelecer regime de transição, efetuando modelação de efeitos.

O JUIZ E AS NORMAS SOBRE HERMENÊUTICA

Em face da lei em questão, surge nova modalidade de se apreciar a decisão judicial. Não é só o agente público ou o conselheiro dos Tribunais de Contas que está subordinado aos efeitos da nova lei. A grande novidade é que os magistrados de todas as instâncias são chamados a concretizar suas decisões. Não podem, a partir de agora, simplesmente decidir de forma abstrata a matéria trazida a sua apreciação.

A motivação da decisão deve ser explicitada. O decreto de invalidação de um ajuste qualquer sujeita o juiz a “indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” (art. 21). Deverá sopesar as dificuldades que o agente público teve no desempenho de suas funções. Caso altere sua convicção deverá explicitar os fundamentos, bem como efetuar a modulação dos efeitos. Levará em conta as orientações gerais da época da consumação do ajuste. Indicará ou determinará compensação por benefícios indevidos.

Disso resulta eventual responsabilidade administrativa, civil ou criminal dos juízes?

A resposta é dada em parte: a) no âmbito administrativo, sem dúvida. Em sua função administrativa, o juiz deve sujeitar-se a todos os ditames legais ora incorporados no ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive realizar consultas para expedição de resoluções (âmbito de disciplina de cartórios, estabelecimento prisionais, serviços internos, etc.). Por eventual ilegalidade responde perante os órgãos próprios (Corregedoria Geral ou Conselho Nacional de Justiça); b) no âmbito civil poderá ter sua responsabilidade apurada por órgãos internos de controle e, eventualmente, no caso de má fé ou dolo, ser sancionado; c) não há responsabilidade no âmbito penal.

Os magistrados ainda não se aperceberam da grandeza do contido na lei em comento. Através dela é que se pode estabelecer a sequência do comportamento administrativo ou do próprio legislador.

A lei é notável. Resta aplicá-la. 



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



Proposta de Emenda Constitucional

■ POR FÁBIO KONDER COMPARATO

“A fim de corrigir esses graves defeitos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, a presente proposta determina a sua transformação em uma autêntica Corte Constitucional, com uma pequena ampliação do número de seus membros e a redução de sua competência.”

Cria a Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, além de outras determinações.

Art. 1º O art. 12, § 3º, inciso IV desta Constituição passa a ser redigido como segue:

“Art. 12. (...)

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

(...)

IV – de Ministro da Corte Constitucional;

(...)

Art. 2º É acrescentado ao art. 49 da Constituição Federal o seguinte inciso, renumerando-se os demais:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – Escolher os Ministros da Corte Constitucional, na forma do disposto no art. 101”;

(...)

Art. 3º Ficam revogados os incisos I e II do art. 52, passando o inciso III a ser o inciso I, com a seguinte redação da alínea e, reenumerando-se os incisos subsequentes:

(...)

“e) Procurador-Geral da República, com base em lista tríplice apresentada pelo Conselho Nacional do Ministério Público;”

Art. 4º O inciso XIV do art. 84 da Constituição Federal passa a ter a seguinte redação:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;”

Art. 5º O art. 86 e seus §§ 1º e 3º da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante a Corte Constitucional.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções, se recebida a denúncia ou queixa.

(...)

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, o Presidente da República não estará sujeito à prisão”.

Art. 6º O art. 92, inciso I, bem como os §§ 1º e 2º do mesmo artigo, passam a ser redigidos como segue:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I – a Corte Constitucional:

(...)

§ 1º A Corte Constitucional, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º A Corte Constitucional e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional”.

Art. 7º O art. 96, inciso II desta Constituição passa a ser redigido como segue:

“Art. 96. Compete privativamente:

(...)

II – ao Superior Tribunal de Justiça, aos demais Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos Tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;”

Art. 8º A Seção II do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a denominar-se *Da Corte Constitucional*.

Art. 9º Os artigos 101 e 102 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 101. A Corte Constitucional compõe-se de treze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos entre cidadãos de mais de quarenta e menos de sessenta e cinco anos, com mandato de 10 (dez) anos.

§ 1º Os Ministros da Corte Constitucional serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplices de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º As listas tríplices dos candidatos provenientes da magistratura e do Ministério Público serão compostas de magistrados e membros do Ministério Público, alternadamente, federais e estaduais.

§ 3º Os Ministros da Corte Constitucional elegerão bienalmente o seu Presidente.

Art. 102. Compete à Corte Constitucional, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente:

I – a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, inclusive o pedido de medida cautelar;

II – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, inclusive o pedido de medida cautelar;

III – a arguição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente da Constituição;

IV – nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

V – a ação rescisória de seus julgados;

VI – a reclamação para a preservação de sua competência;

VII – a execução de sentença nas causas de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

VIII – os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais;

IX – o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição da própria Corte Constitucional.

§ 1º Declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, em sessenta dias se se tratar de órgão do Poder Legislativo, e em trinta dias se de órgão administrativo.

§ 2º Julgada a arguição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente desta Constituição, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática ou omissão dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito ou dos preceitos fundamentais.

§ 3º O Regimento Interno da Corte Constitucional regulará o processamento dos embargos declaratórios de seus acórdãos, excluído qualquer outro recurso não previsto nesta Constituição.

§ 4º As decisões definitivas de mérito, proferidas pela Corte Constitucional, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Art. 10. Os atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal passarão a compor, de pleno direito, a Corte Constitucional, sem qualquer alteração em seus direitos

e garantias, providenciando-se a nomeação dos demais Ministros de acordo com o disposto no art. 101 da Constituição Federal, na redação dada pela presente Emenda Constitucional.

Art. 11. O artigo 103, parágrafo 1º desta Constituição passa a ser redigido como segue, revogando-se o seu § 3º:

Art. 103. ...

“§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência da Corte Constitucional”.

...

Art. 12. O 103-B *caput*, inciso I da Constituição Federal passa a ter a seguinte redação:

“Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, a saber:

I – o Presidente da Corte Constitucional”;

(...)

Art. 13. O artigo 104 e seu parágrafo único *caput*, bem como o artigo 105 *caput* da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, quarenta e cinco Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, dentre brasileiros com notável saber jurídico e reputação ilibada, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo:

(...)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

a) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Eleitorais e do Trabalho e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais

b) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos demais Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

c) nos crimes comuns os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

d) os mandados de segurança, os *habeas-corpus* e os *habeas-data*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, ou contra ato do próprio Superior Tribunal de Justiça ou outro Tribunal Superior, ou autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

- f) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- g) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- h) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- i) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos, ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- l) os conflitos de competência entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- m) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Superior Tribunal de Justiça;
- n) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;
- o) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
- p) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

II – julgar em recurso ordinário:

- a) o *habeas-corpus*, o mandado de segurança, o *habeas-data* e o mandado de injunção, decididos em única ou última instância pelos demais Tribunais Superiores, pelos Tribunais Regionais Federais ou os Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

III – julgar em recurso especial as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Art. 14. É acrescentado o § 8º ao art. 125 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“§ 8º Compete ao Tribunal de Justiça de cada Estado processar e julgar, originariamente, os membros do Tribunal de Contas do respectivo Estado ou do Distrito Federal, bem como os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios do Estado”.

Art. 15. Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A presente proposta de Emenda Constitucional visa a aperfeiçoar o funcionamento das instituições que compõem a cúpula do nosso Poder Judiciário; vale dizer, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Até há poucos anos, o Supremo Tribunal Federal sempre fruiu de prestígio junto à opinião pública, além de legítima *auctoritas*, no sentido original do vocábulo latino, no meio judiciário. Agora, porém, segundo recente pesquisa de opinião feita pelo Datafolha, a taxa dos que reprovam o tribunal é o dobro da dos que o aprovam.

A organização do Supremo Tribunal Federal, com efeito, padece de graves defeitos na forma de sua composição e no tocante ao âmbito de sua competência.

Quanto à composição do Supremo Tribunal Federal, determinou-se, em todas as nossas Constituições republicanas, segundo o modelo norte-americano, que a nomeação dos Ministros seja feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal.

Nos Estados Unidos, esse controle senatorial tem funcionado adequadamente, já tendo havido a desaprovação de doze pessoas indicadas pelo Chefe de Estado para a Suprema Corte. Algumas vezes, quando o Chefe de Estado percebe que a pessoa por ele escolhida não será aprovada pelo Senado, retira a indicação.

No Brasil, ao contrário, até hoje o Senado somente rejeitou uma nomeação para o Supremo Tribunal Federal. O fato insólito ocorreu no período conturbado do início da República, quando as arbitrárias intervenções decretadas por Floriano Peixoto em vários Estados suscitaram o acolhimento, pelo Supremo Tribunal, da doutrina extensiva do *habeas-corpus*, sustentada por Rui Barbosa. Indignado, o Marechal Presidente resolveu então nomear, para preencher uma vaga no Tribunal, o Dr. Barata Ribeiro, que era seu médico pessoal. Literalmente, não houve violação do texto constitucional, pois a Carta de 1891 exigia que os cidadãos nomeados para o Supremo Tribunal Federal tivessem “notável saber e reputação”; o que ninguém podia negar ao Dr. Barata Ribeiro. Foi somente pela Emenda Constitucional de 1926, e em razão daquele episódio, que se resolveu acrescentar o adjetivo “jurídico” à expressão “notável saber”.

Mas essa qualificação aditiva em nada mudou a prática das nomeações para o Supremo Tribunal Federal. Perdura até hoje uma hegemonia absoluta do Chefe de Estado no cumprimento dessa atribuição constitucional. Isso não significa que as pessoas nomeadas não estejam necessariamente à altura do cargo, mas que a sua escolha, sendo feita tão-só pelo Presidente da República, acaba por torná-lo objeto de pressões de toda sorte, em função de uma multiplicidade heterogênea de candidaturas informais.

No que diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal, ocorre outra grave deficiência. A Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe, como objetivo precípuo, “a guarda da Constituição” (art. 102). Mas a consecução dessa finalidade maior é simplesmente obliterada pelo acúmulo de atribuições para julgar processos de puro interesse individual ou de grupos privados, sem nenhuma relevância constitucional.

A razão dessa sobrecarga de processos de competência do Supremo Tribunal Federal é fácil de entender-se. Até a Constituição de 1988, ele era o único tribunal situado acima do conjunto dos tribunais federais, dos Estados e do Distrito Federal. A nova Constituição, ao criar o Superior Tribunal de Justiça em posição igualmente sobranceira em relação ao conjunto dos tribunais da Justiça Federal e Estadual, deveria ter reservado à Corte Suprema apenas as causas de relevância constitucional; o que não fez.

Há atualmente em andamento no Supremo Tribunal Federal dezenas de milhares de processos. Escusa dizer que esse acúmulo de atribuições contribui,

decisivamente, para retardar em muito o julgamento das demandas, sobrecarregando abusivamente o trabalho dos Ministros.

A fim de corrigir esses graves defeitos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, a presente proposta determina a sua transformação em uma autêntica Corte Constitucional, com uma pequena ampliação do número de seus membros e a redução de sua competência.

A nova Corte seria, assim, composta de 13 (treze) Ministros, nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, a partir de listas tríplexes de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia. Tais listas seriam elaboradas, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Os Ministros nomeados após a aprovação da presente Emenda Constitucional teriam um mandato de 10 (dez) anos de duração, abrindo-se assim a renovação mais célere da Corte.

Transitoriamente, os atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, conservando todos os seus atuais direitos e garantias, passariam a compor a Corte Constitucional, com o acréscimo de mais 2 (dois) novos membros, nomeados como acima indicado.

O novo sistema de nomeação tornaria muito difícil, senão impossível, exercer com êxito alguma pressão em favor de determinada candidatura; além de estabelecer, já de início, uma seleção de candidatos segundo um presumível saber jurídico.

A competência da Corte Constitucional deixaria de ser recursal, como sucede atualmente no Supremo Tribunal Federal, limitando-se às causas que dissessem respeito, diretamente, à interpretação e aplicação da Lei Maior, com a transferência das demais à competência do Superior Tribunal de Justiça; com exceção do recurso extraordinário, o qual seria extinto, uma vez que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou o recurso especial, que praticamente exerce a mesma função daquele.

A atual Proposta, ademais, transfere do Senado Federal para a Corte Constitucional a competência para o julgamento dos crimes de responsabilidade.

Nas ações de inconstitucionalidade impetradas perante a Corte Constitucional, o Advogado-Geral da União deixa de ser ouvido obrigatoriamente, pois as questões aí examinadas não são, necessariamente, de interesse da União Federal de modo específico.

De acordo com a Proposta, o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a ampliação de sua competência, passaria a contar com um mínimo de 45 (quarenta e cinco) Ministros.

Finalmente, a Proposta ora apresentada contém duas novas determinações. A primeira delas diz respeito ao Procurador-Geral da República, que passaria a ser escolhido pelo Presidente da República, a partir de nomes componentes de uma lista tríplex de Procuradores da República, composta pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Pela segunda proposição, no processo e julgamento dos crimes comuns cometidos pelos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a competência deixaria de ser do Superior Tribunal de Justiça, e passaria a ser dos Tribunais de Justiça dos Estados. 



FÁBIO KONDER COMPARATO é Doutor em direito da Universidade de Paris, Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Coimbra.

Reajuste abusivo de convênio médico afronta a dignidade humana. A nova jurisprudência do STJ

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“Reajuste de 100% é absolutamente abusivo sob qualquer ótica ou perspectiva – fere de morte a garantia constitucional de proteção ao idoso, como vulnera sem apelação o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.”



O assunto desta breve reflexão, de cunho entre civil e administrativo, atormenta a consciência dos brasileiros há mais de década. Nem de longe constitui novidade alguma para qualquer dos cinquenta milhões de ditos conveniados da saúde, em verdade simples contratantes de serviços de assistência à saúde, ou de seguro-saúde, ambos os quais antitecnicamente são referidos de forma usual como convênios.

É fato também certo que a imensa multiplicação desses contratos e das adesões que ensejam se devem às crônicas, esmagadoras e dificilmente superáveis deficiências dos serviços públicos de saúde, históricas e tradicionais em nosso país e que, pelo relato geral, já começam a espraia-se pelos países mais desenvolvidos. O custo da saúde com efeito é monumental em qualquer parte do mundo, e constitui um desafio agudíssimo e permanente para todo governo, por mais bem intencionado.

Em nosso país é institucionalmente péssimo, e o problema da saúde assume dimensão imensurável, perfilhando-se ao lado da educação como os maiores problemas nacionais. Por, principalmente, falta de educação da população – que jamais foi tão mal-educada na história – os problemas de saúde não param de se avolumar, revivendo-se inclusive, periodicamente, epidemias de males que já haviam sido sepultados em toda parte, num ressurgimento constrangedor.

Natural que assim seja onde a educação declina, pois que as doenças crescem inversamente ao ganho da educação: mais educação, menos doença, e menos educação, mais doença. Entenda-se por educação não a cultura em si e apenas – que ajuda em muito, mas não é indispensável à pessoa educada – o conjunto de bons hábitos sociais, pessoais, higiênicos, alimentares, físicos, profissionais ou de qualquer outra natureza tão importante quanto aquelas, e os quais se adquirem em casa com a família, na escola com os professores e na vida social com a coletividade.

A deficiência da educação, ou o desprezo por ela, gera todas as outras deficiências conhecidas – inclusive maus governos, pois que não se imaginam bons governos escolhidos por de maus eleitores –, e deve ser responsável pela quase totalidade dos males que afligem o planeta. Com efeito, somente um planeta habitado por seres com pouquíssima educação pode passar de 1,2 bilhão de habitantes em 1.900 para 7 bilhões em 2.000. Resulta difícil acreditar que um planeta assim possa dar certo na ordem evolutiva.

Como um só exemplo da deseducação coletiva que se observa, o número crescente e espantoso de obesos nos países mais desenvolvidos significa sobretudo e antes de nada um imenso contingente de pessoas mal-educadas, ou deseducadas por completo. E tal quadro, patente e horripilante, desencadeia todos os males imagináveis da saúde, a começar pela obesidade só em si. E para conter aquilo não existe no mundo serviço público de saúde suficiente: a causa vem antes...

Então, num quadro assim em que o poder público não dá conta do recado, vamos aos *convênios*.

Apenas se observe que para aquilo existem regras a serem observadas, sobretudo a partir da Constituição Federal – que costumeiramente é o último diploma a ser lembrado por alguém mesmo em seu favor, mas que muita vez, sozinha e isoladamente, resolve as questões mais cruciais, seja com a lei, seja sem lei nenhuma, seja apesar da lei existente¹.

REGRAS BÁSICAS PARA OS REAJUSTES

Os ditos convênios de saúde – contratos, repita-se, e o apelido de convênios não auxilia em nada mas atrapalha em tudo – regem-se no Brasil pela Lei nº 9.658, de 3 de junho de 1998.

Trata-se de uma colcha de retalhos – um ninho de rato – que já foi alterada de cabo a rabo inúmeras vezes, e o texto atual apenas longinquamente lembra o original. Veja-se na internet, no utilíssimo site Planalto – entre mil rabiscos, tachamentos e um carnaval de cores – o volume das alterações havidas até hoje, e se terá a dimensão da instabilidade que a matéria sofreu e apresenta, tudo a indicar a insegurança do legislador e do governo na matéria.

E, do que está em vigor, de importante para este momento são os seus seguintes dispositivos:

Lei nº 9.656/98: (...)

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. (...)

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:

I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;

II – a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; (...)

§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições:

I – a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada;

II – para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior;

III – a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação;

IV – a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS;

V – na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais

de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

O *caput* deste art. 15 fixa que a majoração das mensalidades por mudança de idade do segurado precisa estar prevista no contrato, e para ser exercitada depende de normação pela Agência Nacional de Saúde.

Esta ANS apenas expediu a divisão das faixas etárias, mas nada dispôs sobre limites de variação. E os contratos em geral são tudo menos claros quanto a isso, pois que seria *dar um tiro no pé*, ou uma antipropaganda das mais anacrônicas, por exemplo, anunciar um reajuste de 100% (cem por cento) na última faixa, como, regra geral, acontece.

Depois, o parágrafo único proíbe e majoração dos valores a segurados maiores de 60 anos que contrataram os planos há mais de dez anos. Foi o grande motivo para as administradoras *carregarem* no reajuste devido aos 59 anos do segurado.

O art. 35-E, *caput* e inciso I, fixa que os reajustes anuais dos planos, para segurados idosos, somente poderão dar-se se autorizados pela ANS – e a agência os autoriza, e indica os percentuais-limites. Além do reajuste por faixa etária os planos coletivos sofrem também o reajuste anual.

O § 1º a seguir, impõe alteração dos contratos, como se isso fosse constitucional, e como se não violasse a regra de que a lei nova não prejudica o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, ambos assegurados pela Constituição, art. 5º, incisos XXXVI.

Ora, contratos são atos jurídicos perfeitos, e por isso a nova lei não lhes pode impor alterações unilaterais, nem obrigação a parte alguma de aceitar alterações com as quais não concorda.

É curiosíssimo o § 1º do art. 35-E, *macaquice* posterior do legislador, que inventou os artigos alfanuméricos para não ter de renumerar toda a lei que virou e revirou.

Por ser alfanumérico sim, porém muito pior que isso é curioso por ter – pacificamente, impunemente, desassombadamente – violado a garantia constitucional de proteção ao ato jurídico perfeito que foram os contratos assinados antes da nova lei, garantia aquela a qual desrespeitou ao impor alterações unilaterais em favor das empresas operadoras dos planos de assistência à saúde.

E contra o desrespeito resta ao segurado recorrer ao Poder Judiciário, movendo a competente ação que recoloque o contrato nos termos assegurados pela Constituição da República.

Por fim, os incisos II a V do art. 35-E indicam que o legislador parece estar caminhando sobre ovos, tentando ser razoável, procurando encontrar fórmula conciliatória entre o interesse/necessidade das operadoras dos planos e os direitos dos segurados. Ensaia passos com cuidado mas, evidentemente e como sói acontecer, faz pender a balança em favor das empresas, parte forte dos contratos, de modo que o segurado vê seu direito se esgarçar e se diluir quase que inapelavelmente.

Não é novidade, também por esse motivo, a extraordinária judicialização dos serviços de saúde no país, assunto que já ensejou a edição de importantes obras monográficas no país².

Existem dessa forma dois reajustes aplicáveis aos contratos de assistência à saúde, um anual, que é desde a , a regra dos reajustes contratuais no Brasil, aplicável a contratos relativos a planos individuais e familiares, e outro por variação

da faixa etária do segurado, aplicável a planos coletivos, que se sujeitam também aos reajustes por faixas etárias.

Os coletivos são a grossa maioria dos planos de saúde em nosso país, uma vez que as empresas administradoras dificultam ao máximo a contratação de planos individuais e familiares em face de que não podem aplicar a estes o reajuste por faixa etária, grande mina de ouro que perseguem, e que têm causado a ruína dos filiados a planos coletivos, e a sua evasão em massa dos seus contratos originários para outros sempre mais baratos. Quase se pode recomendar ao último que saia que por gentileza apague a luz.

É desse último reajuste, por mudança da faixa etária, que aqui se cuida.

A QUESTÃO DA FAIXA ETÁRIA E OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios constitucionais, legais e doutrinários da razoabilidade e da proporcionalidade prevalecem sobre a letra escrita do direito, ou o ordenamento jurídico positivo isoladamente considerado. Antes de nada porque, como princípios informativos, devem sempre informar a própria lei, já que uma lei desproporcional ou irrazoável, e portanto desinformada daqueles princípios, sempre pode ser combatida em juízo com base em regras e em princípios constitucionais, mesmo que não explícitos mas apenas subsumidos e extraídos do conjunto de regras escritas.

E não raro são invalidadas desde a primeira instância, sem necessidade de maiores ginásticas exegéticas ou malabarismos interpretativos: a racionalidade humana deve sempre prevalecer sobre o direito escrito do momento, ditado por conveniências políticas, econômicas ou ideológicas de cada momento. E é significativo que, como a experiência denota, quanto maior é a instância judicial, mais predominam os princípios sobre o teor seco das leis. A idade dos julgadores, como se espera de toda pessoa, lhes abre janelas de consciência até então cerradas.

Ora, somente o que se pretende ressaltar nesta curta reflexão é que a dobrada do valor mensal cobrada do segurado que completa 59 anos, ou por outro critério 60 anos, contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma gritante, aterradora.

Não tem o menor propósito imaginar que o 59º, ou o 60º aniversário do segurado tenha o condão de dobrar os riscos da operadora do plano de saúde.

Reconhecem-se os riscos das operadoras, como se reconhecem os bons – por vezes ótimos – serviços que algumas, conforme os planos, prestam aos segurados. Não se negam os prejuízos que alguns segurados acarretam àquelas operadoras, em contraposição à legião daqueles que somente lhes dão lucro, desde o momento em que subscrevem algum plano.

E não se desconhece que de tempo em tempo dezenas de empresas operadoras são simplesmente encerradas pelo governo através de seus entes fiscalizadores, por inadimplentes com seus compromissos, ou de outro modo impedidas de angariar novos filiados: calcularam mal os riscos, ou administraram mal suas finanças.

O capitalismo vive de lucros, e da sua própria expansão, é bem certo; mas não poderia haver lugar para aventuras como dobrar o valor mensal devido pelos

segurados, apenas porque completaram seu 59º ou seu 60º ano de vida. Ó dia mais infeliz das suas vidas!..

Não existe explicação racional para se “arredondarem” tão grosseiramente as prevenções de atendimento a quem tão somente completa mais um ano de vida, e nada faz além disso.

Nenhum critério técnico, matemático, atuarial ou ideológico justifica uma tal atitude, que precisa ser judicialmente combatida muito mais do que atualmente o é – ainda que o venha sendo de forma crescente.

O ESTATUTO DO IDOSO – LEI Nº 10.741/2003

Há uma década e meia existe no país o dito Estatuto do Idoso, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Diploma de cunho altamente civilizado e meritório, introduziu novas proteções aos idosos no país, ainda que cada vez menos, e felizmente, sexagenários mereçam ser considerados idosos.

Com a expectativa de vida que não para de crescer, e com a saúde amparada por inéditos conhecimentos, práticas, equipamentos e medicamentos, todos em permanente e espantosa evolução técnica, não será de estranhar que a pessoa em breve apenas seja tida por idosa aos setenta anos – como mais ou menos já acontece em alguns países europeus, e como a legislação previdenciária ensaia decididamente implementar.

Seja como for, é sempre alvissareira uma legislação que por novos meios ampare as faixas etárias mais avançadas da população, como este Estatuto.

Interessa neste momento o art. 15 e seu § 3º, que rezam:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. (...)

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. (Destaque nosso).

Causa estranheza, a quem lê o parágrafo, saber que o aumento de valor da penúltima para a última faixa etária admitida pela ANS é simplesmente o dobro, quando a lei parece proibir até mesmo que exista reajustes por implemento de idade nos contratos de assistência à saúde.

Mas não é o que parece. No Brasil *dá-se jeito para tudo*, e os reajustes de 100% aos 59, ou aos 60 anos, continuam a ser cobrados.

Com muita frequência o Poder Judiciário provê ações que o coíbam, mas de nada servem esses precedentes para as operadoras dos planos, porque enquanto um segurado recorre e ganha dez mil outros pagam, de modo que compensa, e muito, cobrarem o que queiram³.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça que adiante é transcrito esclarece razoavelmente o que a esse respeito sente o Judiciário, relativizando a lei e tentando conciliar interesses.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição de 1988 não descurou o idoso, e previu no art. 230 que:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Já à sua abertura Constituição fixara que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III – a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana é portanto um dos fundamentos, um dos pilares e um dos baluartes da República.

Pode a mandamental previsão até mesmo parecer demagogia institucional, porém muito longe disso constitui o principal fundamento da perseguição pessoal, administrativa ou judicial dos direitos mais essenciais do cidadão. Com efeito, de uma prédica como a proteção à dignidade humana as aplicações mais inimaginadas podem legitimamente eclodir em favor do ser humano, para o qual o mundo e o direito todo foram erigidos.

O muito saudoso Geraldo Ataliba, em suas aulas e conferências, sempre recomendava a todos os perseguidores do melhor direito que, antes de dedicaram muito tempo e esforço em torno das leis, dos decretos, das portarias, das instruções normativas ou dos telegramas de ministros, devassassem a Constituição da República, revirando-a ao avesso, e não seria tempo perdido... Prefiram a Constituição, asseverava.

Para quem tem olhos para ver, a solução de quase todo problema jurídico verdadeiramente essencial se contém nas linhas preceptivas e principiológicas da Constituição, quando não a solução inteira do problema, sobretudo numa Carta tão detalhista quanto a nossa; muita vez, acredite-se, não é preciso descer até o plano infraconstitucional para se ter o problema completamente equacionado ante nossos olhos⁴.

JURISPRUDÊNCIA RECENTE

É evidente que suscitamentos judiciais sobre questão tão relevante quanto as cláusulas dos planos contratuais de assistência à saúde – destacando-se dois temas principais que são (I) a negativa de atendimento e (II) o percentual dos reajustes – se multiplicam avassaladoramente no país.

O assunto *dá pano para manga*, e cada vez mais, crescentemente até não se imagina onde nem quando, sendo o mais provável que em breve futuro essa avalanche de ações culmine numa radical e drástica alteração das regras contratuais, uma vez que a corda se estica até dado ponto, mas explode se a torção ainda aumentar.

O seguinte acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça que segue inteiramente transcrito é bastante diáfano – como nem sempre acontece... – na sua

didática exposição dos fundamentos em que se apoiou aquele sodalício para decidir sobre a questão em comento.

E como uma boa decisão judicial, por resumir e sintetizar muito proveitosamente o direito aplicável, sempre poupa discursos intermináveis, vejamo-lo sem mais delonga:

(STJ) RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.211 – SP (2011/0220768-0)

RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI

(...)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL.

INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

Ação ajuizada por beneficiária de plano de saúde, insurgindo-se contra cláusula de reajuste em razão da mudança de faixa etária.

Contrato de seguro de assistência médica e hospitalar celebrado em 10.09.2001 (fls. e-STJ 204/205), época em que a segurada contava com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade. Majoração em 93% (noventa e três por cento) ocorrida 6 (seis) anos depois, quando completados 60 (sessenta) anos pela consumidora.

Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, segundo o qual possível o reajuste por faixa etária nas relações contratuais inferiores a 10 (dez) anos de duração, máxime quando firmadas antes da vigência da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

1. Incidência do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores à sua vigência. O direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas encontra especial proteção na Constituição da República de 1988 (art. 230), tendo culminado na edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, a exemplo do plano de assistência à saúde. Precedente.

2. Inexistência de antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, *desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual*

impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.
(inclinado nosso)

2.3. Consequentemente, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011.

3. Em se tratando de contratos firmados entre 2 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, observadas as regras dispostas na Resolução CONSU 6/98, o reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário (aplicável aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei nº 10.741/2003.

4. Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem, a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei nº 9.656/98 e às regras constantes da Resolução CONSU 6/98.

4.1. No que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restaram estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, em dissonância com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias. A aludida estipulação contratual pode ocasionar – tal como se deu na hipótese sob comento, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do consumidor, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 866.840/SP, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do art. 15 da Lei nº 10.741/2003, “a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada”.

5.1. Conforme decidido, “esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória”.

5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, nas circunstâncias do presente caso, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, por unanimidade, prosseguir no julgamento do feito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, e, no mérito, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, que lhe negava provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2014 (Data do Julgamento).

Em conclusão a que facilmente se chega, e sem necessidade de reiterar nem de destacar o que está claríssimo no entender do denominado tribunal da cidadania, reajustes contratuais abusivos – e um reajuste de 100% é absolutamente abusivo sob qualquer ótica ou perspectiva – fere de morte a garantia constitucional de proteção ao idoso, como vulnera sem apelação o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana. 

NOTAS

- 1 Com todo efeito, muita lei existe que auxiliaria tremendamente a nação se fosse revogada hoje mesmo. São diplomas cujo desaparecimento preencheria uma grande lacuna no ordenamento.
- 2 Uma recente e importante dessas obras, de Sandra Krieger Gonçalves, é *Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil*, ed. Lumen Juris, RJ, 2.016, na qual a autora, em paralelo ao valioso conteúdo, compila impressionante bibliografia a indicar a dimensão do problema.
- 3 O site Consultor Jurídico, consultado no início de jul/19, em matéria assinada por Tadeu Rover, onde o autor cita o IDEC, informa: 75% dos reajustes em planos de saúde coletivos são considerados abusivos. A maioria dos usuários que ingressam no Judiciário questionando o aumento dos planos de saúde coletivo saem vencedores. Uma pesquisa feita pelo Instituto de Defesa do Consumidor (Idec) com mais de 100 julgados mostra (que) três em cada quatro consumidores que entram na Justiça questionando o reajuste abusivo de seu plano de saúde conseguem suspender o aumento. E segue o artigo, com dados e informações bastante proveitosas e atuais.
- 4 E já que o ambiente é saudosista recordemos quanto a isto afirmado a obra de Hely Lopes Meirelles, da qual se comentava, até a década de ou mesmo além, que continha ao menos o início e o encaminhamento da solução de qualquer problema de direito administrativo – quando já não o resolvia por inteiro.



ARQUIVO PESSOAL

IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.



Daniele Coutinho Slivinski

ARQUIVO PESSOAL

Contrato Verde e Amarelo requer cuidados do empregador

Como norma programática e temporária, visando reduzir o desemprego, a Medida Provisória nº 905, publicada em novembro de 2019, trouxe uma nova modalidade de contrato de trabalho, menos onerosa para o empregador, porém que ainda traz muitas dúvidas. Conhecida como “MP do Contrato Verde e Amarelo”, a nova legislação enfoca uma fatia da população que representa um terço de todos os trabalhadores desocupados no país, ou 4,1 milhões de jovens à procura de emprego, de acordo com o IBGE.

Na nova formatação, o empregado contratado, entre 18 e 29 anos, poderá receber remuneração de até um salário mínimo e meio e a alíquota do FGTS será de apenas 2% (sendo que a multa rescisória foi reduzida para 20%). Além disso, após devidamente acordado entre as partes, o empregador também deverá antecipar, mensalmente, o pagamento proporcional do 13º salário e das férias, sendo que o mesmo procedimento também poderá ser adotado em relação à multa do FGTS, o que evita desfalques no caixa da empresa num eventual desligamento.

A vigência desse modelo de contratação terá prazo determinado, de janeiro de 2020 a dezembro de 2022, e cada contrato deverá observar o prazo máximo de 24 meses.

Caso a norma não seja convertida em lei, seja em razão das inúmeras emendas apresentadas, ou pela ação que questiona sua constitucionalidade, o Congresso Nacional editará um decreto legislativo para regulamentar os atos praticados enquanto a MP estiver vigente.

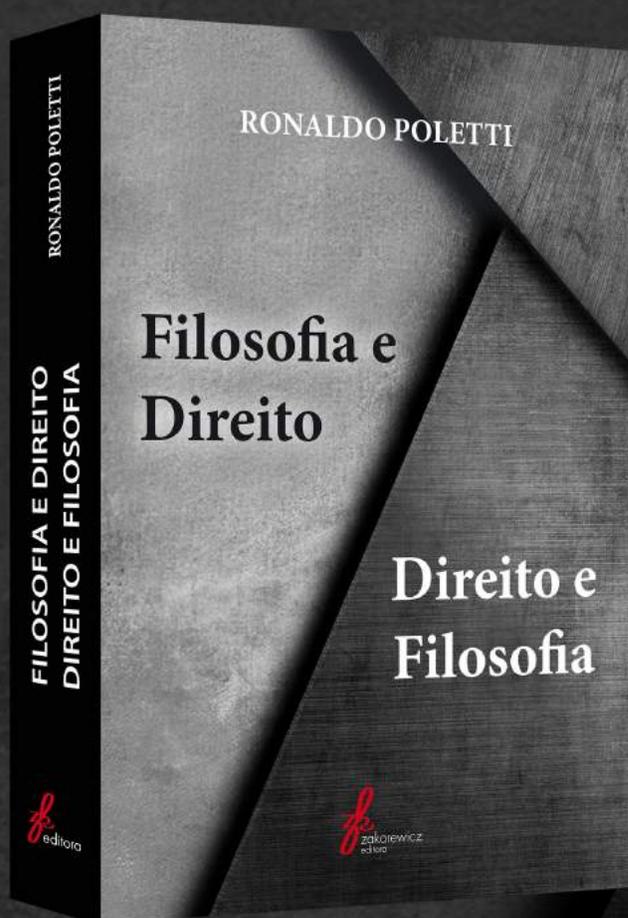
A orientação, portanto, é que empresários observem a conversão em lei ou publicação do decreto. Se a MP for convertida em lei e haja a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, isso trará maior insegurança aos contratados nesta modalidade.

Outros cuidados a serem observados se referem à contratação apenas para novas vagas e não em substituição àquelas já existentes. Empregados demitidos de uma empresa não poderão ser recontratados nesta nova modalidade no prazo de 180 dias. **■**

DANIELE COUTINHO SLIVINSKI é Advogada e sócia do Departamento Trabalhista do Andersen Ballão Advocacia.

Filosofia e Direito Direito e Filosofia

Ronaldo Poletti



R\$ **72**,00

550 páginas
Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362
zkeditora.com



"Filosofia e Direito. Direito e Filosofia, será destinado e utilizado como fonte de informação e de aprimoramento para obtenção da melhor e mais completa formação intelectual filosófico-jurídica de professores e estudantes de Direito ou de Filosofia, ou, simplesmente, para alargamento e embasamento da cultura dita humanística."